R E P U B L I C A D E C O L O M B I A

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXX



magistrados que integran la corte suprema de justicia de la republica de colombia y dignatarios de la misma

SALA PLENA

Doctores: Crótatas Londoño, Presidente.

Julio Roncallo Acosta, Vicepresidente. Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Doctores: Guillermo Ospina Fernández, Prosidente.

Meriberto Caicedo Méndez, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores Mavio Cabrera Dussán.

Ernesto Cediel Angel. Gustavo Fajardo Pinzón. César Gómez Estrada. Enrique López de la Pava. Guillermo Ospina Fernández.

SALA DE CASACION PENAL

Doctores: Efrén Osejo Peña, Presidente.

Evencio Posada, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: Mumberto Barrera Domínguez.

Samuel Barrientos Restrepo. Luis Eduardo Mesa Velásquez. Simón Montero Torres. Antonio Moreno Mosquera. Efrán Occio Peña

Efrén Osejo Peña. Julio Roncallo Acosta: Luis Carlos Zambrano.

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores: Juan Benavides Patrón, Presidente.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: José Enrique Arboleda Valencia.

Juan Benavides Patrón. Jorge Gaviria Salazar. Edmundo Marker Puyana. Crótatas Londoño. Carlos Peláez Trujillo.

SALA CONSTITUCIONAL

Doctor: Eustorgio Sarria M., Presidente.

MAGISTRADOS: Doctores: José Gabriel de la Vega.

Luis Sarmiento Buitrago. Eustorgio Sarria. Mernán Toro Agudelo.

RELATORES: Doctores: Méctor Roa Gómez, Sala Civil

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

Abril, mayo y junio de 1969.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR CIVIL RELATOR PENAL

RELATOR LABORAL

: Dr. HECTOR ROA GOMEZ

: Dr. JOSE SARMIENTO MANTILLA

: Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA

RELATOR CONSTITUCIONAL: Dr. LUIS F. SERRANO A.

TOMO CXXX Bogotá - Colombia Abril, Mayo y Junio de 1969 Nos. 2310, 2311 y 2312

SALA CIVIL

Extractos elaborados por el Dr. Héctor Roa Gómez, Relator Judicial, de la Sala de Casación Civil

FILIACION NATURAL

- 1. La sucesión carece de personería jurídica, pero cuando se la demanda, en realidad se demanda a los herederos del causante en cuanto personifican la herencia. 2. Las relaciones sexuales no son susceptibles de prueba directa sino de la indiciaria; en ésta predomina la autonomía del fallador de instancia. 3. La falta de la firma del secretario no vicia la prueba testimonial.
 - 1. Es evidente que la sucesión carece de personería jurídica. Es apenas una universalidad de bienes que se forma por el hecho de la muerte de una persona, destinada a liquidarse para la distribución de tales bienes entre los herederos del de cujus.

Si no es una persona jurídica en realidad no puede comparecer en juicio como demandante o demandada; sin embargo, es costumbre generalizada en lo judicial demandar a "la sucesión" o para "la sucesión" representada por sus herederos.

Cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión de una persona, en realidad se demanda a los herederos o para los herederos del causante, en cuanto personifican la herencia, pues como lo ha dicho la Corte, "por un imperativo del lenguaje se hable en uno y otro caso de la sucesión; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas" (G.J. 1. XUII, pág. 789).

- 2. Las relaciones sexuales no son susceptibles, por su misma naturaleza, de prueba directa y su demostración deriva hacia el campo de la prueba indiciaria, campo en el cual predomina la autonomía del fallador de instancia en la apreciación de los hechos indicantes de la inferencia a que llegue como resultado de esa apreciación.
- 3. La ausencia de la firma del secretario es irregularidad que no alcanza a constituir vicio que haga desestimable la prueba, cuando la declaración aparece firmada por el declarante y por el Juez. La firma del Secretario es apenas una formalidad procesal exigida para mayor garantía de autenticidad del acto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación
 Civil. — Bogotá, abril once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: abril 8/69. - Acta No. 19).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandada en este juicio, contra la sentencia de 14 de marzo de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal.

T

ANTECEDENTES

Saturia Barreto, como representante legal de su menor hijo Manuel Antonio Barreto, demandó a "la sucesión del señor Manuel López, representada por su heredero único reconocido menor adulto Manuel López o Fernández", para que por los trámites de un juicio ordinario se declare que el nombrado Manuel Antonio es hijo natural del de cujus y como tal tiene derecho a heredarlo e intervenir en su causa mortuoria.

Los hechos de la demanda pueden resumirse. así: En la ciudad de Cali nació Manuel Antonio Barreto, hijo de Saturia Barreto, el 4 de abril de 1954, como fruto de las relaciones sexuales, estables y notorias, habidas entre Manuel López y la madre del menor; tales relaciones se llevaron a cabo en Purificación durante los años de 1952 v 1953; fueron públicas en dicho lugar "hasta el punto de haber tomado nota de ellas algunas personas que convivieron en la misma casa donde se desarrollaron"; el juicio de sucesión del pretenso padre natural fue abierto en el Juzgado Civil del Circuito de aquella población y en él se reconoció como heredero, en su carácter de hijo natural, a Manuel López o Fernández, quien por conducto de su curador ad litem aceptó la herencia con beneficio de inventario.

Admitida la demanda y tramitado el juicio, el Juzgado Civil Municipal de Purificación lo decidió por sentencia de 14 de septiembre de 1966 mediante la cual declaró que Manuel Antonio Barreto es hijo natural del extinto Manuel López, y que en tal condición tiene derecho de heredar a su padre y de intervenir en su juicio de sucesión.

La parte demandada apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal confirmó la decisión del Juzgado, por sentencia de 14 de marzo de 1967, materia del presente recurso de casación. Π

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Como el demandado alegase lo que él llama "falta de legitimación en causa" de la parte demandante, porque siendo Saturia Barreto la madre del menor Manuel Antonio Barreto según la correspondiente partida de nacimiento, el poder que obra en autos, otorgado para la iniciación del juicio, tiene la constancia de que fue presentado para su autenticación por Zenaida Barreto, el Tribunal expresa que al examinar dicho poder, lo que allí se encuentra es un error de mecanografía en la nota de presentación personal del mismo; y que quien la escribió "puso Zenaida en lugar de Saturia Barreto, pero quien da el poder es Saturia, que se identificó con cédula de ciudadanía No. 28874922 de Purificación. Saturia Barreto demanda a nombre de su hijo natural Manuel Antonio Barreto y tal calidad está suficientemente acreditada con las partidas obrantes a los fls. 7 del cdno. 1, y 24 del cdno. 2, luego no vemos en dónde pueda estar la carencia de legitimación en causa por parte de la demandante ya nombrada".

Luego nota el sentenciador que la causal invocada es la cuarta del art. 40. de la Ley 45 de 1936 y pasa a analizar las pruebas aportadas sobre el particular por la parte demandante, o sea las declaraciones de Gabriela Quimbayo, Alfonso López, José Guillermo Durán, María de la O. Rodríguez viuda de Ortiz, Rosa María Barreto y Elvira (sic), debió decirse Eloísa Betancourt. Transcribe pasos de esos testimonios y luego comenta:

"Si analizamos el contenido de las anteriores declaraciones, si vamos al fondo de las mismas y las comparamos unas con otras, si unimos las distintas circunstancias que las rodean, en fin, si las estudiamos serenamente, no podemos llegar a resultado distinto del convencimiento de que entre Saturia Barreto y Manuel López existieron relaciones sexuales entre los años de 1952 y 1953...". Para llegar a esa conclusión dice el fallo, que son indicios suficientes los que arrojan las declaraciones citadas, ya que los testigos hablan de las visitas, en altas horas de la noche, por parte de Manuel López a Saturia Barreto, del "encierro en una habitación, de los amantes", y de "las visitas a sus respectivas residencias de parte y parte"; que cada uno de los testigos "da amplia razón de su dicho, es decir, explican de manera que no dejan dudas por qué ha llegado a su conocimiento lo que afirman en sus declaraciones"; que la estabilidad y notoriedad de las relaciones sexuales en el medio en que se desarrollaron, se deducen también de las declaraciones citadas; y que tomando en cuenta la fecha de nacimiento de Manuel Antonio, se concluye que las relaciones sexuales habidas entre Manuel López y la madre del menor, ocurrieron precisamente por la época en que de conformidad con el art. 92 del C.C. se presume la concepción.

Ш

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Se formulan tres cargos contra la sentencia del Tribunal, todos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo (último de la demanda).- Se plantea por violación directa del art. 404 del C.C. y de los arts. 10., 40. ordinal 40. y 20 de la Ley 45 de 1936, aquel por falta de aplicación y éstos por aplicación indebida.

La censura dice que el poder se otorgó para demandar a la sucesión de Manuel López, sin expresar que Manuel López o Fernández fuese su representante; que en la demanda sí se indica al nombrado Manuel López o Fernández como tal representante; que la sucesión no es una persona jurídica, sino "un trámite procesal de jurisdicción voluntaria" para la transmisión formal de los bienes del causante a sus herederos; que, por tanto, no es "parte" para contradecir "la pretensión de filiación natural después de muerto el presunto padre"; que los contradictores son los herederos y no la sucesión del causante; que como en el presente caso no se demandó a Manuel López o Fernández personalmente "por ser el heredero, como debió hacerse", sino a "la sucesión" de Manuel López, el pretenso padre, hay "una clara falta de legitimación en la causa" que impide un fallo de fondo; y que, por tanto, el Tribunal quebrantó directamente las disposiciones citadas en el cargo.

La Corte considera:

Es evidente (como lo observa el autor del recurso), que la sucesión carece de personería jurídica. Es apenas una universalidad de bienes que se forma por el hecho de la muerte de una persona, destinada a liquidarse para la distribución de tales bienes entre los herederos del de cujus.

Si no es persona jurídica en realidad no puede comparecer en juicio como demandante o demandada; sinembargo, es costumbre generalizada en lo judicial demandar a "la sucesión" o para "la sucesión" representada por sus herederos. Cuando se demanda a la sucesión o para la sucesión de una persona, en realidad se demanda a los herederos o para los herederos del causante en cuanto personifican la herencia, pues como lo ha dicho la Corte, "por un imperativo del lenguaje se habla en uno y otro caso de la sucesión; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas" (G.J., T. XLIII, pág. 789).

En el sub lite la demanda se dirigió contra la sucesión de Manuel López "representada por su heredero único reconocido menor adulto Manuel López o Fernández", lo cual vale tanto como decir, según lo expuesto anteriormente, que en realidad se ha demandado al nombrado Manuel López o Fernández como representante de la herencia del de cujus, en su calidad de heredero.

Para no dejar duda alguna en el particular la parte actora, después de expresar que encaminaba su acción contra la sucesión de Manuel López, representada por Manuel López o Fernández, como ya se anotó, advirtió al final del libelo que la demanda la dirigía "contra el señor Manuel López o Fernández en su condición de heredero reconocido en la sucesión de Manuel López".

En estas circunstancias la demanda está bien formulada y correctamente dirigida contra quien, como heredero del pretenso padre, lo representa en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

No se han quebrantado, por tanto, las disposiciones citadas en la censura, la cual no prospera, en consecuencia.

Segundo cargo (primero de la demanda).- Se hace consistir en error de derecho en la apreciación de la partida de nacimiento de Manuel Antonio Barreto y del poder para la iniciación del juicio, con quebranto, como violación medio, de los arts. 593 y 597 del C. J., violación que llevó al sentenciador a infringir indirectamente los arts. 40. numeral 40., 60. y 20 de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida.

El recurrente expresa que en la partida de nacimiento de Manuel Antonio Barreto se dice que éste es hijo de Saturia Barreto, a pesar de lo cual el poder para la iniciación del juicio aparece presentado por Zenaida Barreto como representante legal del actor, quien es menor adulto.

La censura estima que el poder fue corregido y cambiado el nombre de Zenaida por el de Saturia, y que la nota de presentación personal "proclama que el mismo memorial fue presentado por Zenaida y no por Saturia Barreto"; que en tales condiciones el Tribunal, sin base probatoria alguna, declara que lo que allí ocurrió fue un simple error de mecanografía "y ninguna importancia da al hecho de que el poder aparezca presentado por persona distinta a la madre del menor que demanda". De esto deduce el quebranto de los artículos citados en el cargo.

Se considera:

En forma repetida la Corte enseña que el recurso extraordinario de casación no es una instancia más para entender, por el simple hecho de la interposición del mismo, en todos los extremos de la litis. Su actividad jurisdiccional está circunscrita por los límites que el censor le trace en la formulación de los cargos, los que deben plantearse de acuerdo con las normas que regulan el recurso. Si el impugnante no configura tales cargos, satisfaciendo los requisitos que la ley exige en el particular, la Corte tendría que desecharlos por falta de forma.

Cuando la censura se plantea por error de derecho en la valoración de pruebas es indispensable, de conformidad con la técnica del recurso extraordinario, además de indicar los medios probatorios mal apreciados en opinión del recurrente, que éste cite las normas determinativas del mérito o demérito de esos medios que se pretenden mal apreciados, bien porque el sentenciador les hubiese negado el valor probatorio que la ley les asigna, bien por haberles atribuído uno que ésta no les concede.

El cargo que se analiza se hace consistir en la violación medio de los arts. 593 y 597 del C. J. referentes, el primero a que toda decisión en materia civil se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, cuando la existencia y verdad de unos y otros aparecen probados, de manera plena y completa, según la ley; y el segundo a que para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso por haberse aducido en alguna de las oportunidades indicadas en dicho texto.

El primero de los artículos citados no es de valoración probatoria, y la acusación en relación con el segundo es intrascendente en el caso de este pleito, porque la censura no se funda en que las pruebas que se dice mal apreciadas hubiesen sido allegadas extemporáneamente al proceso, o sea fuera de las oportunidades previstas en el art. 597 del C.J., sino en que de tales pruebas no aparece la identidad de la otorgante

del poder para demandar como representante legal del menor Manuel Antonio Barreto.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo. Mas no sobre advertir que en la nota de presentación del poder a que se refiere la censura, se apuntó la cédula de ciudadanía número 28874 922 de Purificación como la perteneciente a Zenaida Barreto, quien aparece presentando dicho poder; y en el texto de éste se indica igualmente el mismo número de la cédula de ciudadanía, expedida en el mismo lugar, como perteneciente a Saturia Barreto, quien lo otorgó. No hay, pues, duda alguna en cuanto a la identidad física de la persona que estableció la acción.

Tercer cargo (segundo de la demanda).- Se hace consistir en "errores manifiestos de hecho en la apreciación de la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias", con quebranto indirecto de los arts. 10., 40. y 20 de la Ley 45 de 1936.

Se refiere el censor a las declaraciones de Graciela Quimbayo (debió decirse Gabriela), Alfonso López, José Guillermo Durán, María de la O. Rodríguez, Rosa María Barreto y Eloísa Betancourt. Respecto de la primera expresa que no tiene validez por no estar autorizada con la firma del Secretario: en la relación con la tercera dice que el testigo se limita a afirmar que los hechos sobre los cuales depone, los conoció de oídas; y en cuanto a los otros declarantes, el censor afirma que no dan la razón de su dicho en sus deposiciones las cuales se refieren, según su propia afirmación, a relaciones ocurridas en secreto o en la "clandestinidad", lo cual "le resta toda notoriedad" a las pretendidas relaciones habidas entre Manuel López y Saturia Barreto.

"Revisadas estas declaraciones —dice el recurso— no podemos comprender de dónde saca el Tribunal la plena prueba de las relaciones sexuales estables y notorias... A más de afirmar los testigos las fechas en las cuales se produjeron las relaciones aludidas, ninguno de ellos nos dice por qué guardaron tan celosamente en su memoria estas fechas. Además la notoriedad de estas relaciones no aparece probada en forma alguna. Por el contrario, de las declaraciones comentadas se deduce que estas relaciones, si las hubo, transcurrieron dentro del mayor sigilo dadas las horas en que debía concurrir López a casa de Saturia y la deducción, bastante forzada, de que las veces que se veían en la oficina de López era con el fin de tener relaciones sexuales".

El recurrente dice que el Tribunel cometió

error de hecho manifiesto en la apreciación de estas declaraciones, error que lo llevó a violar indirectamente las disposiciones citadas en la censura.

La Corte considera:

1. Montado el cargo sobre la base de errores de hecho en la apreciación de las declaraciones de Gabriela Quimbayo, Alfonso López, José Guillermo Durán, María de la O. Rodríguez, Rosa María Barreto y Eloísa Betancur, en que se apoya el fallo acusado, es pertinente ver lo que dicen tales declarantes:

Gabriela Quimbayo. - De 29 años en 1965. Expresa que vivió en la casa en donde habitaba Saturia Barreto como doméstica en los años de 1952 y 1953. "En el mes de octubre del año de 1953 —dice la testigo— Saturia Barreto se fue de la casa donde vivíamos por haber quedado embarazada según lo pude constatar y observar directamente... Durante el año de 1952 hasta octubre de 1953 Manuel López frecuentaba semanalmente, por lo menos dos veces a la semana, la casa de Saturia Barreto con el fin de sostener relaciones sexuales con ésta, pues se encerraban en una pieza y permanecían por largo rato todas las veces que él llegaba". La declarante agrega que en varias ocasiones acompañó a Saturia a las oficinas de Manuel López, quien le "daba plata" y le prodigaba el trato de amante: que a raíz del viaje de Saturia para Cali en octubre de 1953, el mismo Manuel López le manifestó a la testigo que el motivo de ese viaje fue por haber quedado embarazada a consecuencia de las relaciones habidas con él; y que después del regreso de Saturia de la ciudad de Cali, se dio cuenta de que había tenido un niño a quien le pusieron el nombre de Manuel.

Aljonso López. - De 32 años en 1965. "Me consta -dice el testigo- por ser sobrino de Manuel López, que éste durante los años de 1952 a 1953 mes de octubre, mantuvo relaciones de carácter íntimo con Saturia Barreto, de lo cual me pude dar cuenta por las siguientes razones: porque durante varias ocasiones durante los años de 1952 y 1953 me di cuenta que Saturia Barreto con frecuencia llegaba a la casa y oficina de Manuel López, llamada por éste y se encerraban seguramente con el propósito de ejecutar actos sexuales". Agrega que tales relaciones fueron notorias, que como fruto de ellas nació un niño a quien Manuel trataba como hijo, y que Saturia le pedía dinero y "don Manuel le daba".

José Guillermo Durán.- De 46 años también en 1965. Este declarante expresa que frecuentemente llegaba a la casa de Telésfora Barreto. abuela de Saturia, y "me encontraba ocasionalmente con el citado señor López ya fuera ahí en la casa o en la carretera cercana a la misma. ya en señal de espera o conversando con la citada Saturia... especialmente en horas de la noche": que esto ocurrió durante los años de 1952 y 1953; que posteriormente a tales entrevistas tuvo conocimiento de que Saturia estaba embarazada; que "este hecho se lo acumulaban y hacían responsable al citado señor Manuel López con ocasión de sus frecuentes visitas nocturnas a la citada Saturia"; y que ésta "se quejaba de que en la casa le hacían la vida invivible y por esta razón su repentino viaje a Cali".

María de la O. Rodríguez. De 63 años. Declara lo siguiente: "Desde hace más de veinte años he acostumbrado viajar durante dos o tres veces a la semana, entre la vereda de Chenche, Asoleados y Purificación y Guamo o Girardot, y siempre llegaba a la casa de Telésfora Barreto en el cruce de las carreteras, donde era obligatoria mi quedada, ya saliendo, o bien de regreso a mi casa. Unas veces porque le vendía tabacos que negociaba en el Guamo, y otras porque le compraba o fiaba de los artículos que vendía en su tienda: también me quedaba en la casa de Telésfora, para madrugar a coger los carros. En los primeros meses de 1952 empecé a darme cuenta de que don Manuel López frecuentaba la casa de Telésfora Barreto y se quedaba ahí en la casa con Saturia, lo cual sucedía semanalmente, esto es, las veces que yo me quedaba ahí. El llegaba y golpeaba, y yo dormía con Saturia en la misma pieza, entonces, como yo sabía a qué llegaba don Manuel, me salía de la pieza, para que no me pusieran el 'gorro' y me acostaba en otra pieza sobre un mesón grande que tenían. Estas relaciones de don Manuel y Saturia duraron en forma continua y visible hasta el mes de octubre de 1953 cuando. pasaditas las fiestas de octubre de 1953, Saturia se fue para Cali, huyendo de que su papá supiera que se hallaba embarazada y le pegara". La testigo declara, además, que los vecinos de la región se dieron cuenta de las relaciones habidas entre Saturia Barreto y Manuel López, las cuales se llevaban a cabo no solamente en la casa de Telésfora, sino también "en la casa y oficina de don Manuel"; que en varias ocasiones acompañó a Saturia "a donde don Manuel a pedirle plata"; que éste le daba hasta cien pesos (\$100.00); y que "regresada Saturia de Cali con el niño Manuelito, ella siguió como mujer de don Manuel y frecuentaba su casa y oficina para pedirle para la leche y para los gastos del niño...".

Rosa María Barreto. De 39 años. Tía de Saturia Barreto. Se expresa así: "Me consta, por haber vivido toda la vida en la misma casa con Saturia Barreto, es decir, en la casa de Telésfora Barreto que durante el año de 1952 y 1953 hasta octubre. Saturia Barreto sostuvo relaciones sexuales públicas, permanentes y estables con el señor Manuel López, y quien falleció en el año pasado. Es igualmente cierto y puedo afirmarlo, que las relaciones amorosas de Manuel López y Saturia Barreto duraron pasaditas las fiestas del 12 de octubre de 1953, cuando Saturia Barreto viajó a la ciudad de Cali, ya embarazada como de tres o cuatro meses, como fruto de sus relaciones con don Manuel, y por ese embarazo tuvo que perder la casa". La testigo agrega que de esas relaciones nació en Cali un niño "a quien bautizaron en Saldaña con el nombre de Manuel Antonio Barreto, el cual es reputado entre los amigos y familiares como hijo de don Manuel López, quien siempre lo trataba y reconocía públicamente como hijo ayudándolo en toda forma, especialmente con dineros para la subsistencia".

Eloísa Betancourt. De 57 años. Vecina de la casa donde vivía Saturia Barreto. Se dio cuenta de que durante los años de 1952 y 1953, hasta el mes de octubre de este último, Manuel López sostuvo relaciones amorosas con la nombrada Saturia, "pues yo veía cuando don Manuel venía por las noches y se encerraba a dormir y estar con Saturia"; que de tales relaciones "se dieron cuenta todos los vecinos y en todo Purificación era voz general oírla llamar como la moza de don Manuel"; que por haber quedado embarazada en el año de 1953, Saturia viajó a Cali porque en su casa la regañaban "y a ella le daba verguenza"; que la testigo fue portadora de \$ 200.00 que Manuel López le envió a Saturia estando ésta en Cali. "Yo llegué a Cali como el 2 de abril de 1954 y Saturia estaba en un Hospital o Chínica Municipal de caridad, muy mala y muy pobre. Le dí la plata y a las 12 del día del 4 de abril nació el niño que después bautizó Saturia en Saldaña con el nombre de Manuel, seguramente en recuerdo o memoria de su padre".

II.- De las declaraciones en referencia dedujo el Tribunal las relaciones sexuales habidas entre el padre presunto y la madre del menor demandante, con sus características de estabilidad, notoriedad y temporalidad que exige la ley en tratándose de la causal de declaratoria de paternidad natural consignada en el numeral 40. del art. 40. de la Ley 45 de 1936.

Respecto de dicha causal la Corte ha observado que generalmente las relaciones sexuales no son susceptibles, por su misma naturaleza, de prueba directa y que su demostración deriva hacia el campo de la prueba indiciaria, campo en el cual predomina la autonomía del fallador de instancia en la apreciación de los hechos indicantes de la inferencia a que llegue como resultado de esa apreciación.

En casación de 18 de mayo de 1964 (t. CVII, págs. 185 y ss) dijo la Corte:

"Cuando de los hechos afirmados por los testigos se requiere deducir, por la vía del razonamiento, otro hecho, que es el que en definitiva debe ser probado como causal del derecho cuvo reconocimiento se persigue, cual sucede en tratándose de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias en orden al establecimiento de la filiación natural, es evidente que el proceso demostrativo deriva al campo de la prueba indiciaria. Entonces los hechos sobre que los testigos declaran y que han sido objeto de sus directas percepciones, podrán venir a constituir los antecedentes o índices de la presunción a que se llegue, siendo el juzgador a quien compete sacar de esos hechos índices, la conclusión del caso. De donde resulta que, si las declaraciones de los testigos sobre los hechos mismos por ellos directamente percibidos se sitúan dentro del sistema de valoración dispuesto por la ley para la prueba testimonial, en lo tocante con las deducciones que de esos hechos por tal medio establecidos haga el juzgador, la operación cae dentro del régimen de la prueba por presunción, campo en el cual señorea la autonomía del sentenciador, a cuya discreción o prudente arbitrio ha dejado la ley el poder de apreciar los hechos constitutivos de los indicios, la pluralidad de éstos, su gravedad, precisión y conexidad y en suma la procedencia de las conclusiones respectivas, sin otro límite que el de que éstas no obedezcan a contraevidencia o arbitrariedad manifiesta".

El sentenciador analizó y apreció en el fallo materia de impugnación los testimonios atrás referidos, todos de personas vecinas de Purificación, lugar en donde ocurrieron las relaciones amorosas de Manuel López y Saturia Barreto; y dedujo de ellos que acreditaban en debida forma las relaciones sexuales, estables y notorias, invocadas en la demanda. En esta apreciación no encuentra la Corte que el Tribunal hubiese

incurrido en error de hecho evidente, como lo estima el censor, error que no consiste en la disconformidad o diferencia de apreciación de la prueba entre el autor del recurso y el Tribunal sino en que éste tenga por demostrado un hecho del cual no aparece prueba en el proceso; o cuando obrando tal prueba, niega la existencia del hecho por ella demostrado o le da un significado manifiestamente contrario a su contenido, haciéndole decir más o menos de lo que realmente expresa; desde luego todo ello con trascendencia a la decisión.

En relación con el testimonio de Gabriela Quimbaya (no Graciela como dice el recurso) es verdad que, como lo afirma el censor, el acta respectiva no aparece con la firma del Secretario; pero esta irregularidad no alcanza a constituir vicio que haga desestimable la prueba, porque la declaración aparece firmada por la declarante y por el Juez. La firma del Secretario es apenas una formalidad procesal exigida para mayor garantía de autenticidad del acto. Y aun en el caso de que se considerase que tal declaración no podía tenerse como prueba, su apreciación por el Tribunal carecería de trascendencia en lo resolutivo del falllo acusado, porque éste encuentra suficiente apoyo en los restantes testimonios en que se fundó el fallador para su decisión, testimonios cuyo ataque en casación no prospera, pues correspondiendo al juzgador de mérito apreciar el grado de convicción de las declaraciones aportadas por la parte actora para acreditar su pretensión y no observándose ningún error de hecho en esa apreciación, la conclusión a que llegó el Tribunal queda en pie.

Síguese de lo expuesto que la censura es ineficaz.

RESOLUCION

En atención a las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha catorce de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967) dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Cavcedo M., Secretario.

INDEMNIZACION POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA A CAUSA DE UN TRABAJO PUBLICO

- 1. La indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada a causa de un trabajo público, está reglada por los arts. 261 a 268 del C.C.A. y no por el art. 955 dol C.C.-2. En casación no caben cargos subsidiarios.
 - 1. La indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada a causa de un trabajo público, está reglada en cuanto a lo sustancial por el capítulo XXII, arts. 261 a 268 del C.C.A., en donde se regula el reconocimiento a que está obligada la Administración cuando quiera que ejecute ocupaciones de hecho en la ajena propiedad, que ocasionan perjuicios a su dueño. El arr. 955 del C.C. se refiere al caso de enajenación del bien materia de una acción reivindicatoria, y expresa que la acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que haya recibido por ella, siempre que por haberla engjenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de redo perjuicio.
 - 2. Esta doctrina conserva su vigar aún después de expedido el Decr. No. 528 de 1964, porque las normas sobre casación contenidas en él no modifican los fundamentos de tal dactrina, toda vez que el art. 63 de dicho decreto, en esencia dice lo mismo que preceptuaba el art. 531 del C.J., y los arts. 537 y 538 de este último estatuto, conservan su vigencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de casación Civil. — Bogotá, abril ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: marzo 25 / 69. - Acta No. 017).

Se decide el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de 19 de febrero de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio.

EL LITIGIO

La Sociedad Urbanización "La Rioja Ltda." demandó al Distrito Especial de Bogotá, representado por su Personero, para que se le declare dueña de un lote de terreno marcado con los números 13-53 a 14-49 de la Diagonal 6a. de esta ciudad, determinado por los linderos que se relacionan en la demanda, y para que se condene al Distrito a pagar a la demandante: por daño emergente el valor del terreno estimado en la suma de \$96.235.00, o "lo que resulte probado de autos"; y por lucro cesante el uno por ciento (1%) mensual sobre el valor del predio, desde el día en que fue ocupado por el Distrito (10. de octubre de 1954), hasta cuando el pago se verifique.

Subsidiariamente se pide que se condene al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la Sociedad demandante "las sumas que se fijen por razón de perjuicios dentro de la articulación prevista en el art. 533 del C.J.".

Fundase la demanda en que la Urbanización "La Rioja Ltda." es propietaria de una zona de terreno, alindada como se indica en el libelo inicial, con una cabida de mil trece varas cuadradas con trescientas setenta y dos centésimas de vara cuadrada (1.013.372 v²); que la Sociedad adquirio dicha zona en mayor extensión, por aporte que al constituirse hicieron sus socies, conforme a la escritura pública número 1353 de 26 de marzo de 1957, de la Notaría Sexta de Bogotá; que el Distrito Especial la ocupó al construir la Diagonal 6a. de esta ciudad y hey forma parte de una vía pública; y que en varios oportunidades la entidad demandante ha hecho el reclamo correspondiente para el pago del va-

lor del terreno ocupado, sin resultado favorable alguno.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia de 27 de abril de 1964, mediante la cual el Juzgado Quinto Civil de este Circuito declaró que la actora era propietaria del lote materia de la pretensión; y condenó al Distrito Especial de Bogotá a pagarle la suma de \$101.337.20 como valor del terreno, y el uno por ciento (1%) mensual sobre dicha suma desde el primero de octubre de 1954 hasta cuando se haga el pago.

Abierto el segundo grado del juicio por apelación de la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá reformó el fallo del Juzgado en la forma siguiente: confirmó el numeral primero de lo resolutivo de la sentencia de primer grado, referente a la declaración de dominio solicitada; y condenó en abstracto al Distrito Especial de Bogotá a pagar a la Sociedad demandante el valor que se le asigne al inmueble materia del juicio "en el tiempo en que el Distrito lo ocupó, más los intereses legales de esa suma hasta el día en que el pago se verifique". Agregó el Tribunal que simultáneamente con el pago la actora "le otorgará al Distrito la correspondiente escritura de enajenación".

Este es el fallo materia del doble recurso de casación de que se ocupa ahora la Corte.

H

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El sentenciador halló plenamente probado el dominio del terreno a que se refiere la demanda y debidamente acreditado "el hecho de su posesión material por parte del Distrito, a virtud de la destinación que le ha dado para calley andén del servicio público".

Encontró reunidos los presupuestos indispensables para la prosperidad de la acción y dijo que la restitución en especie del lote objeto de la pretensión no podía decretarse, "no sólo porque no fue materia de los pedimentos de la demanda", sino también porque la destinación de la zona para un servicio público, la convirtió "automáticamente en una obligación indemnizatoria por el valor de la zona en la fecha en que tuvo lugar la ocupación, más los intereses legales correspondientes a esa suma en el tiempo desde entonces transcurrido hasta el en que se haga el pago, y en la que los actores deben solemnizarle la venta respectiva al Distrito".

Concluye diciendo el Tribunal que en tal sentido debía modificarse el fallo de primer grado, "pues el justiprecio pericial de la zona que el juzgado reconoce, se refiere al tiempo en que los expertos emitieron su concepto, y no al en que se efectuó la ocupación, como es lo justo; y el interés al de la productividad comercial del capital, cuando tratándose de obligaciones en dinero, la indemnización por concepto de lucro cesante se encuentra expresamente concretada a sólo el interés legal, como en efecto lo dispone el art. 1617 del C.C.".

III ".

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

Esta parte formula dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo. Su planteamiento es el siguiente: "Violación directa e interpretación errónea del art. 955 del C.C., que produjeron un error de hecho manifiesto en el fallo, al haber desestimado el dictamen pericial producido por la parte actora en el juicio, con violación de los arts. 961, 962, 963 y 964 del C.C.".

Como el Tribunal expresa que el valor de la zona no podrá ser otro sino el que tenía el día de la ocupación, el recurrente estima que interpretó erróneamente el artículo 955 del C.C., el cual es aplicable a casos como el presente; y que lo interpretó erróneamente porque el valor de la zona ocupada y destinada a vía pública "debe consistir en su precio comercial el día de la restitución o sea el día en que el propietario deba recibir la indemnización compensatoria de la propiedad perdida y ocupada por la entidad pública... De lo contrario si se aceptara la interpretación dada por el Tribunal, se vendría a inferir un perjuicio irreparable al propietario al pagarle por el valor de la zona un precio diferente y muy inferior al valor de la zona que ha debido restituirse".

Agrega el autor del recurso que si la cosa se pierde en poder del poseedor, es lógico que éste deba pagar su valor en el momento de la restitución; que por la desvalorización del peso y la valorización de la finca raíz urbana, se cometería una injusticia que irrogaría un grave perjuicio a la parte demandante si el pago de la zona se hace por el precio de ésta en la época de la ocupación; que por la interpretación errónea que el Tribunal le dio al art. 955 del C.C., que lo llevó a rechazar el dictamen pericial, quebrantó los arts. 963 y 964 del mismo

estatuto, los cuales disponen que el poseedor condenado debe restituir todos los frutos de la cosa, tanto naturales como civiles; que el dictamen pericial rechazado por el Tribunal determina el valor de los frutos de la cosa al considerar los peritos la rentabilidad del capital representado por el valor de la zona de terreno; que los peritos consideraron fundadamente que tales frutos equivalen al uno por ciento (1%) mensual sobre el valor de la zona; que éstos son los frutos que han debido reconocerse y no los intereses legales, como frutos civiles.

La Corte considera:

No obstante el defectuoso planteamiento del cargo, su desarrollo pone de manifiesto que se hace por quebranto directo del art. 955 del C.C., por errónea interpretación, que llevó al sentenciador, a su vez, a violar los arts. 961, 962, 963 y 964 del mismo estatuto.

Estima el recurrente que el aludido art. 955 es aplicable al caso de autos y que el fallador lo aplicó "a pesar de que la sentencia del Tribunal no cita textualmente" esa norma.

Efectivamente no la cita porque, al contrario de lo que piensa el autor del recurso, no era aplicable en el sub lite, en donde se trata de una indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada a causa de un trabajo público, como la censura misma lo reconoce. Esta materia está reglada en cuanto a lo sustancial por el capítulo XXII, arts. 261 a 268 del C.C.A.. en donde se regula el reconocimiento a que está obligada la Administración cuando quiera que ejecute ocupaciones de hecho en la ajena propiedad, que ocasionan perjuicios a su dueño. El art. 955 del C.C. se refiere al caso de enajenación del bien materia de una acción reivindicatoria, y expresa que la acción de dominio tendrá lugar contra el que enajenó la cosa para la restitución de lo que hava recibido por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabjendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio.

No habiendo aplicado el Tribunal el art. 955 del C.C., no puede decirse que lo hubiese quebrantado por interpretación errónea, como lo expresa la censura; ni tampoco que, como consecuencia de ese pretendido quebranto, se hubieran violado los restantes artículos del C.C., referentes a las peticiones mutuas en la acción de dominio, citados por el recurrente.

En consecuencia, el cargo es impróspero.

Segundo cargo. En este cargo se acusa la sentencia "por violación indirecta de la ley, proveniente de un error de hecho en la apreciación del dictamen pericial producido por la parte actora, error que llevó al Tribunal, como consecuencia, a la violación del artículo 1617 del C.C. por indebida aplicación, y de los arts. 963, 964, 1729, 1730 y 1731 del C.C. por falta de aplicación".

Expresa el recurrente en que hubo "error manifiesto de hecho" por parte del Tribunal al rechazar el dictamen, "ya que las consideraciones de los peritos sobre la productividad del inmueble materia del juicio, están debidamente fundamentadas y acreditan plenamente la existencia de perjuicios, de frutos civiles"; que el sentenciador interpretó erróneamente que el valor de los frutos determinado por los peritos, no se refería a frutos civiles sino a intereses. "cuando previamente los peritos estudiaron la rentabilidad de la zona y su producido civil en frutos comerciales, en dinero, para asimilar posteriormente en forma por demás explicativa, dicho valor al de una rata de intereses"; que, por tanto, el dictamen no contiene propiamente una determinación de intereses sino una fijación de frutos civiles; que en esta forma, debido a ese error manifiesto en la apreciación del dictamen pericial, el Tribunal quebrantó, por aplicación indebida, el art. 1617 del C.C.; y que también quebrantó, debido a ese error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, los arts. 963 y 964 del mismo código e igualmente los arts. 1730 y 1731 del referido estatuto.

Se considera:

No es verdad que el Tribunal hubiese dejado de apreciar el dictamen pericial producido por la parte actora, como lo afirma el recurrente en el cargo que se despacha, pues el sentenciador lo tuvo en cuenta cuando expresa en el fallo que el justiprecio pericial de la zona ocupada, "se refiere al tiempo en que los expertos emitieron su concepto, y no al en que se efectuó la ocupación, como es lo justo; y el interés al de la productividad comercial del capital, cuando tratándose de obligaciones en dinero, la indemnización por concepto de lucro cesante se encuentra expresamente concretada a solo el interés legal".

Si el Tribunal tuvo en cuenta el dictamen pericial a que se refiere la censura y lo vio tal como obra en el proceso, sin hacerle decir cosa distinta de lo que en realidad expresa, no come-

tió el error de hecho que la censura le imputa. Lo que sucede es que el sentenciador no apreció el lucro cesante en el uno por ciento (1%) del interés de la suma en que se estime el bien materia de la demanda, según las aspiraciones de la parte actora, porque, como lo expresa el fallo acusado, en las obligaciones de dinero la indemnización de perjuicios está regulada por la misma ley (art. 1617 C.C.), la cual establece que en caso de mora se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales en caso contrario, dejando, sin embargo, en su fuerza las normas especiales que autorizan el cobro de intereses corrientes en ciertos casos.

El cargo es infundado.

Tercer cargo. El recurrente propone esta censura por error de derecho en la apreciación del dictamen pericial surtido a petición de la parte demandante, con quebranto de los arts. 721 y 722 del C.J. y 963, 964, 1729 y 1617 del C.C.

Dice el censor que si no se acepta que "existió un error manifiesto de hecho en la apreciación del dictamen pericial producido por la parte actora, debe entonces prosperar el cargo por error de derecho al haberlo rechazado, violando los arts. 721 y 722 del C.J., que imponen al juzgador la obligación de apreciar y aceptar un dictamen debidamente fundamentado".

Este cargo se propone como subsidiario del segundo y el recurrente expresa que así puede procederse "sin pecar a la técnica de casación".

La Corte observa:

Al contrario de lo que piensa el censor, la Corte ha dicho que no caben cargos subsidiarios en casación, toda vez que éstos no pueden proponerse eventual o subordinadamente, a la manera como en la demanda inicial de un juicio pueden acumularse objetivamente varias pretensiones. En el recurso extraordinario cada cargo es independiente y todos los que se propongan deben analizarse en forma separada y en un orden lógico.

"Es pertinente observar —dijo esta Corporación en fallo de 2 de febrero de 1959, (T. XC, pág. 22 G.J.)— que en casación no proceden los cargos subsidiarios, ya que su examen no depende de ninguna condición como sucede con las peticiones eventuales o subordinadas en la acumulación de acciones en una demanda. En efecto, la Corte ha de estudiar todos los cargos cuando no prospera ninguno de ellos, o cuando

su éxito sólo determina la casación parcial del fallo recurrido, con la única limitación de que debe proceder en orden lógico, como lo manda el art. 537 del C.J.. Y solo se encuentra relevada de considerar los restantes, en el supuesto de que prospere alguno, según el art. 538 ibídem".

La misma doctrina ha sido reiterada en fallos posteriores (ts. XC., pág 326 y CI, pág. 169). Esta doctrina conserva su vigor aún después de expedido el Decr. No. 528 de 1964, porque las normas sobre casación contenidas en él no modifican los fundamentos de tal doctrina, toda vez que el art. 63 de dicho decreto, en esencia dice lo mismo que preceptuaba el art. 531 del C.J., y los artículos 537 y 538 de este último estatuto, conservan su vigencia.

De observar es, por otra parte, que el recurrente no demuestra el error que le atribuye al Tribunal, ni expresa el sentido de la violación de las normas sustanciales que dice fueron quebrantadas por el fallador, como ha debido hacerlo para que el cargo quedase debidamente formulado.

Las deficiencias anotadas serían suficientes para rechazarlo. Mas, aún en la hipótesis de que la censura hubiese sido planteada de acuerdo con las exigencias de la técnica del recurso extraordinario, habría que observar que sería impróspera, porque el sentenciador no incurrió en el error de derecho que el recurrente le imputa, pues no le negó al dictamen pericial el valor probatorio que le asigna la ley. Ocurrió, simplemente, que el Tribunal consideró que tal dictamen carecía de eficacia por haberse referido el avalúo al día en que los peritos practicaron la visita del predio, y no a la fecha en que por el Distrito se verificó su ocupación definitiva incorporándolo al uso público y que fue el momento en que se hizo concreta para la entidad demandada su obligación de pagar el precio que entonces tenía la zona por ella ocupada.

Se rechaza el cargo.

IV

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El Procurador Delegado en lo Civil, tras de reconocer que la Sociedad demandante probó fehacientemente la propiedad sobre la zona de terreno a que se refiere la demanda, y la ocupación de hecho o "expropiación indirecta o de facto realizada en ella por el Distrito Especial de Bogotá", formula dos cargos contra la

sentencia del Tribunal, ambos, con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo. Se plantea por quebranto directo de los arts. 946, 947, 950, 952, 961, 962, 964 y 982 del C. C. por falta de aplicación.

Dice la censura que la acción intentada es la "declarativa de dominio y reivindicatoria sobre el lote o faja de terreno descrito y singularizado" en la demanda, y su consiguiente restitución a favor de la Sociedad demandante: que la petición de pago del valor del lote, "es forzosamente sucedánea a la reivindicatoria o de restablecimiento en la posesión una vez hecha la declaración de dominio"; que la demandante probó "los elementos esenciales para la prosperidad de la acción reivindicatoria impetrada"; que lógicamente entonces el Tribunal ha debido decretar la restitución material del lote objeto de la pretensión y que al no hacerlo así dejó de aplicar las disposiciones sustanciales referentes a la reivindicación, citadas en el cargo.

La Corte considera:

Trátase aquí, como lo reconoce el impugnante, de una acción exdominio con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por causa de un trabajo público (apertura de una avenida).

En casos como el presente en que por una especie de expropiación de facto no es posible ordenar la restitución del inmueble ocupado permanentemente y destinado a un servicio público, la Administración está obligada a indemnizar al dueño los perjuicios correspondientes.

Tal indemnización "está representada por el valor de la propiedad, correspondiente en la reivindicación a la cosa misma, la cual no es posible restituir in corpore, por su destinación permanente a un servicio público. Puede decirse que el precio del inmueble pasa a ocupar jurídicamente el lugar de éste, mas no por el valor actual del terreno, sino por el que tenía al tiempo de la ocupación, de conformidad con el art. 268 del C. C. A." (Casación, abril 29 de 1966, no publicada aún en la Gaceta).

El cargo, por consiguiente, carece de fundamento, porque no es cierto que se hayan dejado de aplicar las normas sobre la reivindicación citadas por el recurrente, pues el Tribunal sí las aplicó, pero teniendo en cuenta la modalidad especial del caso sub lite, en el cual no es posible la restitución de la cosa misma, debido a la destinación que el Distrito demandado le dio. La censura no prospera.

Segundo cargo. Es por quebranto directo del art. 268 del C.C.A. (Ley 167 de 1941), por falta de aplicación.

El censor transcribe dicho artículo y comenta que según su texto, en la sentencia condenatoria al pago del valor del inmueble ocupado, se debe deducir la valorización del mismo por la obra pública llevada a efecto, en caso de que los peritos hayan apreciado esa valorización, v si ésta no hubiese sido estimada, siempre deberá deducirse un veinte por ciento (20%).

Agrega que en el sub lite ninguna de las partes pidió que los peritos estimasen la valorización del inmueble ocupado con ocasión de la apertura de la Diagonal Sexta de la ciudad de Bogotá; que el fallo del Tribunal hizo una condena en abstracto, pero sin fijar las bases ciertas para que al determinarse la indemnización por el procedimiento del art. 553 del C.J., se haga la deducción por valorización de que trata el art. 268 citado del C. C. A., que al no decretar el Tribunal la deducción por valorización ordenada en dicha norma, la quebrantó directamente, por falta de aplicación.

Se considera:

Los arts. 261 a 268 del Capítulo XXII del C.C.A. (Ley 167 de 1941) sobre indemnizaciones por trabajos públicos, fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema, según fallo de 20 de junio de 1955 (T. LXXX, Págs. 247 y sgts.), pero "sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública".

Si bien la Administración está obligada a indemnizar los perjuicios que se irroguen a particulares por la ocupación permanente de la propiedad privada a causa de un trabajo público, el art. 268 del C.C.A., preceptúa que en caso de condena al pago de una suma de dinero, "se deducirá de esta suma la que los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado. Si los peritos no hicieren estimación de la valorización, siempre se deducirá el veinte por ciento (20%)".

Comentando esta disposición la Corte dijo en casación de 14 de febrero de 1963 (T. CI, pág. 122), que en los procesos que se adelanten sobre esta materia ante las autoridades judiciales, ha de observarse:

"a) Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plusvalía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos.

"b) Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor total actual, el art. 268 C.C.A. hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemnización. Y

"c) Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, no habrá lugar a deducir, por sustracción de materia, el veinte por ciento de la valorización".

El Tribunal condenó a la entidad demandada a pagar a la parte actora el valor que se le asigne al inmueble materia de este pleito "en el tiempo en que el Distrito lo ocupó". Para hacer la condenación en abstracto tuvo en cuenta que "el iustiprecio judicial de la zona que el Juzgado reconoce, se refiere al tiempo en que los expertos emitieron su concepto, y no al en

que se efectuó la ocupación, como es lo justo".

Si, pues, el valor del terreno ha de determinarse según el fallo acusado, en el tiempo de la ocupación, no hay lugar a deducir el veinte por ciento (20%) por concepto de su valorización a causa de la obra pública realizada, por sustracción de materia.

En consecuencia, no se violó el art. 268 del C.C.A., citado por el recurrente y, por tanto, el cargo no prospera.

RESOLUCION

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 diecinueve (19) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA EXCEPCION

No la constituye la simple negación del derecho ejercitado; para ser tal debe contraponérsele otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos del primero, de lo contrario el Juez no tendrá que definirla en la sentencia, sino que queda resuelta la oposición al estimar o desestimar la acción.

Con proyección de normas superiores de derecho, dado su abolengo constitucional, la regulación legal del proceso civil está estructurada entre nosotros con base en el principio de contradicción o de defensa, en virtud del cual el demandado está facultado para hacer resistencia a las pretensiones del actor, y de procurar obtener mediante ella una sentencia desfavorable a éste. Dentro del concepto genérico de la defensa, pues, encaja todo acto del demandado expresivo de ese poder jurídico de resistencia u oposición a las aspiraciones del actor condensadas en la demanda.

Pero la doctrina ha advertido que dentro del concepto genérico de defensa están implicadas diversas formas de ejercerla, susceptibles de ser clasificadas. En efecto, se habla de defensa en sentido estricto, para aludir a la forma más común y frecuente de manifestar el demandado su resistencia, o sea a aquella que consiste simplemente en negar los fundamentos de hecho o de derecho en que apoya el demandante su pretensión. Pero muchas veces el demandado no se limita a adoptar esa posición puramente negativa, sino que además se pone en plan de contraataque, esgrimiendo armas contrapuestas a las pretensiones del actor. Estas armas consisten en la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque, no obstante haber ellos nacido, los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto último ocurre, se está en el sector especial de derecho de defensa propio del concepto de excepción sustancial.

Nota característica de la excepción, que la

distingue del concepto de defensa en el sentido lato arriba mencionado, es, pues, conforme se deja dicho, la de que aquella supone la alegación de hechos nuevos impeditivos o extintivos del derecho pretendido por el actor.

Se desprende de todo lo anterior, entonces, que cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a csa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. Proponer la excepción de "carencia de acción para demandar", sin más, no viene a significar otra cosa distinta a que el demandado rechaza de plano las pretensiones del actor, es decir, que simplemente niega la existencia de los hechos constitutivos de la acción invocados en la demanda, o el derecho que de ellos se pretende derivar. En otras palabras, tal modo de obrar no implica más que el ejercicio del derecho de defensa en sentido genérico a que arriba se aludió. Y a diferencia de lo que ocurre con la excepción, cuya proposición formal impone la necesidad de que el juez la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final: sobre ella resuelve indirecta e implicitamente el juez al estimar o desestimar la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada). (Aprobación: abril 8/69. - Acta No. 19).

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 15 de marzo de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó dentro del juicio ordinario promovido por Santos Cabrera Rodríguez contra el Municipio de Quibdó.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó demandó Santos Cabrera Rodríguez al Municipio de Quibdó para que por los trámites de un juicio de pertenencia se declarara que aquel es propietario, por prescripción adquisitiva, de un lote de terreno ubicado en el mencionado municipio, barrio denominado "Niño Jesús", y comprendido por los linderos especiales que la demanda relaciona.

Como hechos fundamentales de la acción se adujeron los siguientes: que desde el año de 1919 el actor viene posevendo el lote de terreno en referencia, en forma quieta, tranquila y pública, ocupándolo con casa de habitación, cultivos de carácter permanente, y cría de cerdos y aves de corral; que antes de 1919 el lote en mención era una selva o bosque lleno de maleza y fango, por lo cual el actor, para poder entrar a ocuparlo, lo primero que tuvo que hacer fue desmalezarlo y zanjarlo con sus propios esfuerzos y los de sus hijos; que durante todo el tiempo de la ocupación el actor ha venido pagando al Municipio el correspondiente impuesto de catastro; que los hechos relacionados son del dominio público de multitud de testigos; y que hace algún tiempo el Municipio de Quibdó, por conducto de su Personero, ha pretendido despojar al actor del terreno en referencia, y tomarlo como un bien suyo, causándole perjuicios.

Corrida la demanda en traslado al representante legal de la entidad demandada, o sea al Personero Municipal, éste la contestó negando todos los hechos y solicitando su demostración. Refiriéndose al último de los atrás extractados de la demanda, dice la contestación: "El Municipio ha hecho valer su derecho de propiedad que lo asiste en esos terrenos por estar en el perímetro urbano de la ciudad en atención a lo dispuesto en la Ley 69 de 1938 y Resolución No. 26 de 1941 emanada del Ministerio de la Economía Nacional, en virtud de tales disposiciones al Municipio de Quibdó le fueron cedidos los terrenos baldíos que no estuvieren ocupados con edificaciones. El señor Santos Rodríguez

no ha ejercitado derecho de dominio sobre la faja del terreno descrito en el plano acompañado a la demanda... El desmonte del citado terreno se ha llevado a cabo por las obras de ensanches del Acueducto y más tarde, cuando el Municipio de Quibdó cedió ese globo de tierra para la construcción de los edificios de Sendas. Al no llevarse a cabo dichas construcciones, en forma arbitraria muchas personas ocuparon los lotes desmontados con pequeñas edificaciones, contra quienes el Municipio establecerá la acción correspondiente". Termina el Personero la constestación diciendo: "Desde ahora propongo la excepción perentoria de carencia de acción para demandar".

En posterior memorial, cuyo contenido reiteró en el alegato de conclusión de la primera instancia, el apoderado especial, ya para entonces constituído por el municipio demandado, propuso y fundamentó las excepciones perentorias de "imprescriptibilidad de los bienes baldíos" y de "ilegitimidad de la acción contra entidades de derecho público".

El Juzgado a quo le puso fin a la primera instancia del juicio mediante sentencia de 25 de agosto de 1964, declarando "no probadas las excepciones perentorias propuestas por el señor apoderado de la parte demandada", y haciendo el reconocimiento de dominio solicitado en la demanda en relación con el terreno objeto de la acción, pero con exclusión de algunas porciones que se identifican por los nombres de sus ocupantes o por su destinación oficial. La sentencia ordena igualmente la inscripción de la misma en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó lo confirmó en todas sus partes mediante sentencia de 15 de marzo de 1965, o sea la recurrida ahora en casación.

EL FALLO DEL TRIBUNAL

Esta sentencia, que se limita a reproducir en lo fundamental los razonamientos de la de primera instancia, para acogerlos, se apoya en que con la prueba testimonial y pericial practicada dentro del juicio, está demostrado que el actor poseyó el terreno objeto de la acción en forma pública, pacífica e ininterrumpida durante el lapso exigido por la ley para la consumación de una prescripción extraordinaria. Y en cuanto a las excepciones propuestas en el alegato de conclusión, dice en substancia que el bien de cuya prescripción adquisitiva aquí se trata dejó

de ser baldío desde cuando, en desarrollo de la Lev 69 de 1938, se registró la Resolución número 26 de 2 de junio de 1941, por medio de la cual fueron adjudicados al Municipio de Quibdó todos los terrenos baldíos existentes dentro del perímetro urbano de dicha ciudad, registro que tuvo lugar el 21 de agosto de 1941; que habiendo pasado así esos terrenos al patrimonio fiscal del Municipio, se hicieron prescriptibles, porque sólo como baldíos no lo eran; que, por otra parte, si bien el art. 20, de la Ley 120 de 1928 dispone que la acción de prescripción no procede contra las entidades de derecho público, esa misma norma agrega que tal restricción se refiere a bienes declarados imprescriptibles por la ley, lo cual no sucede aquí, ya que el inmueble objeto de la acción no es baldío, según lo arriba dicho, ni existe disposición legal alguna que lo haya declarado imprescriptible; y que, por todo ello, las excepciones de imprescriptibilidad de bienes baldíos y de ilegitimidad de la acción contra entidades públicas, son infundadas.

EL RECURSO DE CASACION

La demanda de casación, formulada por el Procurador Delegado en lo Civil, aduce dos cargos contra la sentencia del Tribunal, el primero por incongruencia, o sea con base en la causal segunda de casación, y el segundo por violación indirecta de ley sustancial a consecuencia de errores de hecho en la apreciación de la prueba, o sea por la primera de dichas causales. Se pasa al examen de dichos cargos, en su orden:

Primer cargo. La sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. En efecto, considera el recurrente, que el Personero Municipal de Quibdó, como representante legal de la entidad directamente demandada, o sea el mismo Municipio, propuso al contestar la demanda la excepción perentoria de "carencia de acción para demandar". Posteriormente el abogado a quien el Personero confirió poder para que siguiera representando al Municipio, propuso además las excepciones perentorias de "imprescribilidad de los bienes baldíos" y de "ilegitimidad de la acción contra entidades de derecho público". Pues bien, no sólo en la sentencia del Tribunal, sino también en la del Juez a quo, se prescindió de todo estudio y decisión sobre la excepción propuesta por el Personero al contestar la demanda, pues allí solo se examinaron y decidieron las propuestas por el apoderado posteriormente, no obstante que atacándose con aquella el fondo mismo del derecho invocado por el actor, era forzoso decidir sobre ella en la sentencia.

Se considera:

I.- Con proyección de normas superiores de derecho, dado su abolengo constitucional, la regulación legal del proceso civil está estructurada entre nosotros con base en el principio de contradicción o de defensa, en virtud del cual el demandado está facultado para hacer resistencia a las pretensiones del actor, y de procurar obtener mediante ella una sentencia desfavorable a éste. Dentro del concepto genérico de la defensa, pues, encaja todo acto del demandado expresivo de ese poder jurídico de resistencia u oposición a las aspiraciones del actor condensadas en la demanda

Pero la doctrina ha advertido que dentro del concepto genérico de defensa están implicadas diversas formas de ejercerla, susceptibles de ser clasificadas. En efecto, se habla de defensa en sentido estricto, para aludir a la forma más común y frecuente de manifestar el demandado su resistencia, o sea a aquella que consiste simplemente en negar los fundamentos de hecho o de derecho en que apoya el demandante su pretensión. Pero muchas veces el demandado no se limita a adoptar esa posición puramente negativa, sino que además se pone en plan de contraataque, esgrimiendo armas contrapuestas a las pretensiones del actor. Estas armas consisten en la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque, no obstante haber ellos nacido. los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos). Cuando esto último ocurre, se está en el sector especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción sustancial.

II.- Nota característica de la excepción, que la distingue del concepto de defensa en el sentido lato arriba mencionado, es, pues, conforme se deja dicho, la de que aquella supone la alegación de hechos nuevos impeditivos o extintivos del derecho pretendido por el actor. A aquella característica y a esta diferenciación se ha referido ya la Corte en los siguientes términos: "La excepción en el derecho ritual constituye una noción inconfundible con la defensa del demandado. La excepción es un medio de defensa, mas no engloba toda la defensa. La de-

fensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consiste en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero y por lo mismo de la acción. La excepción es, pues, siempre autónoma de la acción. Con este alcance la define el art. 329 del C.J., diciendo que excepción perentoria es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió. De consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza. representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción" (LIX, pág. 406).

Y dentro de esta misma línea de pensamiento había dicho la Corte con anterioridad: "Una excepción no puede considerarse legalmente propuesta, mientras no se expongan los hechos que le sirven de fundamento" (XXXVI, Pág. 460). "En cuanto a las excepciones, la Sala reafirma una vez más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa" (No. 1949, pág. 524).

III.- Se desprende de todo lo anterior, entonces, que cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose, (como en el caso que sirve de apoyo al cargo que se examina), a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate, hechos que le den sentido y contenido a esa denominación. no está en realidad oponiendo excepción ninguna, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto. En lo concerniente al caso concreto de que aquí se trata, proponer la excepción de "carencia de acción para demandar", sin más, no viene a significar otra cosa distinta a que el demandado rechaza de plano las pretensiones del actor, es decir, que simplemente niega la existencia de los hechos constitutivos de la acción invocados en la demanda, o el derecho que de ellos se pretende derivar. En otras palabras, tal modo de obrar no implica más que el ejercicio del derecho de defensa en sentido genérico a que arriba se aludió. Y a diferencia de lo que ocurre con la excepción, cuya proposición formal impone la necesidad de que el juez

la defina en la sentencia, la simple defensa no requiere una respuesta específica en el fallo final: sobre ella resuelve indirecta e implícitamente el juez al estimar o desestimar la acción.

No está por demás agregar que la Corte tiene expresamente dicho que es un contrasentido hablar de excepción de carencia de acción, por la sencilla razón de que el concepto de excepción supone como antecedente lógico y necesario una acción que aquella enerva o destruye (No. 2016, pág. 109).

Viene a resultar así, en conclusión, que al haberse estimado en la sentencia recurrida la acción ejercitada en la demanda, fue oída, aunque desatendida, la afirmación del demandado de que el actor no tenía acción. Lo cual quiere decir que no existe la incongruencia por defecto invocada en el cargo que se estudia.

En consecuencia, dicho cargo no prospera.

Segundo cargo. Como se advirtió atrás, este segundo cargo se formula dentro de la causal primera de casación, por violación indirecta de ley sustancial a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la prueba. El error de hecho que en el cargo se le imputa al Tribunal, consiste en que "dio por comprobado, sin estarlo en el proceso, que el lote de terreno objeto de la solicitud de declaratoria de pertenencia por prescripción extraordinaria, está situado en el área urbana de la ciudad de Quibdó. Y por consiguiente, dio por establecido que este terreno, ocupado por el petente... es de los que cedió la Nación de sus tierras baldías al Municipio de Quibdó en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 69 de 1938, y de la Resolución Ejecutiva No. 26 de 2 de junio de 1941, emanada del Ministerio de la Economía Nacional... Pero en el expediente no hay prueba de que el globo de terreno ocupado o poseído por Rodríguez Cabrera, esté comprendido dentro del perímetro del que fue cedido al Municipio de Quibdó en virtud de la mentada Resolución No. 26 de 2 de junio de 1941, y que sea por lo tanto de aquellos terrenos sobre los cuales adquirió el Municipio dominio, en cumplimiento de lo mandado por la Ley 69 de 1938. Ninguna de las pruebas pedidas y practicadas en el juicio, revelan que aquel terreno esté abarcado dentro del perímetro de éste. La prueba más idónea para establecer este hecho o circunstancia, habría sido la de inspección ocular en ambos lotes, para así determinar en la realidad geográfica y topográfica si ello ocurre". En virtud de tal error de hecho, dice el recurrente, el Tribunal estimó que el terreno había dejado de ser baldío, y como tal imprescriptible, para pasar a la condición de bien fiscal del Municipio de Quibdó, y por lo tanto prescriptible, y por ello declaró no probadas las excepciones propuestas en el juicio bajo las denominaciones de "imprescriptibilidad de los bienes baldíos" y de "ilegitimidad de la acción contra entidades de derecho público". A consecuencia de aquel error de hecho, expresa el recurso, se violaron directamente los arts. 593, 594, 597 y 601 del C.J., e indirectamente los arts. 685, 674, 675 del C.C.; los arts. 40. y 44 del C.F. Nal.; los arts. 2518, 2521, 2528 y 2531 del citado C.C.; los arts. 20. y 50. de la Ley 120 de 1928; y el art. 10. de la Ley 50 de 1936. La violación indirecta de las normas últimamente citadas la explica el recurrente sobre el argumento central de que los terrenos baldíos son imprescriptibles, y de que como baldío debe tenerse el que es materia del presente juicio, por no haberse probado que formara parte de los que el Municipio de Quibdó adquirió mediante la citada Resolución No. 26.

Se considera:

La improcedencia de este cargo es manifesta, por la muy obvia razón de que en modo alguno puede considerarse que el Tribunal haya incurrido en el error de hecho que sirve de soporte a la acusación.

En efecto, ese error se hace consistir concretamente en que, sin existir en el proceso dato probatorio alguno al respecto, el Tribunal dio por establecido que el terreno objeto de la acción esté comprendido dentro de la periferia del que el Municipio de Quibdó adquirió mediante la Resolución número 26 de 2 de junio de 1941, expedida por el Ministerio de la Economía Nacional en desarrollo de lo ordenado por la Ley 69 de 1938. Pero nada más contrario a la realidad. Por lo pronto cabe anotar que el actor dirigió su acción contra el Municipio de Quibdó, v éste la afrontó con tanto interés e intensidad que no se contentó con que su propio representante legal fuera quien lo defendiera, sino que constituyó apoderado especial al efecto, todo lo cual es revelador de que con la demanda del actor el Municipio se sintió expuesto al riesgo de perder lo que era suyo.

Pero es que, como se insinuó antes, el error de hecho no existe en absoluto. En efecto, como se destacó arriba al relacionar los términos del litigio, al contestar la demanda el representante del Municipio expresó clara y terminantemente lo que en seguida se transcribe: "El Municipio ha hecho valer su derecho de propiedad que lo asiste en esos terrenos por estar en el perímetro urbano de la ciudad en atención a lo dispuesto en la Ley 69 de 1938 y Resolución No. 26 de 1941 emanadas del Ministerio de la Economía Nacional, en virtud de tales disposiciones al Municipio de Quibdó le fueron cedidos los terrenos baldíos que no estuvieren ocupados con edificaciones... El desmonte del citado terreno se ha llevado a cabo por las obras de ensanche del Acueducto y más tarde, cuando el Municipio de Quibdó cedió ese globo de tierra para la construcción de los edificios de Sendas. Al no llevarse a cabo dichas construcciones, en forma arbitraria muchas personas ocuparon los lotes desmontados con pequeñas edificaciones, contra quienes el Municipio establecerá la acción correspondiente".

Como se ve de la transcripción anterior, no queda la menor duda de que desde la iniciación del juicio el Municipio demandado aceptó y tuvo por indiscutible que los terrenos pretendidos por el actor están comprendidos dentro de los que le fueron adjudicados mediante Resolución ministerial atrás mencionada, lo cual descarta desde luego el error de hecho de que se alimenta el cargo.

De consiguiente el cargo no prospera.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Quibdó de 15 de marzo de 1965, proferida en el juicio ordinario de Santos Cabrera Rodríguez contra el Municipio de Quibdó.

Sin costas. (art. 576 C.J.).

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RESCISION DE LA VENTA POR VIOLENCIA GENERALIZADA

La fuerza o violencia que vicia el consentimiento puede provenir no ya de parte interesada, sino de un tercero y aun de hechos meramente naturales. Elementos axiológicos de la acción rescisoria por tal motivo.

La fuerza o violencia, en la órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico. Se ha dicho, con razón sobrada, que esta definición no traduce el verdadero vicio sancionado por el derecho, sino la causa del mismo. En realidad, la violencia es un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el mal que va se le inflige o con el que se le amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica. (Casación octubre 5 / 39 XLVIII, 720 / 23.).

Esta clásica institución latina, tal como se ofrece en el derecho moderno, presupone dos requisitos para la operancia de la sanción que conlleva, cual es la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza. a) El primero de ellos, claramente descrito en el art. 1513 de nuestro C.C. mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo v condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". Corresponde, por tanto, al Juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza. de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para "producir una impresión fuerte", un "justo temor" (vani timoris

non excusat), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a "la edad, sexo y condición" de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, no contemplado expresamente por nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la justicia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndole como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo.

En fin, va desde el derecho romano se estableció una importante diferencia entre el dolo y la fuerza tocante como origen de tales vicios, pues, al paso que en relación con el primero se ha exigido que sea obra de una de las partes o de sus representantes, o que sea cohonestado por aquella o por éstos, el efecto dirimente de la fuerza se da tanto cuando ella se ejerce por la contraparte o por la persona beneficiada con la celebración del acto, como también cuando proviene de un tercero. con lo cual se destaca aún más la razón de ser de la sanción legal correspondiente: el acto queda afectado de nulidad relativa en cuanto la fuerza, o mejor aún, el temor haya sido el factor determinante de su realización. "Para que la fuerza vicie el consentimiento dice el art. 1514 del C.C. no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado con ella: basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento".

De otro lado, en las legislaciones francesa y colombiana, también inspiradas en el derecho romano, se le presta bien poca consideración al vicio de la lesión en los actos jurídicos. En primer lugar, no se le da cabida en la generalidad de los actos onerosos y, ni siquiera, de los contratos conmutativos, en los

que, por su naturaleza, debe existir una normal equivalencia o equilibrio entre las obligaziones que producen, sino que apenas si se la consagra excepcionalmente en casos especiales, como son: compraventa común de bienes inmuebles (C. C. 1946 y ss.), permuta de bienes de la misma especie (ibidem art. 1958), partición (ibídem, art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (ibídem art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (ibídem, art. 2231), estipulación de los mismos en la anticresis (ibidem, art. 2466) y cláusula penal (ibidem, art. 1601). En segundo lugar, el límite legal a partir del cual la lesión cobra operancia es excesivo, pues en la mayoría de los casos se fija en más de la mitad del justo valor (laesio ultra dimidium). Y, en fin, en las pocas hipótesis en que se le da carta de naturaleza, la institución funciona mecánicamente. vale decir, con independencia de su razón ética, cual es la de evitar la explotación indebida de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la víctima. Los anteriores reparos surgen de manifesto con la comparación de los comentados sistemas con el de otras legislaciones más recientes, como la alemana, la suiza, la italiana, etc... La primera, de éstas establece: "Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres; y especialmente lo es aquel por el cual, aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, alguien se hace prometer para sí o para un tercero, en cambio de una prestación o promesa, ventajas económicas que excedan de lo que se promete o se da, en forme tal que sea evidente la desproporción atendidas las circunstancias" (C.C. art. 138). La suiza, ubicando mejor el fenómeno en el terreno de la protección de la autonomía de la voluntad privada, declara: "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y el objeto de la obligación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del término de un año, manifestar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, en cuanto la lesión haya sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia..." (C. Obligaciones, art. 21). Y, en el mismo sentido la italiana preceptúa: "en caso de desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, debida al estado de necesidad de una de ellas, de que la otra se aprovechó en su beneficio, la parte perjudicada puede reclamar la rescisión del contrato"(C. C. 1448).

En presencia de situaciones inequitativas, expresamente ubicadas y sancionadas en el campo de la lesión por las legislaciones úlmencionadas, timamente pero insolubles dentro de la deficiente organización de dicho vicio y tampoco adaptables estrictamente a la concepción clásica de la fuerza o violencia, los tribunales franceses se vieron en la necesidad de modificar esta última, extendiendo su radio de acción a los casos de aprovechamiento de la intimidación de uno de los agentes, aunque ella no proviniese de la actuación violenta de la contraparte beneficiada con la celebración del contrato, o de un tercero, sino también de hechos i de la naturaleza indebidamente utilizados para el logro una contraprestación manificstamente desproporcionada. El ejemplo clásico en esta nueva doctrina jurisprudencial es el del contrato de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocerle una recompensa excesiva en relación con el servicio prestado, mas no cuando dicho contrato se ha celebrado en condiciones equitativas. Tiénese, pues, que esta variante de la fuerza o vialencia, considerada como vicio del consentimiento y denominada "del estado de necesidad" o también "de la fuerza de la naturaleza", se caracteriza: porque deja de atender, aún menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea a si ésta proviene del acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no intervienen la voluntad humana, sino que mira directamente al verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima; y porque introduce una nueva aplicación en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, no ya solo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque estas no alcancen al límite a partir del cual se configura la lesión enorme.

La Doctrina jurisprudencial francesa que se viene de exponer ha sido recibida en Colombia (Cas. 17 octubre 1962 ya cit.). Pero, es más: con fundamento en las mismas directrices que informan dicha doctrina, aquí se le encontró nuevo y vasto campo de aplicación con motivo de la proliferación de actos jurídi-

cos celebrados bajo el imperio de la violencia generalizada y habitual que azotara al país durante no pocos años. Así la Corte tuvo la oportunidad de declarar la procedencia de la rescisión de los contratos celebrados en tales circunstancias, aprovechadas para el logro de beneficios desproporcionados (Cit. Cas. 28 de julio de 1958, LXXXVIII, 561 a 63). Y esta nueva aplicación jurisprudencial de la referida doctrina inspiró la expedición de la Lev 201 de 1959, cuyo artículo primero preceptúa: "En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento del estado de anormalidad que se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado. Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del art. 1513 del C.C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada".

Dicho está que, a partir de la expedición del precitado estatuto, la jurisprudencia ha venido declarando su recto entendimiento con base en los antecedentes históricos y en la preceptiva dogmática del mismo. En lo que respecta a los elementos axiológicos de la acción rescisoria que conlleva la aplicación del texto antes transcrito, tiénese que ellos son los siguientes: a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada por la ley fue la de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante de la operancia de aquella es el estado de necesidad o intimidación de la víctima, el que podría darse con prescindencia de la referida medida oficial, cuya adopción o cura derogatoria pueden coincidir o no con la real perturbación del orden público, como también depender de meras consideraciones de conveniencia política; b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada, o sea que no es bastante la sola declaratoria del estado de sitio, porque se repite que la sanción establecida por la ley, consistente en la anulación de dicho acto o contrato, obedece a la injusticia que éste conlleva y que, en la doctrina del estado de necesidad

radica en el aprovechamiento indebido de la situación calamitosa en que se encuentra colocada la víctima, y no en la medida política adoptada por el Gobierno procisamente para remediar situaciones de dicha índole; y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permiran presumir a la vez, que ésta no las habría aceptado en circunstancias normales y ave la otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquella. De esta suerre, se configuran los requisitos generales para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento: el de que ella alcance una intensidad tal que determine a la víctima a celebrar el contrato, y el de la injusticia, que aquí se hace consistir en el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato. Como se ve el presupuesto legal de que se trata, reproduce, en su integridad, el criterio adoptado por la doctrina denominada "del estado de necesidad" desde su pristina aparición jurisprudencial en Francia. Recuérdese, en efecto, que en el ejemplo clásico va citado del salvamento de un navío en peligro, los tribunales franceses hicieron depender la validez o la anulación del contrato; de que la recompensa por tal servicio fuera equitativa o excesiva, respectivamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: abril 9/69. - Acta No. 20).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el actor contra el fallo de 28 de febrero de 1966 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio de Alberto Trujillo Escobar frente a Samuel Escobar Gómez.

EL LITIGIO

El primero de los nombrados trajo a juicio ante el Juzgado Civil del Circuito de Salamina al segundo de ellos para que, por la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primero.- Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa celebrado entre los señores Alberto Trujillo Escobar, como vendedor y Samuel Escobar Gómez, como comprador, extendido por medio de la Escritura Pública No. 2.187 de fecha cinco de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera de Manizales, por cuanto que el vendedor dio su consentimiento viciado de fuerza, o por la fuerza, en virtud de la violencia que en la región del Municipio de Marulanda se había desatado en la época de la venta, especialmente contra el vendedor señor Trujillo Escobar.

"Segundo. Que en consecuencia de la declaración anterior, el demandado, señor Escobar Gómez, está obligado a devolver la finca objeto de la venta, con todas sus anexidades y por los linderos determinados en la Escritura No. 2.187 tantas veces citada, con los frutos percibidos o que el vendedor hubiera podido percibir teniendo la cosa en su poder, desde que recibió dicha propiedad, hasta la entrega, para lo cual se tendrá al demandado como poseedor de mala fe. A su vez el demandante devolverá el precio recibido.

"Tercero.- Que el demandado queda obligado a devolver dentro del mismo lapso de la entrega, los títulos de la propiedad, con la escritura de cancelación de la hipoteca con la Caja Agraria de Manizales y el certificado de tradición de dicha propiedad.

"Cuarto. Que como consecuencia de la primera declaratoria, se declare que es nulo el registro de la Escritura Pública No. 2.187 de fecha cinco de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Manizales; como también se ordenará la cancelación de dicha escritura por efecto de la nulidad declarada.

"Petición subsidiaria.- Para el caso en que no se declare la primera petición principal sobre nulidad de la venta, pido entonces al señor Juez, que subsidiariamente se declare: Que el señor Alberto Trujillo Escobar sufrió lesión enorme como vendedor en la venta que le hizo de parte de su finca al señor Samuel Escobar Gómez, según la Escritura Pública No. 2.187 de 5 de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Manizales. Por tanto, queda rescindida por lesión enorme la venta dicha, por cuanto que el vendedor recibió como precio un valor en mucho inferior a la mitad del justo que tenía el día de la venta, quedando por tanto al arbitrio del comprador consentir en ella o completar el justo precio con deducción de uná décima parte.

"Quinta principal.- Que se condene al demandado a las costas del juicio".

Los hechos fundamentales de la causa petendi pueden sintetizarse así:

Alberto Trujillo Escobar fue dueño de una finca rural ubicada en el Municipio de Marulanda, en el paraje de El Retiro y alindada como aparece en el hecho primero. Trujillo Escobar vendió a Samuel Escobar Gómez un lote de terreno segregado de aquella finca mediante la escritura 2.187 otorgada en la Notaría Primera de Manizales el 5 de diciembre de 1950, lote que se determina en el hecho tercero. En la celebración de este contrato de compraventa Trujillo Escobar "no dio su consentimiento en forma libre y espontánea", sino "forzado por razones de la violencia que en la región de Marulanda se desató en esa época y de la cual fue directamente víctima, no sólo por las amenazas de muerte que recibió de los violentos de turno, sino también por el atentado perpetrado contra él y su acompañante a principios del año de 1950". Con la violencia que se desató contra Trujillo Escobar se perseguían dos cosas, a saber: "deshacerse de él como jefe político y en segundo lugar, hacer que por esos hechos se le forzara a vender a menos precio su finca, todo lo cual lograron sus gratuitos perseguidores". De lo anterior se concluye que "el vendedor no tuvo libre determinación y por consiguiente su consentimiento estuvo viciado de nulidad absoluta, por cuanto fue inducido a contratar bajo fuerza y violencia". Por razón de esa misma violencia que se extendió a todo el país, el Gobierno decretó el estado de sitio en toda la República desde el año de 1949, situación ésta que subsistió hasta el primero de enero de 1962. En vista de las muchas ventas forzadas que los propietarios obligados a efectuar para salvar su vida o algo de su patrimonio, el Congreso Nacional dictó la Ley 201 de 1959. El demandado Samuel Escobar Gómez se aprovechó de la violencia o se benefició de ella con la adquisición del lote de terreno que le vendió Trujillo Escobar, "quien tuvo que proceder a ello forzado por las circunstancias que antecedieron a dicha negociación y a las cuales no fue ajeno el comprador demandado", quien se lucró de la violencia adquiriendo a menos precio la referida propiedad. El mencionado contrato de compraventa es también rescindible por la lesión enorme que sufrió el vendedor, "ya que el precio recibido es inferior en mucho a la mitad del verdadero valor en dicha época"

El demandado, al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones del actor y propuso la excepción perentoria de prescripción de la acción por lesión enorme.

El Juzgado del conocimiento absolvió al demandado de todos los cargos formulados por el actor y condenó a éste al pago de las costas del juicio. Y, por apelación del demandante, surtiose el segundo grado que remató con el fallo del 28 de febrero de 1966, proferido por el Tribunal Superior de Manizales, por el cual se confirmó la providencia apelada y también se condenó al recurrente en las costas de la instancia.

LA MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL:

Refiriéndose a la acción de nulidad del contrato sub lite. advierte el sentenciador que los hechos enunciados por el actor no constituyen causales de nulidad absoluta, por cuanto los vicios del consentimiento sólo generan la relativa, de conformidad con lo preceptuado por los arts. 1740 y 1741 del C.C.; pero que, pese a la incorrecta denominación empleada por aquel, hay lugar a decidir la cuestión planteada, dándoles a tales hechos la significación que verdaderamente tienen.

Observa que el libelo, al atacar el contrato en cuestión, asume dos posiciones jurídicas diversas: en primer término, describe un cuadro sombrío de violencia generalizada en el paraje El Retiro del Municipio de Marulanda, donde está ubicada la finca vendida, y de la cual fue víctima el actor, quien de ello pretende deducir, con cita de los arts. 1513 y 1514 del C.C., que su consentimiento estuvo viciado por una fuerza que lo indujo a contratar en condiciones económicas desventajosas; pero que, en los hechos finales, el libelo también invoca "esa especie de presunción que contiene el art. 10. de la Ley 201 de 1959".

En relación con la primera de las aludidas posiciones comenta el fallo: "es preciso advertir primero que la mayor parte de los hechos de la demanda están destinados a describir, como ya se dijo, un estado anormal de inseguridad reinante en la comarca donde está ubicada la finca que enajenó el señor Trujillo Escobar, en la época en que se verificó ese negocio. Pero, pensando quizás el actor que esas circunstancias podían ser por sí solas, y dentro del régimen del Código Civil, generadoras del vicio del consentimiento que alega como causal de nu-

lidad, resolvió atribuírle directamente al demandado una conducta maliciosa, un aprovechamiento ilícito de aquel estado de cosas para inducir al vendedor a un contrato desventajoso.

"Pero resulta que, de acuerdo con el art. 1514 del C.C., citado por el actor, la fuerza o violencia que puede llevar a viciar el consentimiento es la que se ejerce por quien pretende reportar beneficio de ella, o por cualquiera otra persona que la emplea con el objeto de obtener el consentimiento de otro. No habla por tanto nuestro código de la coacción que proviene de los acontecimientos creadores de un estado de inseguridad y a los cuales han sido ajenos los contratantes". Apoyándose en la opinión de un tratadista, según la cual no existiría la fuerza cuando alguien se aprovecha de aquellos acontecimientos v de la influencia de los mismos sobre el ánimo del otro contratante para obtener un convenio ventajoso, siempre y cuando que no se haya realizado acto alguno para lograr esa determinación, agrega el Tribunal: "Aplicando estos conceptos al caso de autos, se llega a la conclusión de que, aun aceptando como cierto el hecho de que la región donde está ubicada la finca que enajenó el señor Trujillo Escobar se vio azotada por la violencia política en la época del contrato, la acción de nulidad instaurada solo podría prosperar en el caso de que se hubiera probado también que el demandado Escobar Gómez se aprovechó de esta calamidad para inducir a aquel a que le traspasara el mencionado inmueble en condiciones desfavorables para el vendedor. Porque si Escobar Gómez fue ajeno a los hechos que se enuncian generadores de aquel estado de zozobra en el Municipio de Marulanda; y si además no se le puede imputar la ejecución de acto alguno tendiente a forzar la voluntad del señor Trujillo Escobar, es obvio que aquella acción, enfocada únicamente a la luz de las disposiciones pertinentes del C.C., carecerá de fundamento y deberá ser rechazada. Y precisamente lo que ocurre en este juicio es que no aparece demostrado que el señor Escobar Gómez hutenido participación alguna, directa biera o indirectamente, en los hechos que el actor señala como determinantes de la violencia que lo indujo a celebrar el contrato. Ni se demostró tampoco actividad maliciosa alguna del señor Escobar Gómez, encaminada a obtener provecho indebido del estado de temor en que el demandante dice haberse encontrado cuando vendió su finca; ni menos aun se acreditó que éste hubiera sufrido perjuicio económico con esa enajenación".

Al examinar la segunda de las va mencionadas posiciones jurídicas asumidas por el actor en su demanda, o sea a la que toca con la pertinencia al caso sub lite de la Ley 201 de 1959. el sentenciador da por establecido que el contrato en cuestión fue celebrado dentro de la vigencia del estado de sitio decretado por el Gobierno v que cobijó al Departamento de Caldas desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1961. Pero, agrega que al invocar el actor la precitada lev, ha debido demostrar también, lo que no hizo, que el demandado se aprovechó del estado de anormalidad para obtener una ventaja injusta en detrimento de aquel, como quiera que, de conformidad con el objetivo señalado en el encabezamiento de esa lev y con lo preceptuado por el art. 1o. de la mismá, la presunción que éste establece sólo tiene operancia cuando el aprovechamiento se traduzca en condiciones tan desfavorables que haya de entenderse que, sin ellas, el contrato no se habría celebrado. "Se requiere, pues para obtener éxito en el ejercicio de una acción de nulidad fundada en las disposiciones de la lev que se viene comentando, que uno de los contratantes haya sufrido una lesión patrimonial, aunque ésta no alcance a configurarse como una lesión enorme; y que el otro contratante se haya aprovechado mediante una contraprestación que implique para él un enriquecimiento sin causa justa... "En el presente caso no se probó que el señor Trujillo Escobar hubiera celebrado el contrato de compraventa de que se trata, en condiciones desfavorables para él, es decir con la aceptación y recibo como precio del inmueble en una suma de dinero que no correspondía a su justo valor en la época del contrato; y de allí que, lógicamente tampoco resulta demostrado un correlativo aprovechamiento por parte del comprador Escobar Gómez".

A esta conclusión llega el sentenciador con fundamento en que el actor pretendió acreditar el precio que tuviera el inmueble vendido al tiempo del contrato mediante declaraciones de testigos y no, como sería de rigor, con un dictamen pericial.

A continuación, el fallo aboca el estudio de la acción subsidiaria de rescisión del contrato sub lite por lesión enorme. Recuerda los requisitos de esta acción respecto de la compraventa de bienes inmuebles, según los dictados de la ley y la doctrina jurisprudencial, para destacar el que consiste en la determinación del justo precio de la cosa al tiempo de celebrarse el

contrato, requisito cuya ausencia se verifica nuevamente por haber omitido el actor acreditar dicho precio en el juicio mediante la prueba idónea del dictamen pericial. En tales circunstancias, concluye el Tribunal que también debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto desestima esta otra acción.

LA IMPUGNACION

Fúndala el actor recurrente en demanda que le censura al fallo anteriormente relacionado yerro hermenéutico, o sea violación directa del art. 10. de la Ley 201 de 1959".

Con transcripción del citado texto legal y de los pasos interpretativos del mismo que contiene dicho fallo, el recurso motiva su acusación en los siguientes términos:

- "a) Porque es característico de los contratos onerosos lucrativos, que son precisamente los comprendidos en la norma legal de que se trata, que ellos se celebran en provecho económico de ambos contratantes, o de todos si hay más de dos. El provecho para uno de los contratantes está en la contraprestación a cargo. del otro o de los otros. Así, en la compraventa el provecho para el comprador consiste en llevar a su patrimonio la cosa que compra, y para el vendedor el obtener el precio de la venta. De acuerdo con esto, el aprovechamiento económico de quien celebra un contrato de esta clase está en su misma celebración, porque de esta le resulta el provecho de llevar a su patrimonio la cosa prometida por el otro o por los otros contratantes.
- "b) Porque de conformidad con lo anterior, el aprovechamiento a que se refiere la norma del art. 1o. de la Ley 201 de 1959, consiste en la celebración de un contrato oneroso, aprovechando para ello el estado de anormalidad, de inseguridad, de violencia generalizada dentro de la región en donde es celebrado toda vez que ese contrato va a producir para quien lo celebra el provecho económico de llevar a su patrimonio el objeto de la contraprestación a su favor. Y si a tal aprovechamiento se agregan las condiciones desfavorables en que es celebrado el contrato, que hagan presumir que en estado de libertad jurídica no se hubiera celebrado, se entenderá viciado por la violencia, el consentimiento del contratante favorecido con dicha presunción.
- "c) Pero las condiciones desfavorables a que se refiere la norma, pueden no estar en los elementos intrínsecos del contrato, sino en hechos exteriores y adventicios que lleguen a determi-

nar su celebración. Y así las cosas, no podrá menos de considerarse como condición gravemente desfavorable para uno de los contratantes en la celebración de un contrato, el estado de justo temor en que se encuentra de sufrir un daño grave o hasta la pérdida de su vida si no lo celebra.

- "e) Porque si esto ocurre, queda gravemente afectada la libertad jurídica con que debe producirse el consentimiento para que con él se genere válidamente el contrato. Y es precisamente aquel justo temor lo que produce vicio del consentimiento por fuerza o violencia de conformidad con la norma general consignada en el art. 1.513 del C.C.
- "f) Porque de acuerdo con lo que se deja expuesto, no hay razón alguna para ubicar las condiciones gravemente desfavorables a que alude la del art. 1o. de la Ley 201 de 1959, únicamente en la lesión patrimonial para uno de los contratantes y en el correlativo enriquecimiento injusto para el otro o los otros, como equivocadamente lo ha hecho el Tribunal sentenciador en la motivación de su fallo. Puede muy bien existir un equilibrio económico perfecto entre las prestaciones de una y otra parte, y sin embargo de ello aparecer celebrado el contrato en condiciones gravemente desfavorables para uno de los contratantes, consistentes en hechos que coarten su necesaria libertad jurídica para su celebración.
- "g) Porque de conformidad con las normas generales del C.C. sobre vicio del consentimiento por fuerza o violencia, tal vicio puede producirse sin que haya lesión patrimonial para el contratante violentado, pues lo que para ello se tiene en cuenta no es el resultado de carácter económico para dicho contratante, sino el hecho de haber celebrado el contrato sin la suficiente libertad jurídica para su celebración. Puede muy bien haber en un contrato de compraventa un equilibrio perfecto entre el precio y el valor económico de la cosa vendida, de suerte que ninguno de los dos contratantes sufra lesión patrimonial en provecho del otro, y sin embargo estar viciado por la violencia el consentimiento de uno de ellos.
- "h) Porque en presencia de la defectuosa redacción y la poca claridad que de ella resulta en el texto del art. 1o. de la Ley 201 de 1959, dicha norma debe interpretarse de conformidad con su finalidad eminentemente social, finalidad que no es otra que la de amparar a quienes se vieron forzados a la enajenación

de sus bienes para salvar su vida o evitar graves e irreparables daños en su persona por causa de la delincuencia generalizada en la época y en el lugar de los respectivos contratos. Sin que para ello se haya tenido en cuenta el resultado económico bueno o malo para el enajenante en aquellas condiciones anormales, sino el hecho de no haber obrado con la necesaria libertad jurídica.

- "i) Porque si así no se entendiera la norma en referencia, quedarían los afectados con estas situaciones anormales, en peores condiciones que los que contratan en épocas de normalidad, pero violentados a prestar su consentimiento, porque según se dijo, para estos casos no entra en juego la lesión patrimonial, sino el solo hecho de la fuerza o violencia que destruye o merma la libertad del consentimiento.
- "j) Porque el texto de la norma equivocadamente interpretada por el Tribunal sentenciador no dice que las condiciones desfavorables para quien celebra el contrato, deben estar en sus elementos intrínsecos, produciendo lesión patrimonial para unos y enriquecimiento injusto para el otro o los otros. Por consiguiente es arbitrario limitar a esto lo desfavorable de las condiciones, siendo así que ellas pueden consistir en hechos exteriores que concurran a determinar la celebración del contrato sin la plena libertad jurídica que para ello se requiere.

SE CONSIDERA:

- I. La jurisprudencia de la Corte, precursora de la Ley 201 de 1959, después de expedida ésta, también viene declarando su recto entendimiento en varios fallos aún no publicados (17 de octubre de 1962, 2 de septiembre de 1964, 25 de abril y 9 de mayo de 1967, 23 de febrero de 1968) reiterados y coordinados recientemente (4 de mayo de 1968, juicio de Obdulio Rodríguez frente a Julio Alberto Medina). El presente recurso ofrece la oportunidad para insistir una vez más en los antecedentes históricos del referido estatuto, y en el sentido y alcance de sus determinaciones.
- II.- La fuerza o violencia, en la órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico. Se ha dicho, con razón sobrada, que esta definición no traduce el verdadero vicio sancionado por el derecho,

sino la causa del mismo. En realidad, la violencia es un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el mal que ya se le inflige o con el que se la amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la ley para el ejercicio de su voluntad jurídica. (Casación octubre 5/39. XLVIII, 720/23).

III.- Esta clásica institución latina, tal como se ofrece en el derecho moderno, presupone dos requisitos para la operancia de la sanción que conlleva, cual es la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza. a) El primero de ellos, claramente descrito en el art. 1513 de nuestro C.C. mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". Corresponde, por tanto, el Juez ponderar en cada caso esa intensidad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para "producir una impresión fuerte", un "justo temor" (vani timoris non excusat), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a "la edad, sexo y condición" de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, contemplado expresamente por nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la injusticia de los hechos constitutivos de aquella, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo.

IV.- En fin, ya desde el derecho romano se estableció una importante diferencia entre el dolo y la fuerza tocante con origen de tales vicios, pues, al paso que en relación con el primero se ha exigido que sea obra de una de las partes o de sus representantes, o que sea cohonestado por aquella o por éstos, el efecto dirimente de la fuerza se da tanto cuando ella se ejerce por la contraparte o por la persona

beneficiada con la celebración del acto, como también cuando proviene de un tercero, con lo cual se destaca aún más la razón de ser de la sanción legal correspondiente: el acto queda afectado de nulidad relativa en cuanto la fuerza, o mejor aún, el temor haya sido el factor determinante de su realización. "Para que la fuerza vicie el consentimiento —dice el art. 1514 del C.C.— no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado con ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento".

V.- De otro lado, en las legislaciones francesa y colombiana, también inspiradas en el derecho romano, se le presta bien poca consideración al vicio de la lesión en los actos jurídicos. En primer lugar, no se le da cabida en la generalidad de los actos onerosos y, ni siquiera, de los contratos conmutativos, en los que, por su naturaleza, debe existir una normal equivalencia o equilibrio entre las obligaciones que producen, sino que apenas sí se la consagra excepcionalmente en casos especiales, como son: compraventa común de bienes inmuebles C.C. 1946 y ss.), permuta de bienes de la misma especie (ibídem art. 1958), partición (ibídem, art. 1405), aceptación de una asignación sucesoral (ibídem art. 1291), estipulación de intereses en el mutuo (ibídem, art. 2231). estipulación de los mismos en la anticresis (ibídem, art. 2466) y cláusula penal (ibídem, art. 1601). En segundo lugar, el límite legal a partir del cual la lesión cobra operancia es excesivo, pues en la mayoría de los casos se fija en más de la mitad del justo valor (laesio ultra dimidium). Y, en fin, en las pocas hipótesis en que se le da carta de naturaleza, la institución funciona mecánicamente, vale decir, con independencia de su razón ética, cual es la de evitar la explotación indebida de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la víctima. Los anteriores reparos surgen de manifiesto con la comparación de los comentados sistemas con el de otras legislaciones más recientes, como la alemana, la suiza, la italiana etc. La primera de éstas establece: "Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres; y especialmente lo es aquel por el cual, aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, alguien se hace prometer para sí o para un tercero, en cambio de una prestación o promesa ventajas económicas que excedan de lo que se promete o se da, en forma tal que sea evidente la desproporción atendidas las circunstancias"

(C.C. art. 138). La suiza, ubicando mejor el fenómeno en el terreno de la protección de la autonomía de la voluntad privada, declara: "En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y el objeto de la obligación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del término de un año, manifestar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, en cuanto la lesión haya sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia..." (C. Obligaciones, art. 21). Y, en el mismo sentido la italiana preceptúa: "en caso de desproporción entre la prestación de una parte v la de la otra, debida al estado de necesidad de una de ellas, de que la otra se aprovechó en su beneficio, la parte perjudicada puede reclamar la rescisión del contrato" (C.C. 1448).

VI.- En presencia de situaciones inequitativas, expresamente ubicadas y sancionadas en el campo de la lesión por las legislaciones últimamente mencionadas, pero insolubles dentro de la deficiente organización de dicho vicio y tampoco adaptables estrictamente a la concepción clásica de la fuerza o violencia, los Tribunales franceses se vieron en la necesidad de modificar esta última, extendiendo su radio de acción a los casos de aprovechamiento de la intimidación de uno de los agentes, aunque ella no proviniese de la actuación violenta de la contraparte beneficiada con la celebración del contrato, o de un tercero, sino también de hechos de la naturaleza indebidamente utilizados para el logro de una contraprestación manifiestamente desproporcionada. El ejemplo clásico en esta nueva doctrina jurisprudencial es el del contrato de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocerle una recompensa excesiva en relación con el servicio prestado, mas no cuando dicho contrato se ha celebrado en condiciones equitativas. Tiénese, pues, que esta variante de la fuerza o violencia, considerada como vicio del consentimiento y denominada "del estado de necesidad" o también "de la fuerza de la naturaleza", se caracteriza: porque deja de atender, aún menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea a si ésta proviene del acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no interviene la voluntad humana, sino que mira directamente al verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima; y porque introduce una nueva aplicación en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, no ya solo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque estas no alcancen al límite a partir del cual se configura la lesión enorme.

VII.- La doctrina jurisprudencial francesa que se viene de exponer ha sido recibida en Colombia (Cas. 17 octubre 1962 va cit.). Pero. es más: con fundamento en las mismas directrices que informan dicha doctrina, aquí se le encontró nuevo y vasto campo de aplicación con motivo de la proliferación de actos jurídicos celebrados bajo el imperio de la violencia generalizada y habitual que azotara al país durante no pocos años. Así la Corte tuvo la oportunidad de declarar la procedencia de la rescisión de los contratos celebrados en tales circunstancias, aprovechadas para el logro de beneficios desproporcionados (Cit. Cas. 28 julio 1958, LXXXVIII, 561 a 63). Y esta nueva aplicación jurisprudencial de la referida doctrina inspiró la expedición de la Ley 201 de 1959. cuyo artículo primero preceptúa: "En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerque vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento del estado de anormalidad que se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado. Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del art. 1513 del C.C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada".

VIII.- Dicho está que, a partir de la expedición del precipitado estatuto, la jurisprudencia ha venido declarando su recto entendimiento con base en los antecedentes históricos y en la preceptiva dogmática del mismo. En lo que respecta a los elementos axiológicos de la acción rescisoriá que conlleva la aplicación del texto antes transcrito, tiénese que ellos son los siguientes: a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada por la ley fue la de proteger la autonomía de la volun-

tad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante de la operancia de aquella es el estado de necesidad o intimidación de la víctima, el que podría darse con prescindencia de la referida medida oficial, cuya adopción o cuya derogatoria pueden coincidir o no con la real perturbación del orden público, como también depender de meras consideraciones de conveniencia política: b) el acto o contrato debe haberse celebrado baio el imperio de la violencia generalizada, o sea que no es bastante la sola declaratoria del estado de sitio, porque se repite que la sanción establecida por la ley, consistente en la anulación de dicho acto o contrato, obedece a la injusticia que éste conlleva y que, en la doctrina del estado de necesidad radica en el aprovechamiento indebido de la situación calamitosa en que se encuentra colocada la víctima, y no en la medida política adoptada por el Gobierno precisamente para remediar situaciones de dicha índole; y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan presumir a la vez, que ésta no las habría aceptado en circunstancias normales y que la otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquella.' De esta suerte, se configuran los requisitos generales para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento; el de que ella alcance una intensidad tal que determine a la víctima a celebrar el contrato, y el de la injusticia, que aquí se hace consistir en el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato. Como se ve el presupuesto legal de que se trata, reproduce, en su integridad, el criterio adoptado por la doctrina denominada "del estado de necesidad" desde su prístina aparición jurisprudencial en Francia. Recuérdese, en efecto, que en el ejemplo clásico ya citado del salvamento de un navío en peligro, los tribunales franceses hicieron depender la validez o la anulación del contrato, de que la recompensa por tal servicio fuera equitativa o excesiva, respectivamente.

IX.- Visto está que el fallo acusado da por acreditada la celebración del contrato sub lite durante la vigencia de estado de sitio y que también admite, por vía de hipótesis la violencia generalizada en la época y lugar de dicha celebración; pero, en cambio, no encuentra la prueba del hecho indicador que constituye

el punto de partida de la presunción de aprovechamiento indebido de tal violencia y de la repercusión de esta sobre el ánimo del actor, cual sería haberse pactado el negocio en condiciones tan desfavorables para éste que en circunstancias normales no las hubiera aceptado. Tal es, pues, el fundamento principal de la desestimación de la acción de nulidad propuesta en este juicio con apoyo en la Ley 201 de 1959.

X.- El recurso ataca esta base del fallo con argumentos que, en sustancia, consisten: a) en que dicha ley no exige para su actuación que el demandado en la acción rescisoria haya derivado un provecho económico del referido contrato, pues, si este es oneroso naturalmente conlleva tal provecho representado por las contraprestaciones que recibe a cambio de las suyas; b) en que el aprovechamiento a que la ley se refiere es el de la violencia generalizada que coarta la voluntad de la víctima; y c) en que "las condiciones tan desfavorables" a que ella también alude "pueden no estar en los elementos intrínsecos del contrato, sino en hechos exteriores y adventicios que lleguen a determinar su celebración, como lo es precisamente el estado de justo temor de sufrir grave daño y hasta de perder la vida".

XI.- Ahora bien, tiene razón el censor en cuanto afirma que todo contrato oneroso, por su naturaleza, reporta provecho o utilidad para las partes contratantes, y también la tiene en cuanto interpreta la expresión legal "aprovechamiento" como referida a la violencia general, y esto porque, como ya quedó visto, una de las modificaciones fundamentales que la doctrina que inspira el estatuto comentado le introdujo a la concepción clásica de la fuerza, estriba precisamente en haber ampliado el origen de la misma en el sentido de no contraerlo exclusivamente a las actuaciones de' una de las partes o de un tercero, cumplidas con el propósito de constreñir a la víctima a la celebración del acto, sino de darle igual significación al aprovechamiento del estado de necesidad de dicha víctima, ocasionado por circunstancias extrañas a aquellos y aún por fenómenos de la naturaleza física desencadenados independientemente de toda voluntad humana.

XII.- Pero en lo que sí no se compadece la censura con la recta interpretación de la ley citada, es en lo que toca con el verdadero sentido que ésta les atribuye a las condiciones desfavorables en que se celebró el contrato, las que,

se reitera, serían índice de la intimidación de la víctima y del aprovechamiento de esta intimidación por la otra parte. Pues, de no ser esto así, se estaría en la órbita de la concepción clásica del vicio de la voluntad y no en la de la doctrina que la adicionó.

Por lo dicho el cargo no prospera.

RESOLUCION

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales de fecha 28 de febrero de 1966, en el juicio ordinario seguido por Alberto Trujillo Escobar contra Samuel Escobar Gómez.

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

Publiquese, cópiese, notifiquese, devuélvase e insértese en la Gáceta Judicial.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

OBJECIONES A LA PARTICION. ADJUDICACION DE LA HIJUELA DE DEUDAS Y GASTOS

Sin acuerdo unánime de los herederos el partidor no puede adjudicar a su arbitrio a alguno o algunos de ellos la hijuela de deudas y gastos.

Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de los derechos de cada uno de ellos o de sus cuotas en la herencia. Así lo dispone el art. 1411 del C.C., el cual, para no dejar dudas en el particular, pone un ejemplo y dice que el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1413 y 1583 del mismo código y sin perjuicio también del derecho que la ley reconoce al heredero beneficiario, porque quien acepta la herencia con beneficio de inventario, no es obligado al pago de ninguna parte de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda.

La regla general, es pues, la de que cada heredero toma sobre sí una carga, en relación con el pasivo hereditario, a prorrata de su cuota en la herencia, pero si alguno de los herederos quisiere tomar una cuota mayor de las deudas que la correspondiente a prorrata, bajo alguna condición que los otros herederos acepten, la ley permite que así se haga (art. 1397 C.C.), aunque los acreedores hereditarios o testamentarios no sean obligados a conformarse con el arreglo de los herederos en el particular.

Para el pago de las deudas de la sucesión el partidor está obligado a formar un lote o hijuela, cuyos bienes quedan en comunidad entre todos los herederos si no se adjudica a alguno o algunos de ellos en particular. Mas la adjudicación a alguno o algunos de los herederos de la hijuela de deudas y gastos, no puede hacerse al arbitrio del partidor, sino que debe ser el resultado del acuerdo unánima de aquellos. Si no existe ese acuerdo el lote o hijuela destinada a cubrir el pasivo de la sucesión debe adjudicarse a todos los Mrederos.

En relación con los gastos de juicio, aunque no existe un texto expreso que autorice al partidor para formar hijuela destinada a su pago, la jurisprudencia ha aceptado que por analogía debe aplicarse en las particiones herenciales lo dispuesto en el art. 1142 del C.J. respecto de los juicios divisorios, esto es, que los gastos del juicio de sucesión deben distribuirse a prorrata de los derechos de cada cual, salvo convenio entre las partes. Es decir, se siguen las mismas reglas que la ley establece para el pago de las deudas hereditarias, y los bienes destinados a cubrir esos gastos tampaco pueden adjudicarse a uno o algunos de los herederos en particular si no existiere acuerdo entre todos al respecto.

Las normas legales sobre la forma de cubrir las deudas hereditarias y los gastos del juicio se inspiran, a no dudarlo, en el propósito de conservar entre los partícipes el principio de igualdad que debe imperar en las particiones, no sólo para la adjudicación de los bienes relictos sino también para el pago de las deudas o pasivo hereditario.

A efecto de que el partidor pueda apartarse de esas reglas, se requiere convenio unánime de los herederos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán)

(Aprobación: abril 15/69. - Acta No. 021)

Contra la sentencia de 5 de mayo de 1966, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de sucesión de Jesús Emilio Duque Gallo, interpusieron casación los herederos José y María Duque y Ana Duque de Giraldo. Concedido el recurso por el sentenciador, admitido por la Corte y cumplido el trámite legal correspondiente, se decide ahora sobre su mérito.

I ANTECEDENTES

- 1. Jesús Emilio Duque Gallo, fallecido el 11 de noviembre de 1963, había otorgado testamento ante el Notario Primero de Medellín por escritura pública número 1653 de 22 de mayo de 1962, e instituyó como herederos, por partes iguales, a sus hermanos legítimos Enrique, Roberto, Francisco Luis, Braulio, Ana Mercedes, María y José Duque Gallo;
- 2. Abierto el correspondiente juicio de sucesión en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de aquella ciudad, practicada y aprobada la diligencia de inventario y avalúo de los bienes relictos, el partidor nombrado presentó su trabajo el 12 de marzo de 1965. A cada uno de los herederos correspondió la cantidad de \$88.281.36 suma por la cual les formó la correspondiente hijuela. El pasivo inventariado quedó reducido a \$127.132.14 por haber sido cubierto en parte con frutos de los bienes sucesorales, según observación del partidor, y la hijuela formada para su pago fue adjudicada al heredero Enrique Duque Gallo;
- 3. José y María Duque y Ana Duque de Giraldo, objetaron la partición. Una de las objeciones formuladas se refiere a la adjudicación de la hijuela de deudas y gastos la cual, según los objetantes y a falta de acuerdo entre los herederos, ha debido adjudicarse a todos ellos.
- 4. Tramitado el incidente de objeciones el Juez del conocimiento, que a la sazón era el Noveno Civil Municipal de Medellín, lo falló el 14 de febrero de 1966 rechazando las propuestas y aprobando, en consecuencia, la partición. Apelado el fallo por los objetantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó el 5 de mayo del mismo año, mediante la sentencia que es materia del presente recurso de casación.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

"La segunda objeción —expresa el fallo acusado— se relaciona como se dijo, al hecho de haber adjudicado la hijuela del pasivo a un solo heredero".

El Tribunal comenta que todo partidor está obligado a formar hijuela de deudas y gastos; que así lo hizo en el presente juicio; que "en la práctica se acostumbra que uno o más de los herederos o el cónyuge supérstite se encarguen del pago de las deudas y a quienes se encargan advirtiéndolo en la partición, se les adjudica el lote de bienes destinado a tal pago"; que así se procedió en el caso de estos autos, adjudicándole a uno solo de los herederos la referida hijuela de deudas y gastos; que tal procedimiento lo tiene aceptado la jurisprudencia de la Corte y que, por tanto, es legal lo resuelto por el partidor".

Ш

EL RECURSO

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa la sentencia del Tribunal como violatoria, por vía directa, de los arts. 80., 1390, 1397, 1411 y 1416 del C.C., 13 de la Ley 153 de 1887 y 1142 del C.J., unos por aplicación indebida y otros por falta de aplicación.

Nota el censor que de los siete herederos del causante, cuatro de ellos estuvieron de acuerdo en que la hijuela de deudas y gastos se adjudicara al asignatario Enrique Duque, pero que los tres restantes (José y María Duque y Ana Duque de Giraldo) manifestaron, por el contrario, su desacuerdo con esa determinación; que ese desacuerdo se pone de presente con el hecho mismo de haber ellos objetado la partición oportunamente, entre otras razones, por no haberse hecho la adjudicación a todos los herederos; que la costumbre, invocada por el sentenciador, en ningún caso tiene fuerza contra la ley y que sólo constituye derecho a falta de legislación positiva, cuando es general y conforme con la moral cristiana: que según el art. 1411 del C.C. las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas: que de acuerdo con el art. 1390 ibídem, las costas de la partición se cubren por todos los interesados en ella, también a prorrata; que en relación con los gastos del juicio se ha considerado aplicable el art. 1142 del C.J. según el cual "salvo convenio entre las partes" los gastos comunes del juicio divisorio se distribuyen entre los condueños a prorrata de sus derechos en la comunidad.

"Existen, pues, respecto de deudas hereditarias y de gastos, normas legales acerca de sú división entre los herederos", dice el censor, quien además observa que para que las deudas puedan dividirse en forma distinta a la prevista en el art. 1411 del C.C., es necesario que así se haya acordado por todos los interesados; que, en consecuencia, estando previsto

por la ley el modo de hacer la división de las deudas hereditarias y los gastos causados en el juicio de sucesión, no era pertinente aplicar la costumbre, como lo hizo el Tribunal al fallar la segunda de las objeciones propuestas; y que la aplicación de la costumbre, sin ser el caso, incidió en el quebranto directo de los artículos citados en el cargo.

La Corte considera:

Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de los derechos de cada uno de ellos o de sus cuotas en la herencia. Así lo dispone el art. 1411 del C.C., el cual, para no dejar dudas en el particular, pone un ejemplo y dice que el heredero del tercio no es obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias. Esto se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1413 y 1583 del mismo código y sin perjuicio también del derecho que la ley reconoce al heredero beneficiario, porque quien acepta la herencia con beneficio de inventario, no es obligado al pago de ninguna parte de las deudas hereditarias sino hasta concurrencia de lo que valga lo que hereda.

La regla general, es pues, la de que cada heredero toma sobre sí una carga, en relación con el pasivo hereditario, a prorrata de su cuota en la herencia, pero si alguno de los herederos quisiere tomar una cuota mayor de las deudas que la correspondiente a prorrata, bajo alguna condición que los otros herederos acepten, la ley permite que así se haga (art. 1397 C.C.), aunque los acreedores hereditarios o testamentarios no sean obligados a conformarse con el arreglo de los herederos en el particular.

Para el pago de las deudas de la sucesión el partidor está obligado a formar un lote o hijuela, cuyos bienes quedan en comunidad entre todos los herederos si no se adjudica a alguno o algunos de ellos en particular. Mas la adjudicación a alguno o algunos de los herederos de la hijuela de deudas y gastos, no puede hacerse al arbitrio del partidor, sino que debe ser el resultado del acuerdo unánime de aquéllos. Si no existe ese acuerdo el lote o hijuela destinada a cubrir el pasivo de la sucesión debe adjudicarse a todos los herederos.

En relación con los gastos del juicio, aunque no existe un texto expreso que autorice al partidor para formar hijuela destinada a su pago, la jurisprudencia ha aceptado que por analogía debe aplicarse en las particiones herenciales lo dispuesto en el art. 1142 del C.J. respecto de los juicios divisorios, esto es, que los gastos del juicio de sucesión deben distribuirse a prorrata de los derechos de cada cual, salvo convenio entre las partes. Es decir, se siguen las mismas reglas que la ley establece para el pago de las deudas hereditarias, y los bienes destinados a cubrir esos gastos tampoco pueden adjudicarse a uno o algunos de los herederos en particular si no existiere acuerdo entre todos al respecto.

Las normas legales sobre la forma de cubrir las deudas hereditarias y los gastos del juicio se inspiran, a no dudarlo, en el propósito de conservar entre los partícipes el principio de igualdad que debe imperar en las particiones, no sólo para la adjudicación de los bienes relictos sino también para el pago de las deudas o pasivo hereditario.

A efecto de que el partidor pueda apartarse de esas reglas, se requiere convenio unánime de los herederos, convenio que en el presente caso no existió, como lo prueba el hecho mismo de que tres de ellos hubiesen objetado el trabajo de partición, entre otras razones, por haberse adjudicado a uno solo de los interesados la hijuela de deudas y gastos.

El Tribunal se refiere a una jurisprudencia de la Corte, casación de 6 de febrero de 1892, citada por don Fernando Vélez en el tomo V de su conocida obra de derecho civil, según la cual cuando en la partición de bienes hereditarios se forma un lote para el pago de las deudas de la sucesión, tal lote se adjudica a uno o más de los herederos que se encargan de satisfacer dichas deudas; esta jurisprudencia es aceptable pero a condición de que tal adjudicación se haga por convenio entre todos los herederos, porque a todos ellos corresponde, a prorrata de su cuota hereditaria, el pago de las deudas del causante y gastos del juicio de sucesión.

En fallo de 7 de julio de 1966, proferido en el juicio de sucesión de Susana Robledo Hoyos, aún no publicado en la *Gaceta Judicial*, dijo la Corte refiriéndose a los arts. 1397 y 1411 del C.C.

"De conformidad con las disposiciones transcritas, el pago de las deudas hereditarias se ordenará en la partición entre todos los herederos a prorrata de sus cuotas; y solamente si alguno de los herederos quisiere tomar a su cargo mayor cuota de deudas que la que le corresponde a prorrata, y los otros herederos lo aceptan, se atenderá al deseo manifestado por aquel. Es decir, que la proporcionalidad en el pago de las deudas hereditarias a prorrata

de las cuotas de cada heredero, rige la partición y el partidor está obligado a subordinar su trabajo a esos ordenamientos. Tan solo la voluntad expresa de los herederos puede modificar dicho régimen legal de la partición".

En el mismo fallo se agregó lo siguiente:

"La adjudicación de las deudas hereditarias disponiendo el pago de unas de ellas por unos herederos, en la forma en que se hace en la partición, es contraria al mandato de la ley. El partidor no le puede imponer al heredero el pago de deudas del modo como lo prevé y realiza la partición. Con ello se quebranta un derecho consagrado expresamente por la ley en favor de los herederos. El partidor, sin convenio unánime de los interesados, no puede cargar a un solo heredero o a algunos de ellos con la obligación de pagar las deudas hereditarias, porque por su propia autoridad no tiene poder para romper la igualdad con que debe tratar a los partícipes".

Dice el fallo acusado que en la práctica se acostumbra que uno o más de los herederos o el cónyuge supérstite, en su caso, se encarguen del pago de las deudas y se les adjudica el lote o hijuela de bienes destinado al efecto.

Como lo nota el recurrente, esta práctica o costumbre no puede invocarse contra la ley, por prohibirlo el art. 80. del C.C.; la costumbre constituye derecho solamente a falta de legislación positiva, cuando es general y conforme con la moral cristiana, como lo expresa el art. 13 de la Ley 153 de 1887.

Tales artículos fueron, pues, aplicados indebidamente por el fallador y su indebida aplicación incidió en el quebranto de los arts. 1397 y 1411 del C.C. y 1142 del C.J., por falta de aplicación, en cuanto admite el Tribunal que las deudas hereditarias no se dividan entre los herederos a prorrata de sus cuotas y hace una

asignación de la hijuela de deudas para pagar el pasivo en forma distinta a la legal.

En consecuencia, el cargo prospera y debe casarse el fallo acusado.

RESOLUCION

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 cinco (5) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el presente juicio, REVOCA la del Juzgado Noveno Civil Municipal de dicha ciudad, dictada el 14 de febrero del mismo año, y en su lugar,

DECIDE

Primero. Ordénase rehacer la partición realizada en la presente causa, presentada el doce (12) de marzo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en el sentido de que la hijuela para cubrir el pasivo de la sucesión y gastos del juicio, se adjudique a todos los herederos a prorrata de sus cuotas hereditarias; y

Segundo. Reformada la partición en los términos ordenados, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el art. 965 del C.J.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese; notifiquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RECURSO DE HECHO

En el recurso de hecho la Corte no puede conocer sino del auto que deniegue el de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril dieciséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: abril 15/69. - Acta No. 21).

En el juicio ordinario seguido por Tulia Elvira Orjuela de Ortiz frente a Herminia Torres viuda de Reyes y otros, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal, éste por auto de trece (13) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), concedió el recurso de casación que la parte actora interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal con fecha primero (10.) de agosto anterior.

Ejecutoriado tal auto y enviado el expediente a la Administración de Correos del Espinal. para su remisión a la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal, por auto de cuatro (4) de octubre siguiente, a petición de la parte opositora, requirió a la recurrente, con base en lo que dispuso el art. 40. del Decreto Extraordinario 243 de 1951, "para que dentro del término de tres (3) días siguientes a la notificación por estado de esta providencia proceda a pagar el porte respectivo, en la Administración de Correos de este municipio", con la determinación de que "si dentro del término aludido anteriormente, la parte mencionada no pagare el porte, el señor Administrador de Correos devolverá el juicio a esta oficina, para lo que fuere del caso". En orden al cumplimiento de lo cual se dispuso, finalmente, que "el señor Secretario de la Sala Civil se servirá informar al Administrador de Correos el día en que se esté notificando por estado esta providencia".

Ocurriendo, según constancia de secretaría, que el día once (11) del mismo mes "fue recibido del Correo Nacional el expediente a que se refiere el requerimiento anterior, sin que dentro del término allí previsto se hubiera pagado

el porte correspondiente", el Tribunal, Sala Civil de Decisión, resolvió por auto de fecha diecisiete (17) del propio mes de octubre, "Declarar Ejecutoriada la sentencia proferida por este Tribunal con fecha primero (10.) de agosto del año en curso".

De este proveído interpuso reposición la parte vencida, reclamo que le fue resuelto mediante auto del Tribunal de siete (7) de noviembre siguiente, por el que "no accede a reponer y no repone su propio auto fechado el diecisiete (17) de octubre del año en curso".

Así las cosas, y habiendo la parte recurrente impetrado "la restitución del término para portear el expediente con destino a la Corte", alegando al efecto una grave dolencia del hermano legítimo del apoderado de dicha parte, acaecida dentro de tal término, como también la sufrida por la esposa del mismo apoderado en Bogotá en la misma época, el Tribunal, Sala Civil de Decisión, por auto de cinco de febrero siguiente, definiendo la articulación tramitada al respecto, resolvió que "no se accede a decretar la restitución del término para pagar el porte de correo impetrada por la parte demandante".

De esta última providencia pidió reposición la misma parte, solicitud a que recayó el auto del Tribunal, de veintiséis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), en que decide "no reponer, como en efecto no repone, su propio auto de fecha cinco (5) de los corrientes". Allí, además, se dispuso que por la secretaría se expidieran las copias que, para ocurrir de hecho ante la Corte, solicitó la misma parte en su memorial de reposición últimamente referido.

Frente a estos antecedentes, el apoderado de Tulia Elvira Orjuela de Ortiz se ha presentado ante la Corte a pedir "la revocatoria del auto de fecha 5 de febrero de 1969 del Honorable Tribunal del Espinal. y del auto de fecha 26 de febrero de 1969 que negó la reposición y la apelación (sic) y ordenó expedir las copias para surtir el recurso de hecho", y así "se invalide el auto que negó la restitución y la apelación (sic), y en consecuencia se deje vigente el auto que otorgó el recurso de casación".

LA CORTE CONSIDERA

Por los mismos términos de la cuestión planteada, no se trata de recurso de hecho contra auto alguno del Tribunal que hubiera denegado el de casación propuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia. El Tribunal sí concedió el recurso de casación interpuesto. Pero, habiendo encontrado incursa a la parte recurrente en la falta de provisión del porte de correo correspondiente a la remisión del expediente a la Corte, previo requerimiento, declaró ejecutoriada la sentencia recurrida y ordenó el regreso del negocio al despacho del remitente.

Ahora, ante la Corte se trata de una incidencia distinta. Es decir de que por ella se revisen los autos del Tribunal recaídos en la articulación a cuyo trámite dio lugar el pedimento de la parte actora sobre restitución del término para sufragar en la oficina postal el porte en referencia.

Entonces, falta aquí el presupuesto procesal indispensable para que el recurso, que se ha intentado presentar a la manera del de *hecho* ante la Córte, pudiera ser atendido por ella, presupuesto que lo sería el de que el recurso de esta especie estuviese dirigido contra auto denegatorio del de casación.

Ciertamente por el art. 518 del C.J., las disposiciones del capítulo sobre el recurso de hecho "se aplican, en lo pertinente, al caso en que se deniegue el recurso de casación"; y, como lo enseña el art. 513 ibídem, "siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada ocurrir de hecho al superior para que lo conceda", desde luego llenando los re-

quisitos que esta norma y las demás del mismo capítulo previenen. Y encuéntrase que toda la preceptiva en la materia está organizada en orden a que el recurso de hecho tenga como base y tema de ataque el auto denegatorio, ya del recurso de apelación, ya del de casación, según el caso.

Pero, no es esto lo que sucede en la especie que se ventila, como atrás quedó visto. Tanto es ello así, que el recurrente sólo dirige su reclamo contra los autos del Tribunal de 5 de febrero último, que niega la restitución de un término, y de 26 del mismo mes, que no accede a la reposición del primero. Y eso, para pedir que por la Corte se revoquen o se invaliden estos dos últimos proveídos del Tribunal, respecto de cuya revisión la Corte no es juzgador de segunda instancia, lo que vale decir que carece para ello de toda competencia.

RESOLUCION

A mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, se declara inhibida, por falta de competencia, para decidir de mérito el recurso ante ella interpuesto por parte de Tulia Elvira Orjuela de Ortiz contra los autos del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Espinal, de fechas cinco (5) y veintiséis (26) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), en el juicio ordinario seguido por la misma Orjuela de Ortiz contra Herminia Torres viuda de Reyes y otros.

Ordénase poner este proveído en conocimiento del Tribunal, por medio del pertinente despacho.

Archívense estas diligencias.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán. Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

El legatario debe concurrir al juicio porque la acción de nulidad del testamento entraña una litis consorcio necesaria respecto de todos los asignatarios instituídos en aquel.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: abril 16/69. - Acta No. 22).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha 24 de junio de 1965, en el juicio ordinario seguido por Vicente Vernaza Gómez y otro frente a Pablo Rubén Vernaza García y otro.

I

EL LITIGIO

Vicente y Rafael Vernaza Gómez trajeron a juicio ordinario a Pablo Rubén Vernaza García y Alberto Vernaza García, señalando como a representante legal del último, en ejercicio de la patria potestad, a quien dijeron ser su madre, señora Lucía García vda. de Vernaza, en solicitud de las siguientes determinaciones:

Que el testamento cerrado de Alfonso Vernaza Gómez, de que da cuenta la escritura número 2876 de 22 de junio de 1960, de la Notaría Primera de Cali, y que se protocolizó en la misma Notaría mediante la escritura número 2365 de 9 de mayo de 1962, es absolutamente nulo, tanto por incapacidad mental del testador y falta de voluntad, como por omisión de los requisitos establecidos por la ley para que tuviese valor en el acto de extenderlo (1a. y 2a.);

que, en consecuencia, la sucesión de Alfonso Vernaza Gómez debe seguirse de acuerdo con las reglas de la sucesión intestada (3a.); y

que los demandados deben pagar a la dicha sucesión los frutos que hubieren producido los bienes del de cujus. En su contestación, Pablo Rubén Vernaza García y Lucía García de Vernaza, ésta en la calidad dicha, manifestaron negar unos hechos y aceptar otros, oponerse a las peticiones del libelo, y proponer varias excepciones, entre éstas la de "falta de presupuestos procesales".

El Juez de primer grado falló, declarando "probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado por no haberse demandado a todos los sujetos de la relación jurídica", y absolviendo "por tal causa" a quienes fueron traídos al juicio.

En la segunda instancia abierta por apelación de la parte actora, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 24 de junio de 1965, revocó la del inferior y, en su lugar, decidió: "Inhibirse de resolver en el fondo por falta del presupuesto procesal 'parte', o sea por no haberse demandado a todas las personas que han de constituir necesariamente la parte demandada".

Toca ahora a la Corte definir el recurso de casación interpuesto a nombre de los demandados.

II MOTIVACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Estriba ésta en que, como lo advirtió el a quo, no fueron demandados todos los asignatarios testamentarios, en cuanto se dejó de llamar a formar parte del sujeto pasivo de la relación a quienes lo son a título singular, siendo "de presumirse que tanto interés tienen en la validez del testamento los herederos como los legatarios". Así que "en orden a la cosa juzgada, la demanda contra la totalidad de los asignatarios se impone como una litis-consorcio necesaria". Se apoya a este respecto en la doctrina de la Corte, de una de cuyas sentencias hace en parte transcripción (LXVII, págs. 236 y 237).

Empero, añade el Tribunal, "la consecuencia no es ni puede ser la deducida por el juzgado, sino la de abstenerse de decidir sobre el mérito de la acción por falta del presupuesto 'parte', pues que al presentarse incompleta la que ha de ser el sujeto pasivo de la relación procesal es como si ella falta, y mal puede entonces pronunciarse fallo de mérito en estas condiciones... es el fallo inhibitorio el que ha de proferirse".

Ш

LA DEMANDA DE CASACION

El recurrente, invocando la primera causal de las que autorizan el recurso extraordinario, plantea su ataque en un solo cargo así:

"La sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali de fecha 24 de junio de 1965 recaída en el juicio ordinario de Vicente y Rafael Vernaza Gómez contra Pablo Rubén y Alberto Vernaza García, sucesores de Alfonso Vernaza Gómez, quebrantó la ley por vía indirecta, infracción proveniente de falsa y errónea apreciación de las pruebas generando error de hecho que condujo al Tribunal a incurrir en la violación y quebrantamiento de la ley por vía indirecta y en consecuencia una aplicación indebida de la misma".

En orden a la sustentación de la censura, tendiente a puntualizar como errónea la conclusión de hecho que el sentenciador sacó de la prueba, conclusión consistente en que no fueron demandados todos los asignatarios instituídos en el testamento de Alfonso Vernaza Gómez, se detiene el acusante en el examen del dicho acto testamentario, del que hace la transcripción que sigue y para cuya mayor fidelidad se toma ésta del texto que aparece a fls. 78v. y 79 del cdno. 1o.:

"...Hechas estas declaraciones, dispongo libremente de mis bienes, ya que no tengo herederos forzosos, para después de mis días. Primero. Hago los siguientes legados, y encargo de cumplirlos al albacea de quien hablaré más adelante: a) Dejo cinco mil pesos (\$5.000.00) para mi ahijada Nelly García Rojas, con el fin exclusivo de completar su educación; b) Dejo cinco mil pesos (\$5.000.00) con destino a que los Padres Jesuítas digan un grupo de misas gregorianas por el alma de quien fue mi amadísima esposa y por el alma de quien suscribe este testamento; c) Dejo cinco mil pesos (\$5.000.00), para que se compre un pequeño lote en el cementerio católico, donde sean depositados los

restos de mi esposa Olga de Vernaza y los míos; d) Dejo cinco mil pesos (\$5.000.00), para la construcción de un mausoleo sencillo con esta leyenda 'Alfonso Vernaza Gómez-Olga de Vernaza'; e) Dejo cinco mil pesos (\$5.000.00), para mi hermano Rafael Vernaza Gómez que deberán ser entregados por el albacea, después de localizarlo a él exclusivamente. Si al vencimiento de sus funciones no hubiere dado con él, entregará el dinero a mi sobrino Pablo Rubén Vernaza García, quien al encontrarlo queda con la obligación de cumplir este legado. Segundo.- Dejo el resto de mis bienes a mis sobrinos Pablo Rubén Vernaza García y Alberto Vernaza García, por partes iguales, y con el derecho de acrecer el otro, en el caso de que mi muerte (sic) falte cualquiera de los dos. Tercero.- Nombro como albacea con tenencia de bienes al Dr. Mario Barberi Zamorano, quien deberá cumplira su encargo en un término no mayor de tres (3) años, pero al cual recomiendo que liquide mi sucesión en el menor término posible. da obligado en cuanto lo primero a cumplir las mandas o legados instituídos en este testamento. y pagados entregar el resto de mis bienes a mis sobrinos Pablo Rubén y Alberto Vernaza García...".

El recurrente, luego de hacer transcripciones de los arts. 1008, 1011, 1019, 1055, 1113, 1155, 1162 y 1327 del C.C. y de observar que en terminología testamentaria es de aceptación tener por manda los encargos o mandatos dejados por el testador a su albacea; propone los siguientes asertos:

Que las asignaciones de cantidades de dinero para que los padres Jesuítas digan un grupo de misas por el alma del testador y la de su esposa; para que se compre un pequeño lote en el cementerio donde sean depositados los restos de uno y otra; y para que se construya un mausoleo que tenga como leyenda los nombres de los mismos, no son legados dirigidos a personas ciertas y determinadas, sino mandatos o encargos hechos al albacea;

que las asignaciones de cantidades de dinero a Nelly García Rojas, ahijada del testador, y al hermano de éste, Rafael Vernaza Gómez, sí son verdaderos legados, cuyos destinatarios han estado presentes en el juicio, la primera por conducto de su representante legal, como coadyuvante de la parte demandada, y el último por ser precisamente uno de los demandantes; y

que los demás asignatarios o sea los sobrinos del testador Pablo Rubén y Alberto Vernaza García, como destinatarios del resto de los bienes del causante, por partes iguales, son herederos, quienes han estado presentes como demandados.

Resumiendo todo lo cual, concluye el impugnante así:

"De acuerdo con la relación precedente, el presupuesto procesal 'parte' está debidamente integrado en la causa, pues a ella se encuentran vinculados inicialmente los herederos como demandados y el legatario Rafael Vernaza Gómez como demandante: v posteriormente la legataria Nelly García Rojas quien se hizo presente como coadyuvante de la parte demandada e interesada, ratificando lo actuado y allanando cualquier nulidad. Debe pues concluirse que el Tribunal apreció falsa y erróneamente la prueba, pues estimó como institución de legatarios v legados simples encargos del albacea, por lo cual la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Cali quebrantó la ley por vía indirecta, infracción proveniente de falsa y errónea apreciación de la prueba testamentaria, generando error de hecho que condujo al tribunal a incurrir en la violación v quebrantamiento de la lev por vía indirecta y en consecuencia a una aplicación indebida de la misma".

Por último, señala como "infringidas", las siguientes disposiciones: "Arts. 16, 26 ss. y cc. de la C.N..

"Arts. 10., 25, 1008, 1009, 1011, 1019, 1055, 1113, 1155, 1162, 1327ss. y cc. del C.C.

"Arts. 202, 205, 227, 233, 593, 630, ss. y cc. del C.J.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Consiste lo sustancial del cargo en que el Tribunal incurrió en error de hecho, en la lectura del testamento de Alfonso Vernaza Gómez, al ver legados donde solamente se hacían encargos al albacea con tenencia de bienes, tales como son las mandas para misas gregorianas, cuya celebración debía encomendarse a los padres Jesuítas, para la compra de un lote en el cementerio donde depositar los restos del testador y su esposa y para la construcción del mausoleo.

Si bien tendría razón el recurrente cuando afirma que el Tribunal erró de hecho al ver legados en las mandas que se acaban de indicar, las que se ostentan como simples encargos hechos al albacea, y no asignaciones a favor de personas ciertas y determinadas que pudieran tenerse como sujetos activos o legatarios de las cantidades de dinero ordenadas por el testador para aquellos efectos, encuéntrase que en relación con el legado hecho a favor de la ahijada del disponente, Nelly García Rojas, el recurso no ha logrado desvirtuar los razonamientos de la sentencia, como quiera que dicha legataria, que no fue demandada, habiendo debido serlo, jurídicamente ha estado ausente de este juicio.

Afirmase lo último, habida cuenta de que quien dijo obrar en ejercicio de la patria potestad sobre aquella menor, al presentarse a coadvuvar a su nombre en pro de la parte demandada, no demostró tener esa patria potestad. En efecto: Luis García Concha, quien invocó tal atributo, únicamente produjo, con el intento de legitimarse, el acta notarial de nacimiento de la menor Nelly, acta en que él como declarante del nacimiento afirmó su paternidad. Pero como le faltó aportar al juicio la prueba de su matrimonio con la madre de Nelly, quedó sin demostrar la legitimidad de la filiación. En esas condiciones, la paternidad de Luis García Concha respecto de Nelly no podrían, dentro de este juicio, tener más atributos que los de una paternidad natural.

Ahora bien: por determinación del art. 14 de la Lev 45 de 1936, bajo cuyo imperio se tramitó y falló esta causa, correspondía en principio a la madre, como sigue correspondiéndole, la patria potestad sobre el hijo natural, pero el juez podía, "con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hiio". Además, el mismo artículo disponía que "a falta de la madre, por matrimonio u otra causa legal, tendrá la patria potestad el padre natural no casado, sin perjuicio de que el juez confiera la guarda del hijo a otra persona, a petición de parte y en las mismas circunstancias previstas en el inciso anterior". Quiere decir que, a la luz del referido precepto, Luis García Concha, para acreditar su representación como titular de la patria potestad sobre la menor Nelly, no habiéndose comprobado el matrimonio de él con la madre de ésta, en la hipótesis de tratarse de una filiación natural, tendría que haber aducido la providencia judicial que le confiriese sobre su menor hija la patria potestad, o la prueba de la "falta de la madre por matrimonio u otra causa legal", según los dichos requerimientos de la norma vigente a la sazón. Pero como nada de esto ha ocurrido, se impone el concluir que no se demostró en el juicio la presencia de la legataria Nelly García Rojas, contra quien, según lo advertido, dejó de dirigirse la demanda.

Y como la acción de nulidad de testamento, debatida en este proceso, entraña una litis consorcio necesaria respecto de todos los asignatarios instituídos en aquel, basta esta consideración para mantener en pie la inhibitoria proferida por el Tribunal.

Por lo tanto, se rechaza el cargo.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava:

Heriberto Cavcedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

- 1. Los motivos de impedimento no son por si mismos causales de nulidad procesal. 2. La sentencia resolutoria no produce efectos de cosa juzgada en otro juicio reivindicatorio sobre el mismo bien. 3. La mención de que el tradente adquirió el inmueble por documento privado no demerita el título del adquirente ante un poseedor posterior a la fecha de dicho título.
 - 1. Los motivos de impedimento no son por sí mismos causales de nulidad procesal. Lo que sucede es que con ocasión de la manifestación espontánea que el juez haga de un motivo de impedimento suyo, o de la promoción por una de las partes del incidente de recusación respectivo, la ley crea determinadas situaciones en punto de la competencia del juez, cuya desatención incide en usurpación de jurisdicción (art. 148 C.J.), y por lo mismo en nulidad por falta de competencia. Ocurre, en efecto, que conforme al art. 146 del C.J. "La jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados: 10. Cuando el juez haya sido separado del conocimiento por impedimento o recusación; 20..."; y que conforme al art. 147 ibídem "La jurisdicción se suspende en uno o más ... negocios determinados; 1o... 2o. Por impedimento del Juez para conocer de un asunto desde que se manifieste la causal por quien corresponda, hasta que las partes le prorroguen la jurisdicción si es prorrogable; por recusación, desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también, oficiosamente, que ha sido negada la recusación".

Bien claro se ve, entonces, que en virtud de las disposiciones transcritas la competencia del juez impedido o recusado solamente queda afectada a partir del momento que esas disposiciones indican, lo cual significa que la actuación anterior es inobjetable, y por lo mismo la mera existencia del motivo de impedimento no es causal de nulidad. Y que sólo desde aquel momento en adelante podrá haber nulidad por incompetencia, si es que el juez que ha visto suspendida su competencia, o que la ha perdido, por las razones dichas, se desentiende de ello y continúa conociendo del juicio.

Un impedimento no determina por sí solo nulidad, sino que se requiere que como consecuencia del desarrollo del incidente respectivo de impedimento o recusación, se haya producido la suspensión o la pérdida de la competencia del juez, y que no obstante ello éste haya continuado conociendo del juicio.

2. La cosa juzgada impone sus efectos fuera del proceso en que fue proferida la sentencia que la constituye, pues es precisamente fuera de ese proceso donde deben hacerse valer los derechos reconocidos por aquella. Entre esos efectos se destaca especialmente el dirigido a impedir que en un proceso posterior se dicte otra sentencia que contradiga lo resuelto en la anterior (art. 473 del C.J.), efecto éste que no depende simplemente de que exista la sentencia anterior, sino que está condicionado a que haya identidad entre la acción respecto de la cual ella se pronunció y la deducida en el nuevo proceso, cuestión que se resuelve mediante la debida comparación entre las dos y conforme a los principios relativos a la identificación de las acciones, los cuales enseñan que dos acciones son idénticas entre si cuando son comunes sus elementos, es decir, cuando son unos mismos sus sujetos, su objeto y su causa (art. 474 del C.J).

Invocada en las instancias de un juicio la excepción de cosa juzgada, corresponde de oficio al Juez hacer la investigación conducente a verificar si efectivamente se da o no la tradicional identidad tripartita a que se acaba de aludir. Pero si en casación se acusa una sentencia por no haber declarado probada tal defensa, corresponde al recurrente, dada la índole peculiar y extraordinaria del recurso, demostrar en la formulación del cargo respectivo la existencia de aquella identidad. De otra ma-

nera el cargo quedaría incompletamente planteado y sujeto por lo mismo a fracaso, pues la Corte no puede de oficio entrar a hacer investigaciones sobre cuestiones esenciales a un cargo que no le hayan sido propuestas.

No puede haber relación de identidad posible entre una acción resolutoria y una reivindicatoria, así se refieran una y otra al mismo bien u objeto material y sean unos mismos sus sujetos, pues entre ellas media una diferencia ostensible desde el momento en que la resolutoria es personal, y real la reivindicatoria. Diferencia inicial ésta que acarrea la consecuencia de que sean diversas las relaciones jurídicas sobre que ellas versan, es decir, sus objetivos propiamente dichos, así como las respectivas causas de pedir. Aunque, tratándose de un título de enajenación, la resolución de éste desemboque en la restitución al actor de lo que en virtud de dicho título poseía el demandado. ello no significa que por este aspecto la resolución envuelva una reivindicación, pues aquella restitución es sólo la consecuencia natural de que, por fuerza de la resolución decretada. con efecto retroactivo desaparece el acto de enajenación, se tiene éste por no celebrado, y las partes son restablecidas al estado en que se encontraban antes de celebrarlo, tal y como si el engienamiento hubiera conservado siempre su derecho en la cosa enajenada y la posesión de ella, y la contraparte no los hubiera nunca adquirido. Nada de lo cual ocurre tratándose de la acción reivindicatoria.

- 3. La mención de que el tradente adquirió el inmueble por documento privado, no demerita el título del adquirente ante un poseedor posterior a la fecha de dicho título:
- a) Porque la existencia o inexistencia del derecho de dominio en cabeza de un tradente, no se establece, como es obvio, con la declaración que en el respectivo título traslaticio él haya hecho en relación con el modo como adquirió lo que enajena; b) Porque como el juicio reivindicatorio no está destinado a producir efectos erga omnes, la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que el carácter de "dueño" exigido por el art. 946 del C.C., y la noción de "propiedad" prescrita en el art. 950 ibídem, son figuras esencialmente relativas en el sentido de que se refieren solo al demandado y se prueban solo frente a éste. En tal virtud, ha dicho la Corte, "Al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha

del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares" (G.J. 19007, pág. 339); y, c) porque, dando por aceptado que el tradente del actor en este juicio no hubiera sido dueño, la venta que hizo mediante la escritura 538 materia del cargo sería venta de cosa ajena, la cual conforme al art. 1871 del C.C. es válida, sin más limitación que la de dejar intactos los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por prescripción, constituye justo título según el art. 766 del mismo código, y la tradición que le subsiguió dio al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa vendida (art. 753 ibidem). Circunstancias todas estas que desvirtúan la presunción de dominio resultante de la posterior posesión del demandado, en cuanto justifican un mejor derecho a la cosa, como dueño, en el actor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: abril 16/69. - Acta No. 22)

Se entra a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario reivindicatorio promovido por Segundo Octaviano Bolaños contra Miguel A. Bolaños.

EL LITIGIO

Segundo Octaviano Bolaños llamó a juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales a Miguel A. Bolaños, para que por sentencia se hiciesen contra este las siguientes declaraciones:

"Primera: El demandante, Segundo Octaviano Bolaños, es dueño de dos parcelas rurales denominadas "San Francisco', ubicadas en el Municipio de Cuaspud, Carlosama, en la sección 'San Francisco', por los siguientes linderos especiales: (aquí ellos). Los dos predios fueron adquiridos por el demandante, Segundo Octaviano Bolaños, mediante los contratos de compraventa que contienen las escrituras públicas No. 512, de 31 de mayo de 1947, de la Notaría Segunda de Ipiales, registrada en el Libro No. 10. el 6 de julio de 1947 y No. 538, de 10 de octubre de 1951, de la Notaría Primera de Ipiales, registrada en el Libro No. 10. el 19 de noviembre de 1951.

"Segunda: El demandado Miguel A. Bolaños, debe restituir al demandante, Segundo Octaviano Bolaños, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria que ponga fin a este juicio, los dos inmuebles relacionados en la petición 'Primera', con sus frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos, sino los que su dueño hubiera podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, teniendo las cosas en su poder, desde el día veinticinco (25) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962), fecha en que el demandado entró en posesión de tales bienes, hasta la fecha de la entrega o restitución de los mismos al demandante.

"Tercera: Los dos predios en referencia, objeto de esta acción reivindicatoria, fueron comprendidos dentro del contrato de compraventa que contiene la escritura pública No. 730, de 6 de septiembre de 1962, de la Notaría Segunda de Ipiales, registrada en el Libro No. 1o. el 27 de septiembre de 1962, por los siguientes linderos generales: (aquí ellos).

"Cuarta: El demandado Miguel A. Bolaños, será condenado a pagar al demandante. Segundo Octaviano Bolaños, todas las costas procesales del presente juicio reivindicatorio".

Como hechos de la demanda se afirmaron los que pasan a sintetizarse en lo pertinente: 1) Que por escritura pública número 897 de 30 de septiembre de 1955, de la Notaría 2a. de Ipiales, Ignacio Burbano y Rosa González de Burbano transfirieron a título de venta a Segundo Octaviano Bolaños tres lotes de terreno ubicados en la sección de "San Francisco", municipio de Cuaspud, conocido cada uno con el nombre de "San Francisco", y alinderados respectivamente así: (aquí los linderos de los tres lotes); 2) Que mediante libelo de 17 de octubre de 1958 el Dr. Leo Nel Chaves Agudelo, como apoderado de Juan José Burbano, María Burbano de Clerque y Rosa González vda. de Burbano, en representación de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Ignacio Burbano Arellano y Rosa González, y de la sucesión del primero de éstos, demandó en juicio ordinario a Segundo Octaviano Bolaños pidiendo se declarara resuelto, por falta de pago de parte del precio, el contrato de compraventa contenido en la citada escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, de la Notaría 2a. de Ipiales, demanda en la cual se relacionaron los lotes vendidos por los mismos linderos que trae dicha escritura; 3) Que el juicio aludido fue decidido en primera instancia por el Juez del Circuito Civil de Ipiales, en el sentido de declarar resuelto el contrato y pertenecientes a la sociedad conyugal y a la sucesión para las cuales se demandó, representadas por los demandantes, "los bienes especificados en dicha escritura y en el hecho 'I' de la demanda", y de condenar al demandado Segundo Octaviano Bolaños a entregar materialmente a los demandantes "los bienes especificados en la mencionada escritura"; 4) Que por sentencia de 23 de enero de 1962 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto confirmó en todas sus partes lo resuelto por el Juzgado; 5) Que en el acta de entrega de fecha 19 de julio de 1962 consta que el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales designó unos testigos actuarios que dijeron que los tres lotes materia del contrato declarado resuelto "hoy forman un sólo globo, cuyos linderos generales son los siguientes: "Oriente, con propiedades de Pablo Sánchez, zanja al medio; Occidente, con los de Raquel, Gonzalo, Ignacio, Rafael, Jesús v Lastenia Bolaños v Carmen Arellano Burbano, zanja al medio; Norte, con los de herederos del que fue Fernando Enríquez, zanja al medio; y Sur, con un abrevadero de agua y la carretera que conduce a Carlosama, zanja al medio". Y que en la misma diligencia consta que el Juzgado hizo "entrega real y material del inmueble, cuya ubicación y linderos acaban de señalar los señores actuarios, al Dr. Leo Nel Chaves Agudelo, como subrogatario del 50% de los derechos litigiosos y como representante de la comunidad formada con los demandantes, quien manifiesta que lo recibe de conformidad"; 6) Que por escritura 730 de 6 de septiembre de 1962, de la Notaría 2a. de Ipiales, el Dr. Leo Nel Chaves Agudelo transfirió a título de venta a Miguel A. Bolaños "el derecho de dominio que tiene y le corresponde en el fundo rural 'San Francisco', ubicado en la sección del mismo nombre del municipio de Cuaspud, con cabida aproximada de cinco hectáreas, conocido por los siguientes linderos: (los mismos del acta de entrega de 19 de julio de 1962)". Escritura en la cual se expresó que "el comprador recibe en esta fecha la posesión material del inmueble"; 7) Que una sim-

ple confrontación de los linderos que figuran en el acta de entrega v en la escritura 730 de 6 de septiembre de 1962, que se acaba de citar. con los que aparecen en la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, en la demanda de resolución del contrato contenido en tal escritura. y en las sentencias del Juzgado y del Tribunal mediante las cuales se declaró dicha resolución, indica que unos y otros difieren y no son los mismos; 8) Que en la referida diligencia de entrega de 19 de julio de 1962, "que contiene linderaciones distintas a la de la demanda y a las de la escritura 897, antes citada, se incluveron, indebida o equivocadamente, desde luego, los dos lotes de terreno que son materia del presente juicio reivindicatorio y que se relacionan en la petición primera de esta demanda": 9) Que las escrituras 512 de 31 de mayo de 1947, de la Notaría 2a. de Ipiales, y 538 de 10 de octubre de 1951, de la Notaría 1a, de Ipiales, debidamente registradas, que acreditan el dominio en cabeza de Segundo Octaviano Bolaños sobre las dos parcelas objeto de esta reivindicación, son anteriores a la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, registrada solo el 7 de octubre de 1958, y a la escritura 730 de 6 septiembre de 1962. Por consiguiente, al hacer la confrontación entre los títulos del actor y los que el demandado puede invocar, los del primero prevalecen por tiempo de otorgamiento y de inscripción; 10) Que el demandado Miguel A. Bolaños es el actual poseedor de los dos inmuebles que se reivindican "como parte integrante del predio que le fue entregado materialmente desde el 25 de julio de 1962, tal como consta en la cláusula tercera de la escritura número 730 de 6 de septiembre de 1962, tantas veces citada"; y 11) Cuando el demandado Miguel A. Bolaños celebró el contrato preliminar de compraventa y aceptó la escritura 730 aludida que formalizó la venta prometida, "tenía conocimiento de que dentro de los linderos generales del inmueble que adquiría se habían incluído los dos lotes de terreno que son materia del presente litigio".

El doctor Leo Nel Chaves Agudelo, como apoderado del demandado Miguel A. Bolaños, contestó la demanda sosteniendo sustancialmente que los dos lotes reivindicados no son de propiedad del actor, porque forman parte integrante de los tres que fueron objeto del contrato de compraventa contenido en la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, Notaria 2a. de Ipiales, contrato declarado resuelto en juicio seguido contra el mismo actor; que lo vendido mediante la citada escritura 897 fue no solo lo que ex-

tracta el título de adquisición allí relacionado por los vendedores, o sea la escritura 806 de 23 de agosto de 1944, de la Notaría 2a. de Ipiales, sino también otros terrenos que habían sido materia de antiguo pleito entre los vendedores y el comprador, terrenos y pleito a que se alude en la mencionada escritura 897 cuando al describir los linderos de uno de los lotes se dice"...Norte con los del mismo vendedor, mojones conocidos al medio y también con terrenos del litigio entre comprador y vendedor pero que ya es objeto de la presente venta, por cuanto el vendedor ha transado con el comprador", todo lo cual se ve reforzado por la circunstancia de que dentro del juicio ordinario de resolución, Segundo Octaviano Bolaños promovió un incidente con la pretensión de demostrar que los lotes que ahora reivindica no habían quedado incluídos en la aludida compraventa declarada resuelta, sin éxito alguno. Que en realidad lo que se pretende con el presente juicio es acreditar que la venta hecha a Segundo Octaviano Bolaños conforme a la escritura 897 dicha, implicó para éste compra de cosa propia, y por lo tanto la acción reivindicatoria instaurada no puede prosperar mientras no se invalide o anule lo decidido en el juicio de resolución, y otra muy distinta debió haber sido la acción instaurada. Que no es cierto que Miguel A. Bolaños sea poseedor de los lotes que se reivindican "porque simplemente es coposeedor". Termina proponiendo las excepciones de cosa juzgada, y "las de petición de modo indebido, falta de legitimación en causa en la parte demandada, demanda en forma y carencia de título para accionar".

El Juzgado a quo finalizó la primera instancia con sentencia de 11 de enero de 1965, y en ella declaró propietario al actor de los lotes reivindicados, y condenó al demandado a restituírlos a aquél con sus frutos naturales y civiles, fijados en \$100.00 mensuales, "desde la fecha de la presentación de esta demanda hasta la fecha de la entrega o restitución de los inmuebles al demandante".

Rećurrida esta sentencia en apelación por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la confirmó mediante fallo de 21 de mayo de 1965.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Tras de relacionar los términos del litigio y las pruebas aducidas por las partes, el Tribunal entra a considerar las sentencias de primera y segunda instancia proferidas en el juicio de resolución de la venta contenida en la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, esta misma escritura y la diligencia de entrega practicada con oportunidad de la ejecución de aquéllas sentencias, y dice que "El natural efecto de la resolución de un contrato es el de situar las cosas en el estado anterior; de modo que de suyo, ni la escritura 897, ni las sentencias referidas constituyen título adquisitivo de dominio en favor del demandado aun en el caso de encontrarse demostrado que sea causa habiente de las entidades morales que se citaron. Tampoco el acta de entrega constituye título alguno traslaticio de dominio, ni modo de adquirir la propiedad, siendo apenas una consecuencia de las sentencias en cuanto ordenaron la entrega de los bienes por efecto de la resolución del contrato". Se refiere luego a la transacción a que alude la escritura 897, al hacerse allí la determinación de los terrenos materia de la misma transacción que la parte demandada invoca en su favor, para decir lo siguiente: "Sin embargo, al hacer la relación de los linderos, la escritura 897 habla de terrenos 'del litigio entre comprador y vendedor pero que ya es objeto de la presente venta, por cuanto el vendedor ha transado con el comprador'. Pero en manera alguna concreta cuáles fueron los terrenos objeto del litigio y cuál el contrato de transacción. Hace de ello una referencia incidental, que en manera alguna prueba con certeza la existencia del litigio, ni la de la transacción, ni su alcance ni sus términos". Y concluye esta primera parte diciendo que prevalecen los títulos de dominio presentados por el actor.

Pasa luego el Tribunal a referirse a la posesión del demandado de los lotes que se reivindican, y expresa que en la contestación de la demanda y en absolución de posiciones no se negó por aquel su calidad de poseedor, aunque agregó que poseía como comunero con otros dueños, comentando al efecto el Tribunal que "según el art. 215 del C.J. pesa sobre el demandado proponer la excepción dilatoria de inepta demanda, y consiguientemente la carga probatoria correspondiente", lo que aquí no sucedió. Con base en estas circunstancias, da por demostrada la posesión por el demandado de los lotes en referencia, agregando que ella está acreditada además con el "concepto judicial y las declaraciones de Fabio Sánchez, Juan Arellano y Julio Arellano".

En seguida entra a examinar la excepción

de cosa juzgada, y al respecto cita al art. 474 del C.C. y recuerda, con apoyo en sentencia de la Corte, cuáles son los elementos constitutivos de ese fenómeno, deteniéndose en especial sobre el elemento causa, para expresar: "Aun cuando estuviere demostrada la identidad de personas y la de objetos, es notorio que falta la identidad de causa de pedir; porque en juicio anterior ejercitó la acción resolutoria de un contrato de compraventa por falta de pago del precio; y el presente negocio contiene el ejercicio de una acción reivindicatoria. En el primero no se debatía el mejor derecho al dominio de los predios sino solamente la subsistencia de un determinado contrato de compraventa. En manera alguna se compararon, ni se enfrentaron títulos a la posesión del demandado, como es lo característico en la acción reivindicatoria".

Comenta el sentenciador en seguida el hecho, en el cual apoya su pretensión de mejor derecho el demandado, de que en el juicio de resolución del contrato contenido en la escritura 897 hubiera sido fallado desfavorablemente al actor un incidente de objeciones al dictamen pericial allí practicado, incidente promovido por dicho actor invocando las mismas escrituras que aduce como títulos en el presente juicio, y dice al respecto que tal fallo "en manera alguna produce los efectos de cosa juzgada, porque tal cosa se predica únicamente de la sentencia firme dada en materia contenciosa". Y agrega que los títulos ahora aducidos por el actor "no fueron calificados en su valor probatorio de dominio en relación a la extensión superficial del predio que fue objeto del examen por parte de los peritos, y así lo aclara la providencia respectiva", de la cual cita un aparte. Agrega que "en el incidente no se demostró que en la extensión superficiaria objeto del reconocimiento pericial en el juicio sobre resolución del contrato se hubieran incluído los lotes que el actor adquirió por escrituras 512 y 538. Careciendo esa providencia de la fuerza de cosa juzgada, bien puede debatirse en juicio ordinario el valor probatorio sobre dominio de las citadas escrituras y la consiguiente identidad de los predios".

Vuelve finalmente el Tribunal sobre la legitimación en causa de la parte demandada, aducida como excepción por esta, y dice: "Miguel A. Bolaños fue demandado como actual poseedor de los predios materia de la reivindicación, en su propio nombre. El no propuso la excepción dilatoria que lo exonerara de su legitimación pasiva o que estableciera un litis consorcio necesario pasivo. Dada esta circunstancia proveniente de la obligación que impone al demandado el citado art. 215 del C. J., tiene que tenérselo como poseedor exclusivo".

EL RECURSO DE CASACION

Seis cargos formula la demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia, el primero con fundamento en la causal cuarta del art. 52 del Decr. 528 de 1964, y los restantes en la causal primera de la misma disposición.

Primer cargo. Lo hace consistir el recurrente en que desde que el Tribunal, por auto de 17 de febrero de 1964, revocó el de 12 de noviembre de 1963 proferido por el a quo, por medio del cual este último se declaró impedido para conocer del presente juicio, la tramitación está afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción, conforme a los arts. 143, 146, numeral 10., 435 numeral 30., 439 y 520, motivo 60. del C. J., "pues el a quo, pariente de Leo Nel Chaves Agudelo en 20. grado de afinidad, v tener éste interés en el pleito, como vendedor de su derecho de cuota sobre lo que se reivindica, a términos de la escritura 976 (sic) al demandado, Miguel A. Bolaños, por mandato expreso de la ley, tenía que impedirse, como se impidió, sin que se le pudiera prorrogar jurisdicción, por ser su impedimento inallanable. Ley que prohibe en Colombia que un cuñado administre justicia, o tramite o falle un pleito, en el cual tiene interés. su hermano político. No podía, de esta suerte, por mandato del art. 434 del C. J., en relación con los antes citados del mismo Código, conocer de este negocio el Juez que conoció y falló, el mismo, en primera instancia". Agrega el recurso que la nulidad mencionada existe desde que el Tribunal profirió el auto revocatorio atrás aludido, o mejor, desde entonces no podía actuar el a quo, y expresa luego que a tenor del numeral 30. del art. 435 del C. J., para tener interés en el pleito no es necesario figurar en él como demandante o demandado, y que basta al efecto ser sucesor o causante de quienes sí figuran como tales en el juicio, respecto de los derechos que allí se discuten, o tratarse de persona a quien el fallo perjudique y no deba considerarse simplemente como tercero. "Ahora bien, continúa expresando el recurso, Leo Nel Chaves Agudelo, no es tercero, de esta laya, respecto al fallo proferido en instancias y que, hoy se acusa en casación; porque la sentencia del Tribunal de Pasto es cosa juzgada, o lo sería, al no ser casada, en la misma medida que lo es para su comprador y demandado, Miguel A. Bolaños".

Considera la Corte:

Tanto para preservar el prestigio de la administración de justicia, como para procurar que la función a ella encomendada se cumpla dentro del mayor grado posible de independencia. severidad e imparcialidad, la capacidad legal de los funcionarios judiciales para conocer de un negocio determinado no depende simplemente de la aplicación de las normas atributivas de la competencia, sino también de que se encuentren en determinadas condiciones subjetivas que excluyan el riesgo o temor de que por razones de afecto, de interés, de animadversión o de amor propio, quede limitada o comprometida su libertad de juicio en ese negocio. Para garantizar que así sea, la ley consagra motivos especiales de impedimento, confiando a los mismos funcionarios el deber de manifestarlos espontáneamente cuando los adviertan, v. cuando así no ocurra, dando a las partes el derecho a provocar la recusación correspondiente. Viene a resultar, por lo tanto, la existencia de una estrecha relación entre la competencia, de un lado, y los motivos de impedimento o recusación, de otro, versando como versan aquélla y éstos sobre circunstancias concurrentes a integrar, positivamente la primera y negativamente los segundos, la plena capacidad de un juez para conocer de un negocio determinado.

La existencia de la relación aludida hace su aparición en el hecho de que si respecto de un juez competente se da alguno de los motivos de impedimento en referencia, ello abre la posibilidad de que llegue a producirse una nulidad procesal por la primera de las causales previstas al respecto para todo juicio por el ord. 10. del art. 448 del C. J., o sea por incompetencia de jurisdicción. Se dice que ello abre la posibilidad de que la nulidad se produzça, no que de una vez la genere, porque vista la manera como la ley controla lo dispuesto por ella en materia de impedimentos y recusaciones, y habida consideración además a que las nulidades, como sanciones que son, requieren de norma expresa que las prescriba y no son susceptibles de interpretación o aplicación analógica, los motivos de impedimento no son por sí mismos causales de nulidad procesal. Lo que sucede es que con ocasión de la manifestación espontánea que el juez haga de un motivo de impedimento suyo, o de la promoción por una de las partes del incidente de recusación respectivo, la ley crea determinadas situaciones en punto de la competencia del iuez, cuva desatención incide en usurpación de jurisdicción (art. 148 C. J.), y por lo mismo en nulidad por falta de competencia. Ocurre, en efecto, que conforme al art. 146 del C. J. "La jurisdicción se pierde en uno o más asuntos determinados: 1o. Cuando el Juez haya sido separado del conocimiento por impedimento o recusación; 2o... "; y que conforme al art. 147 ibídem "la jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: 10. ... 20. Por impedimento del Juez para conocer de un asunto desde que se manifieste la causal por quien corresponda, hasta que las partes le prorroguen la jurisdicción si es prorrogable; por recusación, desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficiosamente. que ha sido negada la recusación".

Bien claro se ve, entonces, que en virtud de las disposiciones transcritas la competencia del juez impedido o recusado solamente queda afectada a partir del momento que esas disposiciones indican, lo cual significa que la actuación anterior es inobjetable, y por lo mismo la mera existencia del motivo de impedimento no es causal de nulidad. Y que sólo desde aquel momento en adelante podrá haber nulidad por incompetencia, si es que el juez que ha visto suspendida su competencia, o que la ha perdido, por las razones dichas, se desentiende de ello y continúa conociendo del juicio.

Establecidas las anteriores premisas, se llega a la conclusión de que el cargo en casación que se estudia no puede prosperar. El se funda en la mera circunstancia de que respecto del Juez a quo se dio la causal 3a. de impedimento contemplada en el art. 435 del C. J. Mas, como se expresó atrás, un impedimento no determina por sí solo nulidad, sino que se requiere que como consecuencia del desarrollo del incidente respectivo de impedimento o recusación, se haya producido la suspensión o la pérdida de la competencia del juez, y que no obstante ello éste hava continuado conociendo del juicio, lo cual no ha ocurrido en este proceso. Si bien en este juicio el Juez a quo se declaró impedido dos veces, la primera, con base en la causal segunda, culminó con un allanamiento válido; y la otra, con base en la causal primera, terminó con el auto de 17 de febrero de 1964, a que se alude en este primer cargo, auto por el cual el Tribunal Superior de Pasto desechó el impedimento, considerando que él no se daba aquí.

El cargo, pues, no prospera.

Cargos por la Causal Primera

Cincc cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del ámbito de la causal primera de casación, los tres primeros de los cuales admiten un estudio conjunto por versar en substancia sobre la violación de unas mismas disposiciones y con apoyo final en unas mismas razones.

Cargos primero, segundo y tercero.- El primero lo sustenta el recurrente diciendo que como consecuencia del fallo proferido en el juicio anterior de resolución, por diligencia de 19 de julio de 1962 se hizo entrega del fundo "San Francisco" como un todo del cual no logró Segundo Octaviano Bolaños excluír, como lo pretendió dentro de ese juicio al objetar un dictamen pericial allí practicado, y en concepto de ser extrañas al obieto del contrato resuelto, las parcelas de que tratan las escrituras 512 y 538 invocadas como título en el presente juicio reivindicatorio por el actor; que por no haberse logrado aquella exclusión, se profirió en dicho juicio "una sentencia fundada no solo en las premisas lógicas de que al resolverse el contrato de compraventa se condenaba a entregar lo compravendido, sino en el motivo o hecho observado por él (el Juez) directamente, que corroboraron los peritos, dentro de la diligencia de inspección ocular, a saber, de que el fundo "San Francisco" que se condenó restituir, como consecuencia de la resolución del contrato, no es otro que el alinderado así: (aquí los transcritos en la diligencia de inspección ocular por el Dr. Chaves Agudelo, que son los mismos, verificados por el personal de la diligencia de inspección, inclusive los peritos. los mismos a que se refiere la constancia del Juez que practicó la inspección; y los mismos, por los cuales se practicó la entrega al cumplirse la sentencia resolutoria) (sic). Motivo o hecho observado 'que es alma y nervio de la sentencia' y no simple móvil de decisión del Juez: por lo cual constituye con la parte resolutiva 'de ésta como lo explica la sentencia de la Excelentísima Corte visible a págs. 89 del Tomo LXXXV de la G.J. un todo, que participa de la fuerza que ésta tiene, como cosa juzgada, siendo entonces no sólo cosa juzgada: que el contrato de compraventa se resolvió, sino también que lo compravendido, incluye las dos parcelas que con tales dos escrituras, ahora, se pretende reivindicar. O que esas parcelas le pertenecen -como porciones incluídas en los tres lotes de que trata la escritura 897, en los cuales lotes, alinderados separadamente en ella, según la declaración de la misma escritura, se incluyen otros terrenos, materia de anteriores litigios, transados, habidos entre Ignacio Burbano v Segundo Bolaños— a la parte que ganó el juicio resolutorio". Expresa luego el recurrente que siendo cosa juzgada lo uno v lo otro, la sentencia acusada, al declarar la reivindicación solicitada en la demanda, se puso en contradicción con lo que había sido fallado en el juicio de resolución, y violó por lo mismo el art. 473 del C. J., que establece "la invulnerabilidad de los fallos judiciales cuando estos desatan de una manera definitiva una relación jurídica litigiosa: relación que para el caso sub lite consistía y se desató negativamente- en decidirse, en el juicio resolutorio, si tales parcelas debían excluírse al hacerse la restitución de lo compravendido". Continúa diciendo el censor que la citada norma del art. 473 se violó de manera directa, por cuanto ignorando su verdadero alcance jurídico, o interpretándola erróneamente, no la aplicó el Tribunal para reconocer con base en ella la excepción perentoria de cosa juzgada; y que como consecuencia de esa violación, el sentenciador quebrantó también los arts. 946 y 762 del C. C., en forma directa, por cuanto los aplicó para declarar la reivindicación, declarar dueño al actor y condenar al demandado a restituír, sin ser el caso, pues él va había sido juzgado en el juicio de resolución.

El segundo cargo sostiene el recurso que el Tribunal violó los arts. 473 del C. J., y 946 y 762 del C. C., en forma indirecta, el primero por no haberlo aplicado y los últimos por haberlos aplicado indebidamente, a consecuencia del error de derecho en que aquel incurrió al apreciar la sentencia proferida dentro del juicio de resolución, la diligencia de inspección ocular con prueba pericial concurrente practicada dentro de ese mismo juicio, y la diligencia de entrega allí mismo surtida, "haz probatorio éste que demuestra, plenamente, el fenómeno de la cosa juzgada, sobre el dominio de las dos parcelas, respecto de los vendedores del contrato resuelto"; pues que el Tribunal, violando las disposiciones de derecho probatorio contenidas en los arts. 17 del C.C. y 632 del C. J., restringió el alcance demostrativo de tales piezas " de probar como cosa juzgada no sólo lo que dice en su parte resolutiva: de haberse resuelto el contrato de compraventa y condenado a la parte vencida a restituir el 'Fundo San Francisco', sino también los motivos que llevaron al Juzgador del juicio resolutorio, a pronunciar la decisión resolutoria, y la condena a restituír, sin excluir las parcelas tantas veces referidas; y que llevaron a ese mismo juzgador, para concretar, cuál fue el objeto de la compraventa, y lo demostrado dentro del juicio resolutorio, este objeto estaba integrado, en la realidad, materialmente, expresa y tácitamente, en cuanto, por la misma escritura se habla de que se comprende en lo compravendido, terrenos de anteriores litigios que se transan".

En el tercer cargo dice el recurrente que si la Corte estima que el sentenciador incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas citadas en el segundo cargo, entonces formula el correspondiente cargo por error de hecho, y de violación indirecta por tal vía, de los mencionados arts. 473, 946 y 762 del C. C., consistente tal error "en no haber visto o entendido (el sentenciador) el contenido literal de ese haz probatorio, del cual, de bulto, aparece, que se juzgó en el anterior pleito, lo mismo que se juzga, nuevamente, en el actual. En efecto, se lee de la prueba trasladada, que acontece todo lo contrario de la creencia del demandante... y cuya creencia compartió, en todo, el sentenciador, al fallar la reivindicación. Prueba trasladada, o sentencias del juicio resolutorio. inspección ocular, con concurrencia pericial, y diligencia de entrega, que, si bien, el Tribunal la tuvo en cuenta, materialmente, al hacer el análisis probatorio de la controversia. no tuvo en cuenta su texto".

Se considera:

Consiste en esencia la sustentación común y primaria de los cargos que se examinan, en que en el presente caso se infringió el art. 473 del C. J., que consagra el principio universal de la inviolabilidad de la cosa juzgada, porque, en concepto del recurrente, la sentencia proferida por el Tribunal de Pasto en el juicio de resolución del contrato de compraventa contenido en la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, de la Notaría 2a. de Ipiales, hizo tránsito a cosa juzgada no sólo en cuanto declaró re-

suelto dicho contrato, sino también en cuanto a que, en virtud de argumentos interpretativos que aduce el recurso, del inmueble "San Francisco", materia del mismo contrato, y cuya restitución ordenó la aludida sentencia como consecuencia de la resolución declarada, forman parte integrante los dos lotes de terreno cuya reivindicación decretó la sentencia ahora recurrida en casación. De este escueto planteamiento, así sintetizado, deduce el recurrente que el Tribunal debió declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada, y abstenerse, por lo tanto, de estimar la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda.

Como se ve, en los cargos en referencia el recurrente se limitó a hacer una incursión por las interioridades del juicio sobre resolución, con el fin de interpretar los alcances de la sentencia proferida en él, para deducir, a su modo, que mediante tal sentencia se desató a favor de la parte por él representada el problema de saber si los lotes que Segundo Octaviano Bolaños adquirió por las escrituras 512 de 31 de mayo de 1947 y 538 de 10 de octubre de 1951, de las Notarías 2a. y 1a. de Ipiales, o sea los mismos que se reivindican en el presente juicio, estaban o no incluídos dentro del inmueble que fue materia de la compraventa resuelta por aquella sentencia.

Ahora bien, dando graciosamente por acertada aquella incursión y como aceptable la interpretación en que culminó, lo cierto y evidente es que la existencia de una excepción de cosa juzgada no se demuestra con el sólo hecho de determinar los alcances y el contenido de la respectiva sentencia. La cosa juzgada impone sus efectos fuera del proceso en que fue proferida la sentencia que la constituye, pues es precisamente fuera de ese proceso donde deben hacerse valer los derechos reconocidos por aquélla. Entre esos efectos se destaca especialmente el dirigido a impedir que en un proceso posterior se dicte otra sentencia que contradiga lo resuelto en la anterior (art. 473 del C. J.), efecto este que no depende simplemente de que exista la sentencia anterior, sino que está condicionado a que haya identidad entre la acción respecto de la cual ella se pronunció v la deducida en el nuevo proceso, cuentión que se resuelve mediante la debida comparación entre las dos y conforme a los principios relativos a la identificación de las acciones, los cuales enseñan que dos acciones son idénticas entre sí cuando son comunes sus elementos, es decir, cuando son unos mismos sus sujetos, su objeto y su causa (art. 474 del C. J.).

Invocada en las instancias de un juicio la excepción de cosa juzgada, corresponde de oficio al Juez hacer la investigación conducente a verificar si efectivamente se da o no la tradicional identidad tripartita a que se acaba de aludir. Pero si en casación se acusa una sentencia por no haber declarado probada tal defensa, corresponde al recurrente, dada la índole peculiar y extraordinaria del recurso, demostrar en la formulación del cargo respectivo la existencia de aquella identidad. De otra manera el cargo quedaría incompletamente planteado y sujeto por lo mismo a fracaso, pues la Corte no puede de oficio entrar a hacer investigaciones sobre cuestiones esenciales a un cargo que no le havan sido propuestas.

En el caso de autos el recurrente se limitó, como ya se dijo, a pretender demostrar que dentro del inmueble materia de la sentencia proferida en el juicio de resolución, quedaron comprendidos los lotes de terreno que aquí se reivindican, y que ella hizo tránsito a cosa juzgada a este respecto. Pero sólo dio ese paso inicial, sin seguir adelante la tarea que le incumbía de demostrar, contra la opinión del Tribunal, que hay identidad de sujetos, de objeto y de causa de pedir entre el proceso resolutorio anterior y el reivindicatorio actual. En tales circunstancias, ha de llegarse a la conclusión de que ninguna de las tres censuras que se examinan configuran en verdad cargo alguno contra la sentencia recurrida.

Por lo demás, baldío habría sido cualquier esfuerzo del recurrente en procura de acreditar la referida identidad, y acaso ello explique que no lo haya intentado. En efecto, no puede haber relación de identidad posible entre una acción resolutoria y una reivindicatoria, así se refieran una y otra al mismo bien u objeto material y sean unos mismos sus sujetos, pues entre ellas media una diferencia ostensible desde el momento en que la resolutoria es personal. y real la reivindicatoria. Diferencia inicial ésta que acarrea la consecuencia de que sean diversas las relaciones jurídicas sobre que ellas versan, es decir, sus objetos propiamente dichos, así como las respectivas causas de pedir. Aunque, tratándose de un título de enajenación, la resolución de éste desemboque en la restitución al actor de lo que en virtud de dicho título poseía el demandado, ello no significa que por este aspecto la resolución envuelva una reivindicación, pues aquella restitución es sólo la consecuencia natural de que, por fuerza de la resolución decretada, con efecto retroactivo desaparece el acto de enajenación, se tiene éste por no celebrado, y las partes son restablecidas al estado en que se encontraban antes de celebrarlo, tal y como si el enajenante hubiera conservado siempre su derecho en la cosa enajenada y la posesión de ella, y la contraparte no los hubiera nunca adquirido. Nada de lo cual ocurre tratándose de la acción reivindicatoria.

Por las razones expuestas, se rechazan los cargos examinados.

Cuarto cargo. En este se señalan como violados los arts. 946 y 762 del C. C., por aplicación indebida, pues en concepto del recurrente, del expediente resulta que los bienes reivindicados los posee el demandado para una comunidad, o sea que es ilegítima la personería sustantiva del demandado. La violación es indirecta, y proviene del error de derecho cometido por el sentenciador al no darle el valor de plena prueba de que es una comunidad y no el demandado quien posée, a la escritura 897 de 30 de septiembre de 1955, conforme a la cual los vendedores eran copropietarios, de modo que al decretar la resolución de esa compraventa la restitución se hizo para una comunidad; a la escritura 730 de 6 de septiembre de 1962, por la cual el demandado compró el derecho de uno de los comuneros; a la demanda del juicio resolutorio y a la sentencia que lo decidió, piezas que acreditan que la resolución fue pedida y la consiguiente restitución obtenida para una comunidad: a la contestación de la demanda del presente juicio, y a la absolución de posiciones por el demandado, en las cuales este afirmó que poseía con otras personas. Haz probatorio este, sigue diciendo el recurso, que plenamente prueba que la relación de aparente posesión del demandado, observada por los testigos presentados por la parte actora, señores Pablo Sánchez y Juan José Arellano, no es relación posesoria sino de coposesión, y que desvirtúa totalmente tales testimonios. Si el Tribunal le hubiera dado a la prueba dicha el valor de plena que tiene respecto a coposesión y no a posesión exclusiva, no habría decretado la reivindicación y violado las normas sustanciales arriba citadas, violación que se produjo a través de las normas de derecho probatorio contenidas en los arts. 1759 y 1857 del C. C. y 632 del C. J. Termina el recurrente diciendo que la posesión en el demandado debe analizarse en la sentencia y no en otra oportunidad, por lo cual el concepto del Tribunal de que el demandado no cumplió lo preceptuado en el art. 214 del C. J., "en nada empece, para concluír como se concluyó, en la sentencia acusada, equivocadamente, de que en este juicio, sí está probada la posesión del demandado, de lo que se reivindica, cuando, en realidad se ha probado lo contrario, que esa posesión está probada como de la comunidad de bienes, y no como del demandado".

Se considera:

La sentencia del Tribunal estimó establecido en autos el hecho de ser el demandado poseedor exclusivo de los lotes reivindicados, con apoyo en un doble orden de razones: a) de un lado, en las declaraciones rendidas al respecto por los testigos Pablo Sánchez, Juan Arellano y Julián Arellano; y b) en que si el demandado afirmó que no era poseedor exclusivo sino coposeedor, le incumbía conforme al art. 215 del C. J. proponer la correspondiente excepción dilatoria de inepta demanda, asumiendo la consiguiente carga probatoria, cosa que no hizo, por lo cual debe tenérsele como poseedor exclusivo.

Como se ve, el Tribunal no se sirvió para nada de las pruebas que en este cargo indica el recurrente, lo que por sí sólo pone de manifiesto la imposibilidad de que el sentenciador hava incurrido en el error de derecho en la valoración de tales pruebas, desde luego que en este tipo de error supone el antecedente necesario de que el medio probatorio respecto del cual se predique, haya sido tomado en cuenta por el fallador. Cuando de pruebas no consideradas se trata, y en esa circunstancia se aspira a fundar un cargo en casación, el razonamiento hay que desarrollarlo dentro del campo del error de hecho, una de cuyas variantes consiste precisamente en que el sentenciador haya ignorado o pasado por alto, de manera manifiesta. pruebas obrantes en autos que acrediten, un hecho de tanta trascendencia que, de no haberse incurrido en aquella omisión, hubiera conducido a una conclusión diversa a la acogida en el fallo impugnado.

De esta suerte, entonces, se hace notorio que el cargo de que se trata, formulado como viene por error de derecho en la apreciación de pruebas, y no respondiendo este fenómeno a los motivos en que viene sustentado, cae en el vacío y no alcanza por lo mismo a constituir ataque que someta al riesgo la estabilidad de la sentencia recurrida.

No es la anotada la única falla técnica del cargo. Si una sentencia acusada en casación,

como ocurre en general con todo acto jurídico impugnado, se presume ajustada a la ley en todo sentido; y si en particular, tratándose de la estimación de las pruebas, al fallador de instancia se le reconocen en principio poderes de autonomía estimativa, síguese de ello que un cargo en casación por errores de apreciación probatoria ha de enderezarse en primer término a destruir los juicios que respecto a determinados hechos se hava formado el fallador. mediante la demostración precisa de que son inexactos por haber incurrido éste, al estudiar las pruebas atinentes a tales hechos, en error de derecho o en error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. Por eso no se ajusta ni a la naturaleza ni a la técnica del recurso de casación, formular un cargo por violación indirecta alegando simplemente que frente a las pruebas que haya tenido en cuenta el fallador de instancia para dar por establecido cierto hecho, existen otras prevalentes respecto de aquellas que acreditan cosa distinta. Un planteamiento semejante sólo tiende a provocar un nuevo balance de las pruebas y de las contrapruebas, y a lograr imponer una convicción diversa a la que se formó el fallador de instancia sobre el punto relacionado con las pruebas debatidas, propósitos estos inoperantes al recurso de casación, porque en éste como ya se insinuó atrás, la apreciación probatoria hecha por el inferior se respeta y mantiene intangible, cualquiera que sea su consistencia, mientras no se demuestre debidamente que está afectada por error de derecho o por error de hecho manifiesto.

El defecto anotado se da en el cargo que se examina, porque el recurrente arma su razonamiento sobre la base única de que las pruebas que él invoca como sostén del cargo, desvirtúan la prueba testimonial en que el Tribunal se apoyó para dar por probada la posesión exclusiva del demandado, y acreditan plenamente que éste es un coposeedor. En ningún momento el recurrente intenta estructurar ataque alguno por error de derecho o de hecho contra el mérito que el Tribunal le dio a la prueba testimonial aludida, y de ello no más resulta que ese mérito ha de seguir en pie.

En razón de lo dicho, se rechaza el cargo.

Quinto cargo. Se sustenta sobre la afirmación de que el Tribunal incurrió en error de derecho al tener la escritura 538 como título de propiedad de uno de los lotes reivindicados, puesto que en esa escritura se expresa que quien allí figura como vendedor adquirió lo que vende por documento privado: que en esa forma se quebrantó el art. 1857 del C. C., que dice que la venta de bienes raíces no tiene lugar si no se hace por escritura pública, de suerte que mediante la escritura citada el actor Segundo Octaviano Bolaños nada adquirió por tradición, y ningún medio adquisitivo de dominio acredita tal instrumento, "y si el Tribunal lo apreció, en contrario, violó de manera directa, el citado art. 1857 y el 740 del mismo código, el primero por no haberlo aplicado o tenido en cuenta, y el segundo, por haberlo interpretado erróneamente, o en el sentido que puede hacerse tradición por quien no es dueño. o adquirió lo que vende, mediante documento privado. A consecuencia de tal error de derecho se violó, indirectamente... también los arts. 946 y 762 del C. C.", el primero por haber sido aplicado para tener como dueño al reivindicante con base en la citada escritura 538, sin ser el caso, y el segundo por haber dejado de aplicarse en cuanto manda que en reivindicación el poseedor se presume dueño, si el reivindicante no acredita su derecho de dominio. "En síntesis, sigue diciendo el recurso, la escritura no prueba que el reivindicante adquirió por tradición lo que reivindica, dado que si el tradente no es dueño, tampoco lo será el adquirente, cúal lo expresa el art. 752, violando directamente, asimismo, al tener como probada una tradición que no existe. jurídicamente, o en armonía con este precepto y el del art. 740 ibídem. Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta estos artículos, pues, no habría fallado el dominio que falló... a favor del demandante, que ocupa la misma situación jurídica de su vendedora Dolores Arellano de Guerrero. Que nada le transmitió otorgarle la escritura 538".

Se considera en relación con este cargo:

La circunstancia de que la censura se desenvuelva con sustentación en la base única y constante de que el Tribunal incurrió en error de derecho al asignarle el valor de prueba de dominio en cabeza del actor a la escritura 538, ubica este cargo dentro del área de la violación indirecta de ley sustancial, y permite entender que el recurrente cae en defectos de expresión, no obstante intrascendentes, cuando al sustentarlo, y al lado de normas que señala como indirectamente violadas, pero siempre hablando en función del error de apreciación probatoria atrás mencionado, indica otras normas

como directamente violadas. Se despeja en esta forma, pues, el problema de técnica en la formulación del cargo que aparentemente suscita el hecho de que en él se hable unas veces de violación indirecta y otras de violación directa, haciendo prevalecer lo sustancial sobre lo meramente formal, y reconociéndole en consecuencia, como debe ser, más fuerza expresiva a la estructuración del cargo que a las palabras ocasionalmente empleadas para calificar uno de sus aspectos.

Pero una vez superada esta dificultad inicial, y unificada la orientación del cargo en el sentido de entenderlo en su integridad como formulado por violación indirecta de lev sustancial a consecuencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, surge en seguida un nuevo reparo técnico, éste sí insalvable por proceder de haber omitido el recurrente cumplir un deber procesal que le correspondía, y cuya satisfacción era indispensable para que se hiciera posible entrar en el examen a fondo del cargo. En efecto, si al Tribunal se le imputa haber incurrido en error de derecho en la apreciación probatoria de la escritura 538 indicada por el recurrente, v a consecuencia de ello en violación de ley sustancial, ésta estaba en el deber. muchas veces pregonado por la Corte, de señalar la norma legal sobre valoración probatoria cuya violación hubiera conducido a la de la ley sustancial, lo cual no hizo, pues ninguna de las disposiciones que cita como violadas tiene aquella calidad. Sobre este particular dijo la Corte, en providencia de 3 de noviembre de 1966, no publicada aún, al hacer la exégesis del art. 63 del Decr. 528 de 1964, que determina los requisitos que debe reunir una demanda de casación: "Ahora bien: la precisión que la norma exige en el fundamento de las causales, implica necesariamente, cuando de la causal primera se trata, que se satisfagan condiciones tales como éstas: ... d) Que si la base de la censura fuere el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, además de singularizarse ésta, se indique la norma de derecho determinativa del mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el juzgador, ya por haberle negado el valor probativo (.....) que la ley le asigne, ya por haberle atribuído uno que este no le otorga. En suma: No es posible demostrar el error de derecho en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga valorado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto

de partida de la operación dialéctica al respecto: 'Ello está en ajustada correspondencia con el art. 63 del decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros requisitos, expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella: Entonces, indicar en forma clara y precisa el fundamento de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial'"

Viene a resultar así, entonces, que el defecto de técnica anotado obstruye todo acceso al estudio a fondo del cargo, e impone su rechazo.

No obstante lo antérior, la Corte quiere observar que si al estudio de la entraña del cargo pudiera entrarse, también se llegaría a su rechazo, entre otras razones por las siguientes: a) porque la existencia o inexistencia del derecho de dominio en cabeza de un tradente. no se establece, como es obvio, con la declaración que en el respectivo título traslaticio él haya hecho en relación con el modo como adquirió lo que enajena; b) porque como el juicio reivindicatorio no está destinado a producir efectos erga omnes, la jurisprudencia ha llegado a la conclusión de que el carácter de "dueño" exigido por el art. 946 del C. C., y la noción de "propiedad" prescrita en el art. 950 ibídem, son figuras esencialmente relativas en el sentido de que se refieren solo al demandado y se prueban solo frente a éste. En tal virtud, ha dicho la Corte, "Al dueño que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la probatio diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares" (G. J. 19007, pág. 339); y, c) porque, dando por aceptado que el tradente del actor en este juicio no hubiera sido due no, la venta que hizo mediante la escritura 538 materia del cargo sería venta de cosa ajena, la cual conforme al art. 1871 del C. C., es válisin más limitación que la de dejar

intactos los derechos del verdadero dueño mientras no se extingan por prescripción, constituye justo título según el art. 766 del mismo Código, y la tradición que le subsiguió dio al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de la cosa vendida (art. 753 ibídem). Circunstancias todas estas que desvirtúan la presunción de dominio resultante de la posterior posesión del demandado, en cuanto justifican un mejor derecho a la cosa, como dueño, en el actor.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha veintiuno (21) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en el juicio ordinario de Segundo Octaviano Bolaños contra Miguel A. Bolaños.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

REIVINDICACION.

Casación, causal primera. La falta de cita de los preceptos sustanciales violados hace ineficaz la censura.

Son distintos los modos de violación de la ley sustancial, y cuando el recurrente se apoya en la causal primera de casación, debe
expresar por qué vía ataca el fallo del Tribunal, si por la directa o por la indirecta, indicando los preceptos sustanciales pertinentes al
litigio, que el sentenciador infringió, en su
concepto.

Si el ataque se hiciere por vía directa, el censor ha de concretar el sentido en que hubo de ser guebrantado el precepto sustancial correspondiente, que sólo podría ser por uno de estos tres motivos: "Bien por omisión, cuando la lev de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo; o por aplicación indebida, cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto litigado; o por interpretación errónea. cuando siendo adecuada, empero se la entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley" (Prov. 15 de abril de 1966, juicio de Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana).

Y si la acusación se hiciere por vía indirecta a causa de errónea apreciación de pruebas, la técnica del recurso exige que se indique de qué clase de error se trata, si de derecho o de hecho, y en este último caso tal error ha de aparecer de modo manifiesto en los autos. Se exige además que se individualice el medio que se estime mal apreciado y que el recurrente demuestre el error en que el Tribunal hubiere incurrido en esa apreciación.

Si la censura se apoya en error de derecho, además de ser necesaria la singularización del medio probatorio que se considera mal apreciado, debe el impugnante indicar la norma de valoración que determina el mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el Tribunal, bien por haberle negado el valor probatorio que la ley le asigna, bien por haberle atribuído uno que no le concede.

La falta de esa cita hace ineficaz la censura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: abril 23/69. - Acta No. 25).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 20 de abril de 1966 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

T

EL LITIGIO

Ante el Juez Civil del Circuito de Valledupar Aura Mestre de Castro demandó a Blanca Ovalle Muñoz, en reivindicación de un lote de terreno de 20.000 metros cuadrados de superficie, conocido con el nombre de "Villa Luz", ubicado en el sector porte de aquella ciudad y determinado por los linderos relacionados en el libelo inicial del juicio.

Solicitó la restitución del inmueble con todas sus mejoras, y el pago de frutos desde el 30 de diciembre de 1960, fecha de la ocupación, considerando a la demandada como poseedora de mala fe.

La demandante adujo como título copia de la escritura pública número 273 de 22 de agosto de 1952, otorgada en la Notaría Décima de Valledupar, debidamente registrada; dijo que el 13 de abril de 1960 otorgó poder al doctor Luis Castro Villazón para la administración del predio materia de la demanda y que su mandatario, con base en tal poder, intentó vender el fundo a la demandada por la irrisoria suma de \$5.000.00, razón por la cual la actora revocó el mandato, evitando en esta forma el perfeccionamiento de la venta, proyectada; pero que Blanca Ovalle Muñoz entró en posesión del lote y de la casa en él existente.

Finalizó la primera instancia con fallo totalmente favorable a la parte actora, pues el Juez del conocimiento declaró que le pertenecía el fundo materia de la acción, y condenó a la demandada a restituírselo dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo. "La restitución comprenderá los frutos a partir del momento de la ocupación, los que se liquidarán por el trámite señalado en el art. 553 del C. J., dice la sentencia del a quo.

Blanca Ovalle Muñoz apeló, mas el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al decir el recurso, confirmó la sentencia de primer grado, con esta modificación; que la restitución de los frutos solamente tendrá lugar a partir de la contestación de la demanda".

Ambas partes interpusieron casación, pero como la demandada no suministró papel para la actuación ante la Corte, se declaró ejecutoriada la sentencia del Tribunal en lo relacionado con su recurso.

H

CONSIDERACIONES DEL FALLO ACUSADO

El sentenciador encontró probadas las condiciones axiológicas de la acción de dominio ejercitada en la demanda, razón por la cual confirmó la decisión del Juzgado en cuanto a la restitución del predio.

En relación con la condena al pago de frutos, estimó el Tribunal que la demandada era poseedora de buena fe.

"Conviene desde ahora determinar, expresa el fallo acusado, si la señorita Blanca Ovalle Muñoz entró en posesión del bien 'Villa Luz', con la conciencia y persuasión clara, desde el punto de vista moral, de que al hacerlo procedía legítimamente, vale decir, no por medio de malicia, ni de medios fraudulentos, sino derivando su derecho de quien tenía facultad para enajenarlo".

Pasa luego a analizar las posiciones absueltas por la demandada, en donde expresa que compró a la actora la casa y el lote objeto de la acción; que el doctor Luis Castro Villazón, como apoderado de Aura Mestre de Castro, firmó con la Ovalle la escritura de compraventa ante el Notario Público de Valledupar y testigos; y que entró en posesión del fundo desde cuando le fue entregado.

De lo expuesto por la demandada en tales posiciones deduce el Tribunal que ésta se consideraba verdadera dueña del predio en litigio, porque estimó haberlo recibido de quien tenía facultad para enajenarlo, y agrega:

"Se desprende, además, que entre ella y el doctor Castro Villazón se celebró un acto o contrato que no alcanzó a tener la calidad de escritura pública, según lo afirma el apoderado de la demandante en su demanda y en sus alegaciones, por no haber sido firmado por el señor Notario Público"; mas para el sentenciador de segundo grado la circunstancia de que dicho acto no se hubiera perfeccionado, no da base para suponer que la demandada hubiese obrado de mala fe, "pues si ese acuerdo de voluntades sobre la compraventa del bien en litigio tuvo lugar ante un Notario Público, y el acto que recoge ese acuerdo de voluntades se firmó por los intervinientes ante testigos, y si aquel funcionario, o sea el Notario, según lo afirma la demandada, le expresó que volviera más tarde por la copia de la escritura que contenía la compraventa mencionada, no puede sino tenerse la creencia de que ella tuvo la íntima convicción o la conciencia de haberlo adquirido por medios legítimos. Esta convicción supone que en su proceder. respecto al acto dicho, lo hizo con un criterio de reconocida buena fe, vale decir, sin malicia ni engaño, como poseedora o tenedora de un bien recibido de manos de quien tenía hasta ese momento la calidad de representante legal del verdadero dueño".

III EL RECURSO

Se funda en la causal primera de casación y se ataca la sentencia del Tribunal "por ser violatoria de los arts. 768 y 769 en relación con los arts. 90., 63 inciso final y 66 del C. C., y del art. 609 del C. J."

Expresa el recurrente que a la violación de las normas citadas llegó el sentenciador "por apreciación errónea de la prueba que forma parte del proceso"; manifiesta que el Tribunal tuvo a la demandada como poseedora de buena fe y que la condenó, por consiguiente, a pagar frutos desde la contestación de la demanda y no desde la fecha de la ocupación, porque hizo "una indebida apreciación de las pruebas". La censura se refiere a la confesión de Blanca Ovalle Muñoz en las posiciones que absolvió y expresa que el sentenciador violó el art. 609 del C. J. "cuando aprecia como indivisible la confesión que aparece" en ellas. Dice también que el Tribunal se fundó en "la escritura no perfeccion"

da" en que consta el proyectado contrato de compraventa de la finca materia de la demanda, por parte del apoderado de la actora a la demandada, escritura que el sentenciador no podía tomar en cuenta. "Lo proyectado y lo que quiso realizar sí fue un contrato de compraventa que no se realizó —expresa el recurso—, no un contrato innominado o de otra índole para darle consecuencias jurídicas".

Agrega el autor del recurso que si la buena fe se presume, esa presunción desaparece para el poseedor cuando alega un error de derecho; que quien invoca buena fe en materia posesoria tiene que exhibir un justo título; y que quien está en imposibilidad de presentarlo, no debe ser considerado como poseedor de buena fe, como ocurre en el caso de estos autos en que la demandada "no pudo mostrar su justo título porque no existió, no podía presentar ninguno". Cita una Jurisprudencia de la Corte según la cual la falta de título, especialmente en materia inmobiliaria, es una circunstancia jurídicamente anormal que generalmente no permite presumir la buena fe, y termina diciendo que el Tribunal "argumentó en forma manifiestamente equivocada para concluir que debía tener a la demandada como poseedora de buena fe, apreciando mal las pruebas o dejando de tenerlas en cuenta", con lo cual quebrantó los artículos citados en la censura.

La Corte considera:

1. Repetidamente ha dicho la Jurisprudencia de la Corte que la causal primera de casación es siempre por violación de ley sustancial, pero que a esa violación puede llegarse por uno de dos caminos: por vía directa o por vía indirecta. Ocurre lo primero cuando, con independencia de toda consideración de orden probatorio, el Tribunal no aplica al caso del litigio la disposición pertinente, o entiende equivocadamente la norma legal aplicable, o aplica una que es extraña al caso del pleito. "La violación directa se origina. pues, en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto sustancial, aparte de toda consideración relativa a las pruebas sobre las cuestiones de hecho" (Casación 12 de marzo de 1966, juicio de Agustín Machado contra Abel Sanmiguel Hómez, aún no publicada).

La infracción por vía indirecta tiene lugar "cuando la sentencia incurre en un error manifiesto de hecho o en un error de derecho en la apreciación de las pruebas y a consecuencia de

tal yerro deja de aplicar al caso del pleito la norma que lo rige o le aplica una disposición extraña. Esta infracción indirecta es, pues, el resultado de un error de hecho o de un error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los hechos que generan la litis".

Son, pues, distintos los modos de violación de la ley sustancial, y cuando el recurrente se apoya en la causal primera de casación, debe expresar por qué vía ataca el fallo del Tribunal, si por la directa o por la indirecta, indicando los preceptos sustanciales pertinentes al litigio, que el sentenciador infringió, en su concepto.

Si el ataque se hiciere por vía directa, el censor ha de concretar el sentido en que hubo de ser quebrantado el precepto sustancial correspondiente, que sólo podría ser por uno de estos tres motivos: "Bien por omisión, cuando la ley de esta especie se dejó de aplicar al caso del pleito habiendo debido serlo; o por aplicación indebida, cuando se la empleó no siendo la pertinente al asunto litigado; o por interpretación errónea, cuando siendo la adecuada, empero se la entendió y por tanto aplicó en un sentido distinto al de la mente de la ley" (Prov. 15 de abril de 1966, juicio de Francisco Eladio Ramírez contra Luis E. Quintana, aún no publicada).

Y si la acusación se hiciere por vía indirecta a causa de errónea apreciación de pruebas, la técnica del recurso exige que se indique de qué clase de error se trata, si de derecho o de hecho, y en este último caso tal error ha de aparecer de modo manifiesto en los autos. Se exige además que se individualice el medio que se estime mal apreciado y que el recurrente demuestre el error en que el Tribunal hubiese incurrido en esa apreciación.

Si la censura se apoya en error de derecho, además de ser necesaria la singularización del medio probatorio que se considera mal apreciado, debe el impugnante indicar la norma de valoración que determina el mérito o demérito de ese medio que se pretende mal estimado por el Tribunal, bien por haberle negado el valor probatorio que la ley le asigna, bien por haberle atribuído uno que no le concede.

2. En el caso de este pleito el recurrente acusa el fallo con apoyo en la causal primera de casación, por estimarlo violatorio de los artículos citados en la censura. Mas no indica si el ataque se hace por vía directa o por vía indirecta.

Sin embargo, como la apreciación de la buena o mala fe en la reivindicación es cuestión de hecho, y como en el desarrollo del cargo se dice que el sentenciador violó la ley sustancial por apreciación errónea de la confesión de la demandada y de la escritura no firmada por el Notario en que consta la proyectada negociación de compraventa del inmueble materia de la demanda entre el apoderado de la actora y la demandada, debe entenderse que el ataque se hace por vía indirecta. Pero es necesario advertir que el recurrente no indica si el pretendido error que le atribuye al Tribunal fue de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas que considera mal apreciadas.

Mas cualquiera que hubiese sido el error alegado, adolece el recurso de una falla fundamental, cual es la de la falta de la cita de las disposiciones sustanciales pertinentes en la reivindicación, que el Tribunal aplicó para condenar a la demandada al pago de frutos, como poseedora de buena fe. La censura menciona apenas como violados los arts. 768 y 769 del C. C., en relación con los arts. 90., 63 inciso final y 66 del mismo código, y el 609 del C. J. Para nada se refiere a las normas sustanciales que en la acción reivindicatoria regulan lo relativo a prestaciones mutuas, particularmente aquellas relacio-

nadas con la condena al pago de frutos, según que el demandado sea poseedor de buena o de mala fe. La falta de esa cita hace ineficaz la censura.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

RESOLUCION:

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 de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

No se causaron costas en el recurso.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Cavcedo M., Secretario.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA

- Costas. Su falta de pago no suspende la jurisdicción. 2. Casación. Causal primera. 3.
 Abandono del hogar.
 - 1. El no pago de expensas y costas en la eportunidad debida conforme a la ley no confleva la suspensión de la jurisdicción, sino la del jus postulandi de la parte deudora, o sea que los órganos que conocen del juicio tienen aptitud o capacidad para seguir haciéndolo, pero sin oir a dicha parte renuente.
 - 2. La misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera de casación, es la de velar per la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, mas no la de revisar una vez más todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en los grados del juicio. Así, en principio, aquélla de recibir la cuestión fáctica tal como ésta se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso extraordinario. Sin embargo, como al quebranto de aquellas leyes puede llegarse a consecuencia de deformación de los hechos sub lite, proveniente de yerros en la valoración de las pruebas que los traducen o en la presencia objetiva de las mismas, excepcionalmente, nuestro ordenamiento procesal civil hace viable en tales eventos la causal aludida. Pero lo dicho no significa que el recurso pase a convertirse, entonces, en una tercera instancia en que la Corte, al revisar las pruebas a que precisamente ha de referirse la impugnación, pueda discrecionalmente modificar el criterio de apreciación de las mismas por los falladores de instancia o sustituirlo por otro que ella estime más acertado. La causal de que se trata, formulada por esta vía indirecta es de alcance restringido: sólo procede cuando del nuevo examen de determinadas probanzas impetrado por el recurso, la Corte advierte que realmente los supuestos fundamentos fácticos del fallo acusado encuentran su único apovo en la infracción de la ley probatoria o que resultan centrarios à la evidencia demostrada por tales medios.

Así, para que el cargo en casación por que-

branto de la ley sustancial derivado de manifiesto error de hecho en la apreciación de cierra prueba sea próspero, debe reunir necesariamente los siguientes requisitos: a) el yerro ha de consistir en que el sentenciador hubiere supuesto prueba inexistente en los autos o ignorado la que si existe en ellos, o adulterado la objetividad de ésta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido; b) la conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, vale decir, contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión; y c) de ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación sublite. A falta de cualquiera de los precitados requisitos el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte.

La expresión abandono del artículo 60. de la Ley 95 de 1890 puede interpretarse en el sentido de dejación, sin entrar a calificar las causas de dicho acto, porque el citado texto no se endereza a imponerle una sanción a la cónyuge, sino a permitirle al marido desvirtuar la presunción de paternidad respecto de los hijos concebidos por aquélla con posterioridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, abril veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: abril 23/69. - Acta No. 24).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto contra el fallo del 4 de octubre de 1965 proferido por el Tribunal Superior de Sogamoso en el juicio de Simón Bolívar frente a María Elisa Amézquita o Bolívar y otros.

EL LITIGIO

Declarada por la Corte, en sentencia de casación del 13 de octubre de 1955, la nulidad del juicio a partir del auto admisorio de la demanda, Simón Bolívar Vargas, en corrección del libelo inicial, citó a María Elisa Amézquita o Bolívar, Martín Abraham Amézquita o Bolívar y Gustavo Amézquita o Bolívar para que, por los trámites del juicio ordinario, se declarase que los demandados no son hijos del actor; se ordenasen las anotaciones consiguientes en las partidas de bautismo de aquellos, y se les condenase en costas.

Los hechos fundamentales de la demanda se hacen consistir en que el actor contrajo matrimonio católico con María Julia Vega el 19 de octubre de 1913, llevando vida común con ella hasta el 26 de julio de 1922, fecha en que la esposa abandonó definitivamente el hogar conyugal, refugiándose primeramente en casa de sus hermanas y, luego, en la población de Puebloviejo, en que desde la fecha preindicada hasta el fallecimiento de la nombrada cónyuge, ocurrido el 24 de septiembre de 1955. el actor no tuvo relaciones sociales, comerciales. ni conyugales con ella, como tampoco la recibió en su casa; en que María Julia Vega de Bolívar, después de abandonar el hogar conyugal, se trasladó a Puebloviejo y, a partir del año de 1925 aproximadamente, estableció relaciones sexuales estables con Maximino Amézquita, con quien tuvo como hijos a María Elisa Amézquita o Bolívar, nacida el 29 de agosto de 1928, Martín Abraham Amézquita o Bolívar, el 2 de noviembre de 1930, y Gustavo Amézquita o Bolívar el 6 de febrero de 1935, o sea que dichos hijos nacieron después del décimo mes siguiente al en que su madre había abandonado el hogar conyugal.

Los demandados se opusieron a las súplicas del libelo y propusieron la excepción perentoria de prescripción de la acción de impugnación de la paternidad legítima, con fundamento en los términos señalados por la Ley 50 de 1936.

La primera instancia culminó con sentencia, cuya parte resolutiva reza:

"Primero. Declárase no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción propuesta por el apoderado de los demandados con base en el art. 10. de la Ley 50 de 1936;

"Segundo. Déclarase que María Elisa, Martín Abraham y Gustavo, hijos habidos por María Julia Vega cuando estaba casada con Bolívar Vargas, no son hijos de éste;

"Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior, se tomará nota de lo resuelto en esta sentencia, al margen de las partidas de bautizo de los tres demandados, para lo cual se librarán sendos despachos a los Párrocos respectivos; y

"Cuarto.- Cóndenase proporcionalmente en costas a los demandados. Tásense oportunamente".

Por apelación interpuesta por los demandados surtiose el segundo grado que finalizó con la confirmación del fallo apelado.

LA MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Se considera que la acción incoada es la de impugnación de la paternidad legítima encaminada a desvirtuar la presunción legal de que los hijos concebidos durante el matrimonio lo son del marido, acción que encuentra su apoyo, entre otros, en el art. 60. de la Ley 95 de 1890.

"Corresponde entonces aplicar estos principios o exigencias probatorias al caso de autos, que como ya se dijo, hace relación exactamente al tercero de los casos relacionados atrás, o sea, concretamente al señalado por el art. 60, de la Ley 95 tantas veces citada. Para demostrar el abandono definitivo del hogar por parte de la señora María Julia Vega de Bolívar, la parte actora hizo venir al expediente las declaraciones de los señores Darío Moreno, Ernesto French, Julio Rodríguez, Francisco Izquierdo y Rómulo Hernández, recibidas en debida forma. Los testimonios rendidos por estos señores concuerdan en el hecho fundamental del abandono del hogar por parte de la señora María Julia, y, al mismo tiempo sus dichos armónicos en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon aquel abandono. También los declarantes Marcos Barrera y Dimas Avella concuerdan al afirmar que la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó el hogar conyugal alrededor de 1922 en forma definitiva v que su marido Simón Bolívar Vargas no volvió a tener con ella ninguna clase de relaciones. La forma como se expresan estos declarantes, sus explicaciones acerca del conocimiento de los hechos, la firmeza y propiedad de sus dichos, el conocimiento personal directo que tuvieron de los cónyuges Bolívar y Vega de Bolívar y las estrechas relaciones de amistad y de comercio que con aquellos mantuvieron, son factores todos que llevan el ánimo del juzgador la seguridad de que la prueba testimonial en referencia resulta ampliamente idónea y completa para probar el hecho básico de la demanda y fundamental de la acción y que consiste precisamente en que Julia Vega de Bolívar abandonó definitivamente el hogar conyugal en el año de 1922...

"Para confirmar la verdad de este mismo hecho se trajo igualmente al expediente copia auténtica de la contestación que Julia Vega de Bolívar dio a una demanda anterior a la presente sobre impugnación de la legitimidad respecto de María Elisa Amézquita y que, por lo menos, en lo que respecta al hecho del abandono del hogar y a la circunstancia del nacimiento de los demandados después de los 10 meses de tal abandono, tiene perfecta aceptación, va que en tal sentido esa confesión no queda afectada por la prohibición del art. 223 en su inciso tercero, que no admite el testimonio de la madre que en el juicio de legitimidad del hijo declare haberlo concebido en adulterio...'

Transcribe el fallo algunos apartes de la precipitada contestación de la Vega de Bolívar, tales como los siguientes: "No es cierto que vo haya abandonado el hogar —dice María Julia- sino que he salido de allí por fuerza de mi esposo, botada a la miseria y a la orfandad. siendo su crueldad y su conducta la causa de mi desgracia actual, pero es cierto que mi hija María Elisa nació después de 10 meses de ser yo expulsada del hogar a que tenía derecho... "No es cierto que viva vo con hombre alguno, ni haya tenido dos familias, aunque sí declaro con franqueza aunque con rubor, como lo hiciera Margot, la hija martirizada cantada por Germán Reyes, que mi hija María Elisa no tiene por padre a mi marido... Como acepto la demanda, no debe condenárseme en costas, sino dejarme en paz, olvidada de los hombres".

Continúa el sentenciador: "Las fechas de los nacimientos de cada una de estas personas (María Elisa, Martín y Gustavo Amézquita o Bolívar) se establecieron en forma inequívoca, con tres de los elementos probatorios que en tal sentido se produjeron durante el proceso. Por una parte se allegaron las respectivas partidas, de las cuales aparece que María Elisa nació en Puebloviejo el día 5 de agosto de 1928, o sea a los seis meses (sic) del abandono del hogar por parte de Julia Vega: Martín Abraham nació en julio de 1930 y Gustavo nació el día 16 de abril de 1935; los otros dos elementos probatorios que confirman que las fechas de

tales nacimientos tuvieron su ocurrencia con mucha posterioridad al día en que se cumplieron los 10 meses del abandono del hogar por la señora Vega de Bolívar, son los testimonios de Francisco Izquierdo, Ernesto French, Marcos Barrera y Dimas Avella; y como ya se vio, también obra la confesión o aceptación que de tales hechos hizo la propia madre de los demandados señora Julia Vega de Bolívar".

Verifica el fallo la existencia de la escritura 445 otorgada en la Notaría de Puebloviejo el 18 de diciembre de 1947, por la cual Maximino Amézquita reconoció como hijos naturales suyos a María Elisa, Martín Abraham y Gustavo, habidos en mujer casada cuyo nombre se reserva y con la cita de las fechas de los respectivos nacimientos. Cotejada esta escritura con los otros medios que integran el acervo probatorio, concluye el fallo que si bien ella no constituye por sí sola prueba suficiente, sí corrobora dichos medios en cuanto establecen que el actor no es el padre de los demandados.

A continuación se declara no probada la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda, por cuanto al tenor de lo dispuesto por el art. 60. de la Ley 95 de 1890, "el marido, mientras viva, no tiene ninguna limitación en el tiempo, ni prescripción que lo constriña a entablar su reclamación dentro de un tiempo determinado contra la legitimación del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, cuando se actualizan las demás circunstancias previstas en dicha disposición...".

Finalmente, el fallo desestima unos escritos de los demandados que se refieren al pago de unas costas, por cuanto tal cuestión ya había sido previamente definida en el juicio por providencias ejecutoriadas.

LA IMPUGNACION

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada fúndase en escrito que contiene dos cargos: uno por la causal cuarta y otro en el ámbito de la primera.

Primer cargo:

Explica el censor que al corregirse la demanda inicialmente presentada en este juicio, el actor citó como a sus demandados a María Elisa, Martín Abraham y Gustavo Amézquita o Bolívar, que el auto admisorio de tal libelo confundió el nombre de María Elisa por el de Ma-

ría Luisa; que ni a esta María Luisa ni a los otros dos demandados se les hizo la notificación personal ni se les corrió el traslado prescrito por los arts. 312 y 739 del C. J., sino que tales actuaciones se cumplieron con el apoderado aquí recurrente, quien sólo tenía mandato "para lo consecuencial a la actuación anulada por la H. Corte Suprema de Justicia". De tales hechos se deduciría quebranto del numeral 30. del art. 448 del C. J. Dentro de este mismo cargo se denuncia violación del art. 20. del Dcr. 243 de 1951 y del 26 de la C. N. la que, en síntesis, se hace consistir en lo siguiente: al declarar la Corte la nulidad de la actuación procesal en sentencia del 31 de octubre de 1955, condenó en la mitad de las costas respectivas a la parte actora; liquidadas éstas no fueron pagadas a los demandados, sino a quien había dejado de ser su apoderado; surtió entonces un debate al respecto, en el curso del cual el Juzgado del conocimiento resolvió no oír a dicho actor mientras no hiciese el referido pago; sin embargo, posteriormente, el mismo Juzgado modificó su decisión y admitió la corrección de la demanda, actuación que fue confirmada por el Tribunal *ad quem*, con lo cual se habría incurrido en el aludido quebranto del art. 2o. del Dcr. 243 de 1951 y 26 de la Carta, y, consecuencialmente en la del numeral 10. del art. 448 del C. J., pues, en el sentir del recurrente, la jurisdicción para conocer del negocio habría quedado suspendida desde que, liquidadas las costas en cuestión, no fueron pagadas en debida forma por el actor.

Consideraciones de la Corte:

I.- Efectivamente, en el libelo de corrección de la demanda inicial se indicó como demandados a María Elisa, Martín Abraham y Gustavo Amézquita o Bolívar; en el auto admisorio de aquél se confundió el nombre de la primera con el de María Luisa, y tal providencia no fue notificada personalmente a ninguno de los demandados, sino a quienes ellos habían conferido poder en los siguientes términos: "Señor Juez 1o. Civil del Circuito de Sogamoso. E. S. D. Ref: Juicio ordinario de impugnación de la paternidad legítima de Simón Bolívar contra María Elisa Bolívar Vega y otros. Los que suscribimos, Martín Abraham, Gustavo y María Elisa Bolívar Vega, todos mayores, vecinos de Puebloviejo e identificados con las cédulas y tarjetas que aparecen al pie de nuestras respectivas firmas, por medio del presente manifestamos que conferimos poder especial, amplio y suficiente al señor doctor Humberto Plazas Olarte, abogado titulado e inscrito para que nos represente en el juicio de la anterior referencia..."; reconocido este apoderado, se le notificó personalmente el auto admisorio de la nueva demanda y se le dio el traslado de la ley, que él mismo descorrió en nombre de sus poderdantes sin reclamo alguno. Por tanto es más que evidente que en este juicio sí se les dio cumplimiento a los arts. 312 y 739 del C. J. y que la censura a este respecto es del todo impertinente.

II.- La cuestión relativa al pago de las costas a que la parte actora fue condenada por la Corte al declarar la nulidad de la actuación procesal, fue, como el propio recurso lo reconoce, definitivamente resuelta mediante providencias del Juez del conocimiento y del Tribunal ad quem, lo que hace innocua la pretensión del censor de revivir tal cuestión en el recurso extraordinario. Agrégase a lo dicho que, en contra de lo que éste cree, el no pago de expensas y costas en la oportunidad debida conforme a la ley no conlleva la suspensión de la jurisdicción, sino la del jus postulandi de la parte deudora, o sea que los órganos que conocen del juicio tienen aptitud o capacidad para seguir haciéndolo, pero sin oír a dicha parte renuente. Vese, entonces, que esta otra censura que el recurrente pretende deducir con base en el numeral 10. del art. 448 del C. J., es innocua.

El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Denuncia aplicación indebida del art. 60. de la Ley 95 de 1890 "por interpretación errónea de las pruebas producidas en el juicio y, además, por error manifiesto de hecho en la apreciación de tales pruebas".

Acomete el censor un extenso examen de todas y cada una de las probanzas en que se basó el fallo acusado. Considera que las declaraciones rendidas por algunos de los testigos se produjeron ilegalmente, porque fueron recibidas dentro de la actuación anulada por la Corte, y, posteriormente, la parte actora se limitó, al corregir la demanda inicial, "a darlas por presentadas" sin la indicación de la edad, vecindad y generalidades de dichos testigos, sino solicitando "la práctica de la ratificación" de aquellas declaraciones. Pese a lo dicho, el Juez a quo admitió tales pruebas con violación del art. 597, ordinal 10. y del 601 y concordantes del C. J. Seguidamente, el cargo acusa "false-

dad en documentos públicos" que consistiría en que en las diligencias de ratificación de los testimonios de Marcos Barrera y Dimas Avella, se hizo figurar a quien va había deiado de ser apoderado de los demandados, contrainterrogando a dichos testigos. A continuación, el censor desmenuza las declaraciones de Darío Moreno, Ernesto French, Julio Rodríguez, Marcos Barrera, Francisco Izquierdo y Rómulo Hernández, con el propósito de mostrar que algunos de los testigos se contradicen a sí mismos, como también los unos a los otros; que sus dichos carecen de razón, o sea que no son responsivos, y que, además, no concuerdan en cuanto a las circunstancias de lugar, tiempo y modo de los hechos a que se refieren etc. En cuanto a la contestación que María Julia Vega de Bolívar le diera a la demanda formulada en otro juicio sobre impugnación de la legitimidad de la demandada María Elisa Amézquita o Bolívar, se le apunta al sentenciador el error de hecho de haber considerado éste que tal contestación constituía confesión de dicha señora de haber abandonado voluntariamente su hogar conyugal, porque lo que ella realmente dice es "que fue expulsada de él por el señor Simón Bolívar, cosa muy distinta al caso planteado". En fin, se ataca la apreciación que el Tribunal hiciera de la escritura 445 de 1947, por la cual Maximino Amézquita reconoció como hijos naturales suvos a María Elisa. Martín Abraham y Gustavo, habidos en mujer casada cuyo nombre se reserva. Según el recurso, tal instrumento no dice que los reconocidos fueran los hijos de María Julia Vega y que, aun en el supuesto de que lo fueran, todos ellos tenían menos de veintiún años y, por ende, carecían de capacidad legal para confesar, conforme al art. 605 del C. J. y al 1502 del C. C., así violados por el sentenciador, a lo que se agrega que éste también pasó por alto la discordancia entre las fechas de nacimiento de los hijos reconocidos por Maximino, según la mencionada escritura y las respectivas actas de bautizo. Tal es, en resumen, la sustancia del cargo que se examina.

Se considera:

I.- La misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera de casación, es la de velar por la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales, mas no la de revisar una vez más todas las cuestiones de hecho y de derecho ventiladas en los grados del juicio. Así, en principio, aquella ha de recibir la cuestión

fáctica tal como ésta se encuentre definida en el fallo sujeto al recurso extraordinario. Sin embargo, como al quebranto de aquellas leyes puede llegarse a consecuencia de deformación de los hechos sub lite, proveniente de verros en la valoración de las pruebas que los traducen o en la presencia objetiva de las mismas, excepcionalmente nuestro ordenamiento procesal civil hace viable en tales eventos la causal aludida. Pero lo dicho no significa que el recurso pase a convertirse, entonces, en una tercera instancia en que la Corte, al revisar las pruebas a que precisamente ha de referirse la impugnación, pueda discrecionalmente modificar el criterio de apreciación de las mismas por los falladores de instancia o sustituirlo por otro que ella estime más acertado. La causal de que se trata, formulada por esta vía indirecta es de alcance restringido: solo procede cuando del nuevo examen de determinadas probanzas impetrado por el recurso, la Corte advierte que realmente los supuestos fundamentos fácticos del fallo acusado encuentran su único apovo en la infracción de la ley probatoria o que resultan contrarios a la evidencia demostrada por tales medios.

II.- Así, para que un cargo de casación por quebranto de ley sustancial derivado de manifiesto error de hecho en la apreciación de cierta prueba sea próspero, debe reunir necesariamente los siguientes requisitos: a) el verro ha de consistir en que el sentenciador hubiese supuesto prueba inexistente en los autos o ignorado la que sí existe en ellos, o adulterado la objetividad de ésta agregándole algo que le es extraño o cercenando su real contenido: b) la conclusión de orden fáctico derivada del error debe ser contraevidente, vale decir, contraria a la realidad manifiestamente establecida por las pruebas en cuestión; y c) de ocurrir esto último, también es necesario que el yerro de apreciación conduzca al quebranto de los preceptos sustanciales llamados a gobernar la verdadera situación sub lite. A falta de cualquiera de los precitados requisitos el fallo acusado debe ser mantenido por la Corte.

III.- Visto está que los fundamentos principales de la sentencia del Tribunal están constituídos por el abandono definitivo del hogar conyugal por María Julia Vega de Bolívar en 1922, y el nacimiento de los tres hijos de la misma, demandados en este juicio, años después del antes mencionado. Impugnadas estas conclusiones como frutos de errores de hecho cometidos por el sentenciador en la apreciación

de determinadas pruebas, la censura debe demostrar que aquellas son contraevidentes por fundarse en medios probatorios inexistentes o a la luz de los que sí obran en el proceso.

IV.- Ahora bien, en relación con los múltiples testimonios que determinaron principalmente la convicción del sentenciador acerca del abandono definitivo del hogar conyugal por la madre de los demandados, el recurso incurre en la impropiedad técnica de acumular en un mismo cargo acusaciones por error de hecho y por error de derecho o de valoración legal de aquellos, figuras éstas que, según lo tiene bien advertido la doctrina, se excluyen entre sí. Sin embargo, como el propio censor anuncia que los motivos de su impugnación se refieren a "interpretación errónea" y a "error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas", por vía de amplitud la Corte procede a despachar la censura por este aspecto del error de hecho.

V.- Entonces, no hay lugar a investigar el valor legal que puedan tener los testimonios por haber sido trasladados de la primera etapa de este juicio, anulada por la Corte, pero habiendo sido ratificados después de dicho traslado dentro del término probatorio de la primera instancia válida, porque tal cuestión es de derecho y no de hecho.

VI.- La falsedad que hubiera podido cometerse en las actas de recepción de los testimonios de Marcos Barrera y Dimas Avella, por figurar en ellas quien hubiera dejado de ser apoderado de los demandados, carece de prueba en los autos en cuanto al hecho de la no concurrencia de dicho exapoderado; es cuestión que ha debido debatirse en las instancias por los trámites pertinentes, y, en todo caso, denunciada en casación como un error de hecho del fallo acusado, resulta infundada, si el sentenciador vio las respectivas actas tales como ellas obran en el proceso.

VII.- En cuanto al contenido de los testimonios aludidos, afirma el recurso que "los testigos dicen precisamente lo contrario de lo que encuentra como fundamento el Tribunal sentenciador para establecer como plenamente probado el abandono voluntario y definitivo del hogar por parte de María Julia Vega de Bolívar. Y es que el sentenciador no tuvo cuidado de confrontar y sopesar, uno a uno, tales testimonios, sino que los analizó en forma vaga y temeraria, yéndose por las ramas, por lo cual desacertó en la apreciación de las pruebas y

concluyó en las tremendas equivocaciones que luego se puntualizan". Con tal preámbulo, según ya se dijo, se extiende la censura en la crítica, a su manera, de todos y cada uno de los referidos testimonios, calificándolos de contradictorios individualmente considerados v entre sí, de irresponsivos, de indignos de credibilidad, etc. Examinados estos medios en lo pertinente, se tiene: A) Darío Moreno, de 58 años, declara: "Conocí a la señora María Julia Vega y conozco al señor Simón Bolívar, y por tal conocimiento puedo afirmar que fueron casados católicamente... Me consta que el señor Simón Bolívar Vargas y la señora María Julia Vega, hicieron vida marital en su condición de esposos, desde el día en que se casaron hasta aquel en que la señora Vega abandonó el hogar por razón de disgustos y se fue a vivir donde Soledad y Abigail Vega y luego a Puebloviejo. Me parece que el disgusto fue en 1922, pues no recuerdo con precisión la fecha... Me consta que la señora María Julia Vega, desde el día del disgusto con don Simón Bolívar, no volvió a la casa de éste ni se volvieron a tratar..." B) Ernesto French (sic) de 65 años, dice: "Sí es cierto que conocí de vista, trato y comunicación a la señora María Julia Vega v conozco de la misma manera al señor Simón Bolívar Vargas, y me consta que estos fueron casados católicamente... Desde que conocí a los señores Simón Bolívar Vargas y a María Julia Vega, hacían vida marital en calidad de esposos, hasta el 26 de julio de 1922, en que la señora Julia Vega de Bolívar se separó de su esposo y se fue a vivir a la casa de sus hermanas Soledad y Abigail Vega y luego se fue a vivir a Puebloviejo. Esto me consta sin poder precisar la fecha del matrimonio, pero sí el año de 1922 que fue en el que se separaron o mejor que la señora Julia Vega abandonó su hogar... Sí es cierto porque así me consta que el señor Simón Bolívar Vargas tuvo organizado su hogar y vivían los dos esposos pacíficamente por ahí hasta el año de 1922 poco más o menos que fue cuando la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó voluntariamente su hogar, sin que vo conociera las causas que para ello la determinaron... Me consta que el señor Simón Bolívar, desde cuando la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó el hogar, poco más o menos en el año de 1922 no volvió a tener relaciones maritales ni de ninguna otra clase". C) Julio Rodríguez, de 53 años; "Sí señor me consta y es cierto que el señor Simón Bolívar Vargas y la señora María Julia Vega fueron casados católicamente, pues conocí a la señora y a don Simón lo conozco desde hace bastante tiempo... Es cierto también y me consta que los mencionados esposos Bolívar Vargas y Vega hicieron vida marital desde el 19 de octubre de 1923 (sic), fecha de su matrimonio, hasta el 26 de julio de 1922, día en que la señora Julia Vega abandonó a su esposo don Simón y se fue a vivir a donde las hermanas. Esto lo recuerdo, porque ese día don Simón se fue a ver un ganado a La Tebaida y cuando volvió a su casa la señora no estaba en ella... Me consta también que desde la fecha en que la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó el hogar de su esposo, don Simón no volvio a tratarla y por tanto no volvieron a tener relaciones personales ni comerciales. Ella venía algunos martes a esta ciudad pero no llegaba a la casa de don Simón". D) Marcos Barrera, de 71 años: "Sí señor, me consta por haberlos conocido de vista, trato v comunicación al señor Simón Bolívar Vargas y a la señora María Julia Vega que estos fueron casados católicamente... También es cierto y me consta que el señor Simón Bolívar Vargas y la señora María Julia Vega hicieron vida marital, en su condición de esposos, desde el 19 de octubre de mil novecientos trece, fecha de su matrimonio hasta el 26 de julio, me parece, de mil novecientos veintidós, fecha en que la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó su hogar y se fue a vivir en casa de Soledad v Abigail Vega y luego a Puebloviejo... no recuerdo con precisión la fecha pero me parece que hasta el 26 de julio de mil novecientos veintidos, en la cual la señora María Julia Vega de Bolívar abandonó voluntariamente el hogar de su esposo... Es cierto y me consta que el señor Simón Bolívar Vargas cesó en toda clase de relaciones, ya personales como comerciales, con su esposa María Julia Vega de Bolívar desde cuando ésta dejó el hogar de su esposo en julio de mil novecientos veintidós". E) Francisco Izquierdo, de 54 años: "Me consta que los señores Simón Bolívar Vargas y la señora María Julia Vega, en condición de esposos hicieron vida marital, pero este conocimiento lo tuve personalmente más o menos del año de mil novecientos diez y ocho al año de mil novecientos veintidos, no recuerdo con precisión la fecha. Tuve conocimiento también de que la señora María Julia Vega se separó de don Simón y por esa época se fue a vivir a Puebloviejo... pero lo que no sé es la fecha en la cual la señora María Julia Vega abandonó el hogar ni sé si esto lo hizo voluntariamente... Me consta que el señor Simón Bolívar Vargas desde cuando la señora María Julia Vega se fue a Puebloviejo, no la volvió a tratar y por esto supongo que entre ellos cesaron

sus relaciones tanto personales como comerciales". F) Rómulo Hernández, de 62 años: "Sí señor, me consta que Simón Bolívar Vargas y la señora María Julia Vega, hicieron vida marital desde el año de 1913 hasta el de 1922 en que Julia abandonó el hogar del esposo; vivió algunos días en casa de Abigail y Soledad Vega y luego se fue a vivir a Hato Laguna, jurisdicción de Puebloviejo... Me consta que Simón Bolívar y María de Jesús Vega tuvieron su hogar organizado hasta 1922, año en que María de Jesús abandonó el hogar, no sé por qué causa... Me consta que Simón Bolívar no volvió a tratar a la señora María de Jesús Vega en relaciones personales o comerciales desde que ésta salió del hogar de su esposo" (el recurso observa la discrepancia del nombre de la Vega, aunque manifiestamente el testigo se refiere a las mismas personas y hechos). G) Dimas Avella, de 62 años, "cuñado de Simón Bolívar": "Es cierto y me consta que el señor Simón Bolívar y la señora María Julia Vega hicieron vida marital desde la fecha de su matrimonio, diez y nueve de octubre de mil novecientos trece hasta el mes de julio de mil novecientos veintidós, en que la señora María Julia Vega abandonó el hogar de su esposo y se fue a vivir a la casa de las señoras Soledad y Abigail Veg 1 y luego se fue a vivir a Puebloviejo. Esto me consta porque yo recogí a una hija de ese matrimonio llamada Araminta, cuando la señora María Julia Vega abandonó el hogar, y yo la crié en mi casa, en donde estuvo hasta cuando se casó... Así lo considero porque desde cuando abandonó el hogar la señora María Julia no volvió a la casa de don Simón y por tanto no volvieron a tratarse".

VIII.- Visto está que el Tribunal sentenciador califica así los precipitados testimonios: "La forma como se expresan estos declarantes, sus explicaciones acerca del conocimiento de los hechos, la firmeza y propiedad de sus dichos, el conocimiento personal directo que tuvieron de los conyuges Bolívar y Vega de Bolívar y las estrechas relaciones de amistad y de comercio que con aquellos mantuvieron, son factores todos que llevan al ánimo del juzgador la seguridad de que la prueba testimonial en referencia resulta ampliamente idónea y completa para probar el hecho básico de la demanda y fundamental de la acción y que consiste precisamente en que Julia Vega de Bolívar abandonó definitivamente el hogar conyugal en el año de 1922..." Y los pasos anteriormente transcritos de los testimonios demuestran que es del todo infundada la censura de contraevidencia formulada por el recurso respecto de la conclusión que de ellos deduce el Tribunal, a lo que se agrega que las argumentaciones del cargo en lo que toca con la credibilidad, responsividad y concordancia en el dicho de los testigos, etc., las que solo serían pertinentes en orden a una censura por contraevidencia en la estimación probatoria y que aquí no se demostró.

IX.- Ciertamente, como lo dice la censura, María Julia de Bolívar al contestar la demanda en otro juicio de impugnación de la legitimidad de la demandada María Elisa, no declara que ella hubiera abandonado voluntariamente el hogar convugal, sino "que fue expulsada de él por el señor Simón Bolívar". Pretende encontrar el recurso respecto de esta declaración otro manifiesto error de hecho, razonando así: "El abandono dice relación a un acto de la voluntad propia del ser humano o persona, en tanto que la expulsión es atinente a un hecho ajeno a la voluntad de la persona". Observa la Corte que el Tribunal emplea la expresión abandono en el sentido de dejación, sin entrar a calificar las causas de dicho acto a la luz del artículo 60, de la Lev 95 de 1890, texto que no se endereza a imponerle una sanción a la cónyuge, sino a permitirle al marido desvirtuar la presunción de paternidad respecto de los hijos concebidos por aquella con posterioridad. No se ve, por tanto, el manifiesto error de hecho denunciado, y si lo que la censura pretende es que la citada norma legal solamente es aplicable en el caso de abandono culpable del hogar por la esposa, aquella hubiera de formularse, no por la vía indirecta, sino por la directa del yerro hermenéutico, que no es situáción a cuvo examen hava sido invitada la Corte por el recurso.

X.- En fin, aun en la hipótesis de que el

sentenciador hubiera cometido algún error de hecho en la apreciación de la escritura otorgada por Maximino Amézquita para reconocer como hijos naturales suvos a personas que tienen nombres idénticos a los demandados en este juicio, pero sin designar el nombre de la madre de los mismos y siendo ellos por ese entonces menores de edad, tiénese que ese susería suficiente puesto no para tuar las conclusiones del Tribunal, fundadas principalmente en otras pruebas de las que dicho sentenciador considera que el instrumento en cuestión es apenas un medio corroborante pero que, en sí carece de fuerza suficiente de convicción.

El cargo no prospera.

RESOLUCION:

En mérito de las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso con fecha 4 de octubre de 1965 en el juicio ordinario seguido por Simón Bolívar Vargas contra María Elisa Amézquita o Bolívar y otros.

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

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Cavcedo, Secretario.

CONGELACION DE ARRENDAMIENTOS. DEVOLUCION DE LO PAGADO DE MAS. COMPETENCIA PARA ESTA ACCION

La función jurisdiccional no es exclusiva de las autoridades judiciales, sino que en casos especiales se ejerce por las autoridades administrativas. Las disposiciones que fijan la competencia son de orden público, de obligatorio cumplimiento, tanto para funcionarios como para los particulares. Son los Gobernadores y el Alcalde de Bogotá, los únicos competentes para conocer de las solicitudes de los arrendatarios, sobre devolución de los excedentes pagados como cánones. Las decisiones administrativas tienen mérito ejecutivo, cuando así lo dispone la ley.

Aunque doctrinariamente se acepta que el Estado ejerce tres funciones distintas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, el principio de unidad de soberanía, de donde emanan tales funciones, impide establecer una separación absoluta entre ellas. De esta suerre, la característica de la función jurisdiccional de ser exclusiva ha de entenderse en el sentido de que es al Estado a quien corresponde su ejercicio, y no en el de que deba realizarse por una de las ramas del poder público con exclusión de las demás. Es así como de conformidad con nuestra organización constitucional, basada en el principio de la interdependencia y colaboración armónica de las tres ramas del poder público, esa función se realiza primordialmente por las autoridades judiciales, pero también, en determinados casos, por las de las ramas legislativa y ejecutiva.

A este propósito establece el art. 10. del C. J. que "La administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distritos judiciales, los jueces superiores y de circuito, los jueces municipales y los jueces de menores", y que "en casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los tribunales militares, las autoridades administralivas (se subraya) y aun por personas particulares en calidad de jurados, árbitros, etc..." Y el 427, ante la posibilidad de que entre las autoridades judiciales y las administrativas se presenten, por la razón anotada, conflictos de competencia, estatuye que "entre los jueces y los funcionarios que en ciertos casos están investidos de jurisdicción para conocer de algunos negocios judiciales, puede suscitarse competencia referente a estos asuntos, la que se decide por el respectivo superior del juez que acepta o provoca la competencia".

Es preciso distinguir, por tanto, entre la función judicial, que es la ejercida de manera propia por los jueces ordinarios, y la función jurisdiccional, que comprende la actividad más amplia de hacer actuar la ley en casos concretos y que realizan no solamente los jueces sino las autoridades administrativas y los demás organismos a que se refiere el art. 10. del C. J.

Está fuera de toda duda, por tanto, que de acuerdo con nuestra organización institucional las autoridades administrativas ejercen, en ciertos casos, la función jurisdiccional, que al decir de Rocco "es la actividad en que el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho y que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma jurídica que los ampara".

Tanto las autoridades judiciales como las administrativas sólo pueden ejercer esa función dentro de los límites que les tracen la Constitución y la Ley en las normas atributivas de su competencia. Y como esas normas, en cuanto consultan intereses de carácter general, son de orden público, su cumplimiento es obligatorio tanto para el funcionario como para los sujetos del conflicto, los

cuales no pueden llevarlo al conocimiento de uma autoridad diferente. Tal el caso de las disposiciones que fijan la competencia en atención a la naturaleza del asunto o a la calidad de las partes, que el art. 151 del C. J. califica expresamente de improrrogable.

Aplicando las anteriores nociones al caso que se estudia, se tiene lo siguiente:

El art. 10. del Decr. 699 de 1957, en desarrallo del 10. del Decr. 1070 de 1956, consagra el derecho de los arrendatarios para obtener la devalución de los excedentes pagados por ellos en relación con el canon de arrendamiento que regía el 31 de diciembre de 1955. Y el 20, fijo la competencia para conecer de la solicitud de devolución en el Ministerio de Fomento. Se tiene, por tanto, que el art. la de ese decreta es atributiva del derecho de les arrendatarios a pedir la devolución de los excedentes pagados, y el 20. atributivo de la competencia del Ministerio de Formento para decidir si existe o no el derecho a la devolución. Empero como el D. L. 210 de 1958 dispuso que el Alcalde de Bogotá y les Gobernadores ejercerian las funciones que les decretes sabre control de arrendamiente atribuían al Ministerio de Fomento, hay que concluir que la competencia para conocer en primera instancia de esas solicitudes y para decidir si hay o no derecho a la devolución, radica hoy dia en esos funcionarios.

Estatuva el artícula la. de dicho Decreto, expedido en uso de las facultades que al Ejecutivo confiere el artículo 121 de la Carta, que "a partir del 10. de julio de 1958, las Gobarnaciones de los Departamentos y la Alcaldía del Distrito Especial de Bogetá ejercerán las funciones de control y vigilancia de que tratam los Decrs. 1070, 616, 453 de 1956, 699 de 1957 (se subraya), y sus respectivos reglamentos adscritos actualmente al Ministerio de Fomento". Y como la única función de control que el Decr. 699 precitado atribuye al Ministerio de Fomento es la de ordenar la devolución de los excedentes pagados por los arrendiatarios, tal función quedó adscrita a las Gobornaciones y a la Alcaldía del Distrito Especial de Cogatá a partir del 10. de julia de 1958. Do atra parte, la Ley 141 de 1961, en su art. 10., adopté "como leyes los Decretos Legislativos dictados con invocación del art. 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuaranto y nuevo (1949) hasta el veinte (20) de julio do mil novociontos cincuenta y ocho (1958); en cuanto sus normas no hayan side abolidas o medificadas por leyes posteriores". Por consiguiente, en ella quedó incorporado el Decr. 210 de 1958 (junio 19), a que se hizo referencia. De donde se concluye que la competencia de las Gobornaciones y de la Alcaldía del Distrito Especial de Bagotá para conocer de las solicitudes de devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios quedó fijada en dichas entidades por mandato expreso del legislador, y que siendo tales normas de igual jerarquía a las del C. J., prevalecen sobre las de éste por señalarse en ellas una competencia privativa para conocer de tales solicitudes.

Ahora bien: como la competencia del Alcalde de Bogotá y de los Gobernadoros la fijó el legislador en atención al factor objetivo —naturaleza del asunto—, resulta obligatorio para los arrendatarios acudir a dichos funcionarios para el ejercicio del derecho que les confiere el art. 10. del Decr. 699 memorado. La expresión "podrán solicitar una orden de devolución al Ministerio de Fomento" 'que emplea el art. 20., hay que entenderla en su sentido natural y obvio, vale decir como la facultad -facultas agendi- que confiere la ley a los arrendatarios para formular a no la solicitud respectiva ante la autoridad administrativa, más no como la posibilidad de acudir a esa autoridad o a la judicial, pues que se trataría entonces de una concurrencia de fueros, y para que ésta tuviera lugar se requeriría voluntad expresa de la ley que así lo estableciera, dado que las normas sobre competencia son de interpretación restrictiva.

Mal podía el legislador emplear la expresión "tendrán que solicitar", como lo pretende el sentenciador, pues pecaría centra la lógica jurídica obligar a los arrendatarios a ejercer un derecho que por mirar ya en concreto a su interés individual pueden e no hacer valer. Es, por tanto, meramente facultativo para los arrendatarios ejercer o no el derecho de pedir la devolución de lo pagado en exceso a los arrendadores, pero en caso de que lo ejerzan habrán de acudir inexcusablemente a la competente autoridad administrativa para obtener su reconocimiento.

Las normas que señalan la competencia en atención a los factores objetivo, subjetivo y funcional, son de orden público por estar en juego intereses de carácter general, y no puede excusarse su cumplimiente so pretexto de la inutilidad de las actuaciones que hayan

de surtirse ante las autoridades respectivas. Es de la incumbencia exclusiva del legislador fijar la competencia para conocer de un negocio determinado, y, por lo mismo, le está vedado al juez invadir la órbita de aquél, así sean, a su juicio, inadecuadas las disposiciones respectivas o inútiles las actuaciones que ante la autoridad correspondiente hayan de adelantarse.

Otro tanto acontece con las normas que prescriben el procedimiento que ha de seguirse para obtener la actuación de la ley, pues el juez no puede dejar de observarlas aunque, en su sentir, los trámites establecidos sean inidóneos o inoficiosos. Así, por ejemplo, el hecho de que el art. 876 del C. J. establezca que la sentencia dictada en el juicio especial de servidumbres puede ser revisada por la vía ordinaria, no autoriza a las partes para acudir directamente a la última, con prescindencia del trámite especial, por parecerles éste inoficioso y antieconómico, y, por consiguiente, siempre tendrán que acogerse, en primer término, al procedimiento especial prescrito por la ley.

Síquese de la dicha que la inutilidad, real o supuesta, de la actuación que haya de seguirse ante la autoridad señalada por el legislador, no altera en modo alguno ni las normas atributivas de competencia ni las que señalan el procedimiento que en cada caso debe observarse. "Nadie —establece el art. 26 de la C. N.— podrá ser juzgado sino... ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Si de la voluntad de las partes o del Juez, y no de la del legislador, dependiera la competencia de las autoridades para conocer de un asunto determinado, se entronizaría la arbitrariedad en materia de capital importancia, con mengua de la garantía consagrada para todos los asociados en el precepto constitucional transcrito.

Cabe anotar, asimismo, que si bien es cierto que el art. 982 del C. J. le da mérito ejecutivo a las decisiones judiciales que deben cumplirse, también lo es que por voluntad del legislador pueden tener ese mérito decisiones de autoridades administrativas, como acontece, entre otros casos, con las resoluciones de las Cámaras de Comercio sobre imposición de multas (Ley 28 de 1931, arts. 31 y 44), y con las resoluciones administrativas dictadas contra el usurpador de una patente de invención o de una marca de fábrica, en

las hipótesis contempladas en los arts. 74 a 77 de la Ley 31 de 1925.

Resulta, por tanto, inaceptable hacer depender la competencia de los Gobernadores y del Alcalde de Bogotá para conocer de las solicitudes de los arrendatarios sobre devolución de los excedentes pagados por ellos. del mérito ejecutivo de sus decisiones. Ella proviene exclusivamente de la voluntad del legislador, y esa voluntad quedó manifestada de manera terminante en el art. 20. del Decr. 699 de 1957, refrendado luego por el Decr. 210 de 1958, y adoptado como norma permanente por la Ley 141 de 1961. Desde un punto de vista de iure condendo, es admisible toda clase de críticas a las normas atributivas de competencia; pero desde un punto de vista de iure condito único en que le es lícito situarse al juez, hay que aceptarlas tal como son y aplicarlas de acuerdo con su tenor literal.

La demanda de nulidad instaurada ante el Consejo de Estado se refirió concretamente al art. 50. del Decr. 699 memorado, como reglamentario del 1070 de 1956, y esa entidad decretó la nulidad impetrada en cuanto a la frase de aquella disposición que dice: "que prestará mérito ejecutivo", la declaración de nulidad recayó sobre un precepto reglamentario que ya había dejado de regir como tal por haber sido incorporado al D. L. 210 de 1958. Al subsumirse en este último las normas reglamentarias del 699, perdieron su categoria de tales para adquirir la correspondiente a las de los decretos Legislativos. Y como tales normas, en su nueva condición. no han sido declaradas inexequibles, ni han sido derogadas, conservan la plenitud de su vigor, máxime cuando hoy día se hallan conen legislación permanente virtud de la Ley 141 de 1961. Lo cual significa que las Gobernaciones y la Alcaldía de Bogotá se hallan legalmente facultadas para ordenar. "mediante resolución morivada, que prestará mérito ejecutivo", la devolución de las sumas pagadas en exceso por los arrendatarios sin perjuicio de los recursos pertinentes que contra esa resolución qutoriza la ley, por no revestir aquélla la fuerza de cosa juzgada material.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel). (Aprobación: abril 25/69.- Acta No. 26).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario de Mario Taborda contra Ana Mejía Restrepo.

EL LITIGIO

El libelo repartido al entonces Juzgado 60. Civil del Circuito de Medellín, solicita Mario Taborda que con audiencia de Ana Mejía de Restrepo, a quien señala como demandada, se declare que dicha señora le cobró indebidamente, con violación de las disposiciones sobre control de arrendamientos, la suma de \$22.833,28, desde el 10. de mayo de 1961 hasta el 12 de noviembre de 1962, y se le condene, en consecuencia, a restituirle esa cantidad con sus intereses legales.

En subsidio pidió la condena "a la suma que se demostrare".

Como fundamento de su pretensión afirma el actor que desde antes del mes de diciembre de 1955 y hasta el 10. de noviembre de 1958, Tomás Rada ocupó el local distinguido con el número 52-85 de la carrera 49 de Medellín, como arrendatario de Ana Mejía de Restrepo, a la cual le pagaba, como canon de arrendamiento, la cantidad de \$750,00 mensuales; que el 10, de noviembre de 1958 entró el demandante a ocupar dicho local como arrendatario de la demandada, en las mismas condiciones de precio que lo tenía su antecesor; que el 14 de abril de 1961, el apoderado general de la arrendadora, señor Luis Fernando Restrepo Mejía, le envió, para que la firmara, una carta dirigida a aquélla en la cual manifestaba su determinación "dizque voluntaria y espontánea, de elevar el canon de arrendamiento al triple, o sea a la suma de \$2.250,00 y renunciando al derecho de futuras reclamaciones"; que después de haber reclamado el apoderado general de la arrendadora por la exagerada e injusta elevación del canon de arrendamiento, obtuvo que quedara fijado en \$2.000.00 mensuales, que se vio obligado a aceptar las exigencias de la arrendadora ante el temor de tener que desocupar el local, con la consiguiente perdida del "good-will" del negocio, debido a las amenazas que se le hicieron de que si no aceptaba la elevación del precio procedería la arrendadora a rehacer o modificar el local en

tal forma que se vería obligado a desocuparlo: que el contrato de arrendamiento con la señora Mejía de Restrepo terminó el 12 de noviembre de 1962, por cambio de arrendador; que las sumas pagadas por encima del precio que venía pagando inicialmente "constituve un pago de lo no causado", porque con ello la arrendadora, al recibirlo, acrecentó su riqueza indebidamente y violó, además, expresamente, los Decrs. leves 1070 de 1956 v 699 de 1957, sobre control de arrendamientos; que ante el reclamo que por estos motivos le hiciera el señor Luis Hernando Restrepo, Mejía, como apoderado general de la demandada, éste le contestó, por intermedio del Dr. Samuel Syro, que consideraba válidos esos pagos y que, por consiguiente, nada tenía que reintegrarle.

La primera instancia del juicio culminó con la sentencia de 24 de octubre de 1963, mediante la cual, el Juzgado acogió en su totalidad las súplicas de la demanda.

Apelado el fallo por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo confirmó en el de 28 de abril de 1964, contra el cual interpuso dicha parte el recurso extraordinario de casación.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Al examinar los presupuestos procesales estudia el sentenciador la procedencia de la vía ordinaria para tramitar y decidir la controversia de que da cuenta la demanda, y concluye afirmativamente en los siguientes términos:

"La vía sí es adecuada porque de conformidad con el art. 20. Decr. 0699 de 1957 reglamentario del Decr. No. 1070 de 1956 los arrendatarios, dice, podrán escoger la vía administrativa o la judicial. El decreto mencionado se orientó, tuvo como finalidad, facilitar a los inquilinos el cobro de los excedentes de cánones y les facultó para solicitar la devolución ante el Ministerio de Fomento y posteriormente ante los Gobernadores de Departamento, Decr. No. 0210 de 1958.

"El Tribunal siempre ha entendido que es mera facultad y no obligación la del inquilino para acogerse al Decr. 0699 con su procedimiento. No obliga la ley que se acuda a la vía administrativa para luego hacer efectivos los derechos de los arrendatarios por la vía ordinaria, ni es tampoco un procedimiento especial que excluya el ordinario o común, pues el texto mismo del decreto dice podrán solicitar orden de devolución ante el Ministerio de Fomento.

pero no dice que tendrán que hacer solicitud exclusiva al Ministerio. Máxime hoy cuando la Resolución del Ministerio o de la Gobernación respectiva, no presta mérito ejecutivo y apenas sí es un indicio más o menos grave para hacerlo valer ante la Justicia ordinaria y en el juicio pleno respectivo, pues el Consejo de Estado en 31 de mayo de 1960 suspendió provisional y parcialmente los ords. B y C del art. 30. D. E. 0699 de 1957, lo mismo que la frase 'que prestará mérito ejecutivo' del art. 50. del mismo decreto.

"Luego es incuestionable la procedencia de la acción por la vía ordinaria y en el caso de los arrendatarios, máxime que la ley no iba a propiciar el absurdo de ordenar un procedimiento administrativo completamente inútil hoy por disposición del H. Consejo de Estado, al no tener la Resolución fuerza compulsiva violando elementales normas teleologicas universales. Hay pues demanda en forma y se debe entrar al fondo de la cuestión propuesta".

Procede, el Tribunal, sobre esta base, al estudio de fondo de la cuestión litigiosa. Considera que en el proceso está plenamente probado el canon de arrendamiento que regía el 31 de diciembre de 1955 para el local que el demandante tomó en arrendamiento, y que éste pagó en exceso sobre dicho canon la cantidad de \$23.458,35. Agrega que sobre estos hechos no hay desacuerdo entre las partes y que "el debate gira en torno al valor que deba dársele a la carta que obra a fls. 31 en donde el arrendatario, hoy actor, en forma voluntaria manifiesta que eleva de \$750,00 a \$2.000,00 el canon de arrendamiento y renuncia a toda acción de cobro en el futuro".

Analiza luego los testimonios de Arturo Escobar y Sergio Uribe, aportados por el demandante para demostrar la coacción que sobre él ejerció la arrendadora o su apoderado general. Desestima el de Escobar por considerar que no se cumplieron respecto de él los principios de publicidad y contradicción de la prueba, ya que fue recibid sin audiencia y citación de la parte contraria, y considera que el de Uribe fortalece la tesis de la coacción alegada por el demandante para desconocer las declaraciones hechas en la carta precitada. Se refiere a las afirmaciones hechas por Luis Fernando Restrepo al contestar las preguntas 5a. y 8a. del pliego de posiciones absuelto en la primera instancia, de que realmente le dijo al arrendatario que iba a reformar el local y de que éste le manifestó su voluntad de aumentar el valor del canon de arrendamiento para no tener que desocuparlo, y concluye así:

"Realmente existen indicios muy graves y plurales que conducen a establecer que se uso un procedimiento coactivo para obligar (sic) un canon superior al congelado, arts. 663, 664 y 665 C. J., que aunque no pueden llegar a configurar fuerza como vicio del consentimiento, pues no reúnen las condiciones esenciales, sí indican expediente violatorio de la ley".

Estudia, enseguida, la naturaleza de las normas que regulan la congelación de los cánones de arrendamiento para concluír que son de orden público y que, por lo mismo, los derechos que en ellas se confieren a los arrendatarios son irrenunciables. "Entonces —dice— no sólo por la presión probada del arrendador para provocar el escrito respectivo, sino muy especialmente por la irrenunciabilidad de ese derecho por parte del arrendatario, debe restablecerse el equilibrio perdido".

Precisa el Tribunal que la fuente de la obligación de restituír las sumas recibidas en exceso por parte de la arrendadora no es otra que el enriquecimiento sin causa, que aunque no se encuentra consagrado expresamente como tal en el art. 1494 del C. C. sí se contempla en los arts. 1747, 2120, 2243, 739 inciso 20., 2309, 2310 y 2343 de ese estatuto. Menciona los elementos que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia estructuran el enriquecimiento sin causa y remata así:

"En síntesis: se estableció el pago de canon por encima del que tenía el inmueble en diciembre de 1955. Que ese pago se realizó por coacción del arrendador o de su representante o apoderado; que aun descartando esa coacción que no llega a ser fuerza que anule el consentimiento, el arrendatario no podía renunciar un derecho que por ser de orden público económico es irrenunciable y además si se trata de darle valor a la carta contentiva de la renuncia como pacto, él tiene objeto ilícito por tener fines prohibidos por la lev. Al violarse la ley sobre control de arrendamientos se quebrantó gravemente el orden público económico y el bienestar social luego debe restablecerse el equilibrio jurídico y patrimonial y con base en el enriquecimiento sin causa como origen de obligaciones, ordenar el retorno con intereses del dinero recibido por encima del canon congelado.

"Es pues jurídica la providencia del a quo y deberá confirmarse, aunque naturalmente por motivos diferentes a los tenidos en cuenta por el fallador de instancia".

LA DEMANDA DE CASACION

Cinco son los cargos que se formulan a la sentencia del Tribunal, el primero con base en la causal senta del art. 520 del C. J., vigente cuando se presentó la demanda, y los restantes dentro del ámbito de la causal primera.

Cargo primero

Estima el recurrente que el proceso se halla viciado de nulidad por incompetencia de jurisdicción, puesto que de conformidad con los Decrs. 699 de 1957 y 210 de 1958, la acción sobre devolución de las sumas pagadas por encima del canon de arrendamiento que regía el 31 de diciembre de 1955, han de ejercerla-los arrendatarios ante el Alcalde de Bogotá o ante el Gobernador del respectivo Departamento, según el caso, y no ante los jueces ordinarios.

"Luego si en la demanda —dice textualmente el recurso— se instauró la acción de devolución de cánones en virtud de violación de normas de control de arrendamientos como lo expresa la petición primera, el hecho 11 y los fundamentos de derecho, es lógico que ella no podía adelantarse ante el Juzgado del Circuito sino ante el Gobernador del Departamento de Antioquia, cuya resolución era apelable ante el Ministerio de Fomento".

"Y si se adelantó la demanda en el Juzgado y luego en el Tribunal, aparece clara la incompetencia de jurisdicción que constituye la primera causal de nulidad según el art. 448 del C. J., nulidad que no puede sanearse, pues depende del factor objetivo de la competencia, o sea de la naturaleza del asunto. Además, mi representado a lo largo del juicio ha venido reclamando dicha incompetencia, por lo cual no puede hablarse de saneación del vicio".

Agrega el censor que la nulidad es total, porque si la petición sobre intereses tiene por título jurídico el art. 2318 del C. C., que regula la acción de pago de lo no debido, como dicha petición se deriva de las anteriores cuyo conocimiento es propio de la autoridad administrativa, "no podría concluírse en la existencia de una competencia parcial que conduciría, no a la nulidad, sino a inhibitoria sobre las pretensiones de que el poder judicial no es competente". Inhibitoria que no procedería en el caso sub ju-

dice por no tratarse de una acumulación simple de acciones, sino de una condicional.

Observa, luego, que no existe base para sostener que la expresión "podrán" que trae el Decr. 699 de 1957 implique la opción para los inquilinos de acudir a la vía administrativa o a la judicial para obtener la devolución de excedentes de cánones pagados, sino la opción que tiene todo titular de un derecho para hacerlo o no efectivo; que la opinión del Tribunal sobre suspensión de la norma que le da mérito ejecutivo a la resolución administrativa sobre devolución de cánones es errada, pues mientras una ley este vigente debe cumplirse; y que el hecho de que sea difícil obtener con ella lo perseguido, no es razón para no ajustarse a sus disposiciones y calificarla de inútil. "El decreto -agrega- continúa poseyendo una finalidad jurídica indudable; ser el medio para restarle la causa al pago, pues mientras la autoridad administrativa previo un proceso de dicho tiempo no ordene la devolución, aquél sigue teniendo causa".

Se considera:

En materia de nulidades, nuestro código de enjuiciamiento civil ha acogido el principio que informa la generalidad de las legislaciones de que ningún acto procesal pueda ser declarado nulo si la nulidad no está formalmente establecida en la ley. Con este criterio el legislador erigió en causales de nulidad aquellas "irregularidades que implican el desconocimiento de las bases mismas de la organización judicial, o la violación del derecho de defensa", como en su oportunidad lo expresó la Comisión Revisora de dicho estatuto.

Con base en estos principios, el art. 448 del C. J. estableció tres causales de nulidad comunes a todos los juicios, según que el juez carezca de competencia, sea ilegítima la personería adjetiva de alguna de las partes o de quien figure como su apoderado o representante, o se haya quebrantado el principio de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido citada al juicio en forma legal.

Como el cargo que se examina se funda en el hecho de haberse incurrido en este proceso en la primera de las causales de nulidad, impropiamente denominada por la ley "incompetencia de jurisdicción", a ella contrae la Certe su estudio.

La jurisdicción, en términos generales, es el poder o potestad que por naturaleza asiste al soberano para administrar justicia dentro de su propio territorio. En un sentido más estricto, refiriéndola al proceso civil, es la atribución de que está investido el Estado para hacer actuar la ley en los conflictos que surjan entre sujetos de derecho. La competencia, en cambio, según la conocida definición de Mattirolo, "es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las diferentes autoridades judiciales". En otros términos, es el poder que tíene un funcionario para ejercer en determinado negocio, por encargo del legislador, la jurisdicción que corresponde al Estado. (C. J. art. 143).

Aunque doctrinariamente se acepta que el Estado ejerce tres funciones distintas: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, el principio de unidad de soberania, de donde emanan tales funciones, impide establecer una separación absoluta entre ellas. De esta suerte, la característica de la función jurisdiccional de ser exclusiva ha de entenderse en el sentido de que es al Estado a quien corresponde su ejercicio, y no en el de que deba realizarse por una de las ramas del poder público con exclusión de las demás. Es así como de conformidad con nuestra organización constitucional, basada en el principio de la interdependencia y colaboración armónica de las tres ramas del poder público, esa función se realiza primordialmente por las autoridades judiciales, pero también, en determinados casos, por las ramas legislativa y ejecutiva.

A este propósito establece el art. 1o. del C. J. que "la administración de justicia se ejerce de un modo permanente por los tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito judicial, los jueces superiores y de circuito, los jueces municipales y los jueces de menores", y que "en casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los tribunales militares, las autoridades administrativas (se subraya) y aun por personas particulares en calidad de jurados, árbitros, etc..." Y el 427, ante la posibilidad de que entre las autoridades judiciales y las administrativas se presenten, por la razón anotada, conflictos de competencia, estatuye que "entre los jueces y los funcionarios que en ciertos casos están investidos de jurisdicción para conocer de algunos negocios judiciales, puede suscitarse competencia referente a estos asuntos. la que se d'ecide por el respectivo superior del juez que acepta o provoca la competencia".

Es preciso distinguir, por tanto, entre la función judicial, que es la ejercida de manera propia por los jueces ordinarios, y la función jurisdiccional, que comprende la actividad más amplia de hacer actuar la ley en casos concretos y que realizan no solamente los jueces sino las autoridades administrativas y los demás organismos a que se refiere el art. 10. del C. J. El autorizado tratadista de Derecho Constitucional, León Duguit, se expresa así al respecto:

"La función jurisdiccional. Decimos función Jurisdiccional y no función judicial, a pesar de que esta última expresión sea la más comúnmente empleada todavía. Pero a nuestro parecer, esta expresión es impropia y da lugar a graves confusiones. Es preciso reservar la palabra judicial para designar cierta autoridad que en Francia y en la mayoría de los países modernos es distinta y legalmente independiente de la autoridad administrativa... No cabe duda que la autoridad judicial ejerce sobre todo, y fundamentalmente; la función jurisdiccional; pero ni es ella sola la que la ejerce, ni ejerce toda la función jurisdiccional. En Francia la autoridad administrativa ejecuta muchos actos jurisdiccionales". (Tratado de Derecho Constitutcional t. II, pág. 421 ss.).

Con fundamento en esta distinción, considera Alvaro Copete Lizarralde que "se cometió un error al denominar con el calificativo 'jurisdiccional' a la Rama Judicial", desde luego que "la función jurisdiccional es ejercida por muchísimos funcionarios pertenecientes a la Rama Ejecutiva. Ministros, Gobernadores, Alcaldes, Recaudadores, permanentemente están ejerciendo jurisdicción y mando". (Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano, Ed. 1951, pág. 253).

Está fuera de toda duda, por tanto, que de acuerdo con nuestra organización institucional las autoridades administrativas ejercen, en ciertos casos, la función jurisdiccional, que al decir de Rocco "es la actividad en que el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho y que han quedado insatisfechos por falta de actuación de la norma jurídica que los ampara".

Tanto las autoridades judiciales como las administrativas sólo pueden ejercer esa función dentro de los límites que les tracen la Constitución y la ley en las normas atributivas de su competencia. Y como esas normas, en cuanto consultan intereses de carácter general, son de orden público, su cumplimiento es obligatorio tanto para el funcionamiento como para los

sujetos del conflicto, los cuales no pueden llevarlo al conocimiento de una autoridad diferente. Tal el caso de las disposiciones que fijan la competencia en atención a la naturaleza del asunto o a la calidad de las partes, que el art. 151 del C. J. califica expresamente de improrrogable.

Aplicando las anteriores nociones al caso que se estudia, se tiene lo siguiente:

Como una manifestación del intervencionismo de estado en el campo contractual por razones de interés general, encontramos en nuestra legislación los decretos que sobre congelación de arrendamientos dictó el presidente de la República en uso de las facultades que le confiere el art. 121 de la Carta, y, principalmente el distinguido con el número 1070 de 1956, incorporado hoy día en la Ley 141 de 1961. Por medio de su art. 1o. declaró este decreto "congelados los precios de los arrendamientos de las fincas urbanas en las capitales de los departamentos v en las ciudades de más de 50.000 habitantes, al precio que tales arrendamientos tuvieran el 31 de diciembre pasado (1955)", y dispuso que "en consecuencia, ningún arrendador podrá cobrar un precio superior al que devengaba por la misma propiedad en la fecha indicada".

A efecto de garantizar el cumplimiento de este precepto, se expidió el Decr. reglamentario 699 de 1957, cuyos dos primeros artículos son del siguiente tenor:

"Artículo 10. Los arrendatarios de inmuebles urbanos situados en las capitales de Departamentos y ciudades de más de 50.000 habitantes, a quienes con posterioridad al 9 de mayo de 1956 se haya cobrado como canon de arrendamiento un precio superior al que regía el 31 de diciembre de 1955, tendrán derecho a la devolución de los excedentes pagados.

"Artículo 20. Los arrendatarios a quienes no les sean devueltos voluntariamente los excedentes de que trata el artículo anterior, podrán solicitar una orden de devolución al Ministerio de Fomento".

En el art. 30. se determinan las pruebas que el interesado debe acompañar a su solicitud; en el 40. se señala el trámite que ha de dársele a ésta, y en el 50. se estatuye que "con base en las anteriores pruebas, el Ministerio de Fomento dictará una resolución motivada, que prestará mérito ejecutivo, ordenando la devolución a que hubiere lugar".

Como puede apreciarse, el art. 10. del Decr. 699 de 1957 mencionado, en desarrollo del 1o. del Decr. 1070 de 1956, consagra el derecho de los arrendatarios para obtener la devolución de los excedentes pagados por ellos en relación con el canon de arrendamiento que regía el 31 de diciembre de 1955. Y el 20. fija la competencia para conocer de la solicitud de devolución, en el Ministerio de Fomento. Se tiene, por tanto, que el art. 1o, de ese decreto es atributivo del derecho de los arrendatarios a pedir la devolución de los excedentes pagados, y el 2o. atributivo de la competencia del Ministerio de Fomento para decidir si existe o no el derecho a la devolución. Empero como el D. L. 210 de 1958 dispuso que el Alcalde de Bogotá y los Gobernadores ejercerían las funciones que los decretos sobre control de arrendamiento atribuían al Ministerio de Fomento, hay que concluír que la competencia para conocer en primera instancia de esas solicitudes y para decidir si hay o no derecho a la devolución, radica hoy día en esos funcionarios.

Estatuye el art. 1o. de dicho decreto expedido en uso de las facultades que al Ejecutivo confiere el art. 121 de la Carta, que "a partir del 1o. de julio de 1958, las Gobernaciones de los Departamentos y la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá ejercerán las funciones de control y vigilancia de que tratan los Decrs. 1070, 616, 453 de 1956, 699 de 1957 (se subraya), y sus respectivos reglamentos adscritos actualmente al Ministerio de Fomento". Y como la única función de control que el Decr. 699 precitado atribuye al Ministerio de Fomento es la de ordenar la devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios, tal función quedó adscrita a las Gobernaciones y a la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá a partir del 10. de julio de 1958. De otra parte, la Ley 141 de 1961, en su art. 10., adoptó "como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del art. 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas no havan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores". Por consiguiente, en ella quedó incorporado el Decr. 210 de 1958 (junio 19) a que se hizo referencia. De donde se concluye que la competencia de las Gobernaciones y de la Alcaldía del Distrito Especial de Bogotá para conocer de las solicitudes de devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios quedó fijada en dichas entidades por mandato expreso del legislador, y que siendo tales normas de igual jerarquía a las del C. J. prevalecen sobre las de éste por señalarse en ellas una competencia privativa para conocer de tales solicitudes!

Ahora bien: como la competencia del Alcalde de Bogotá y de los Gobernadores la fijó el legislador en atención al factor objetivo -naturaleza del asunto-, resulta obligatorio para los arrendatarios acudir a dichos funcionarios para el ejercicio del derecho que les confiere el art. 10. del Decr. 699 memorado. La expresión "podrán solicitar una orden de devolución al Ministerio de Fomento" que emplea el art. 20., hav que entenderla en su sentido natural v obvio, vale decir como la facultad -facultas agendi— que confiere la ley a los arrendatarios para formular o no la solicitud respectiva ante la autoridad administrativa, mas no como la posibilidad de acudir a esa autoridad, o a la judicial, pues que se trataría entonces de una concurrencia de fueros, y para que ésta tuviera lugar se requeriría voluntad expresa de la ley que así lo estableciera, dado que las normas sobre competencia son de interpretación restrictiva.

Mal podía el legislador emplear la expresión "tendrán que solicitar", (como lo pretende el sentenciador), pues pecaría contra la lógica jurídica obligar a los arrendatarios a ejercer un derecho que por mirar ya en concreto a su interés individual pueden o no hacer valer. Es, por tanto, meramente facultativo para los arrentarios ejercer o no el derecho de pedir la devolución de lo pagado en exceso a los arrendadores, pero en caso de que lo ejerzan habrán de acudir inexcusablemente a la competente autoridad administrativa para obtener su reconocimiento.

Las normas que señalan la competencia en atención a los factores objetivo, subjetivo y funcional, son de orden público por estar en juego intereses de carácter general, y no puede excusarse su cumplimiento so pretexto de la inutilidad de las actuaciones que hayan de surtirse ante las autoridades respectivas. Es de la incumbencia exclusiva del legislador fijar la competencia para conocer de un negocio determinado, y, por lo mismo, le está vedado al juez invadir la órbita de aquél, así sean, a su juicio, inadecuadas las disposiciones respectivas o inútiles las actuaciones que ante la autoridad correspondiente hayan de adelantarse.

Otro tanto acontece con las normas que pres-

criben el procedimiento que ha de seguirse para obtener la actuación de la ley, pues el juez no puede dejar de observarlas aunque, en su sentir, los trámites establecidos sean inidóneos o inoficiosos. Así, por ejemplo, el hecho de que el art. 876 del C. J. establezca que la sentencia dictada en el juicio especial de servidumbres puede ser revisada por la vía ordinaria, no autoriza a las partes para acudir directamente a la última, con prescindencia del trámite especial, por parecerles éste inoficioso y antieconómico, y, por consiguiente, siempre tendrán que acogerse, en primer término, al procedimiento especial prescrito por la ley.

Síguese de lo dicho que la inutilidad, real o supuesta, de la actuación que hava de seguirse ante la autoridad señalada por el legislador. no altera en modo alguno ni las normas atributivas de competencia ni las que señalan el procedimiento que en cada caso debe observarse. "Nadie -establece el art. 26 de la Constitución— podrá ser juzgado sino... ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". Si de la voluntad de las partes o del Juez, y no de la del legislador, dependiera la competencia de las autoridades para conocer de un asunto determinado, se entronizaría la arbitrariedad en materia de capital importancia, con mengua de la garantía consagrada para todos los asociados en el precepto constitucional transcrito.

Cabe anotar, asimismo, que si bien es cierto que el art. 982 del C. J. le da mérito ejecutivo a las decisiones judiciales que deben cumplirse, también lo es que por voluntad del legislador pueden tener ese mérito decisiones de autoridades administrativas, como acontece, entre otros casos, con las resoluciones de las Camaras de Comercio sobre imposición de multas (Ley 28 de 1931, arts. 31 y 44), y con las resoluciones administrativas dictadas contra el usurpador de una patente de invención o de una marca de fábrica, en las hipótesis contempladas en los arts. 74 a 77 de la Ley 31 de 1925.

Resulta, por tanto, inaceptable hacer depender la competencia de los Gobernadores y del Alcalde de Bogotá para conocer de las solicitudes de los arrendatarios sobre devolución de los excedentes pagados por ellos, del mérito ejecutivo de sus decisiones. Ella proviene exclusivamente de la voluntad del legislador, y esa voluntad quedó manifestada de manera terminante en el art. 20. del Decr. 699 de 1957, refrendado luego por el Decr. legislativo 210 de 1958, y adoptado como norma per-

manente por la Ley 141 de 1961. Desde un punto de vista de *iure condendo*, es admisible toda clase de críticas a las normas atributivas de competencia; pero desde un punto de vista de *iure condito*, único en que le es lícito situarse al juez, hay que aceptarlas tal como son y aplicarlas de acuerdo con su tenor literal.

De otra parte nota la Corte que cuando, en el año de 1960, se presentó la demanda de nulidad del art. 50. del Decreto Ejecutivo 699 de 1957, en cuanto a la expresión "que prestará mérito ejecutivo", por considerársele violatorio del 982 del C. J., ya se había expedido el D. L. 210 de 1958 que, en forma expresa, adscribió a las Gobernaciones y a la Alcaldía del D. E. de Bogotá las funciones de control y vigilancia que el Decr. 699 prenombrado atribuía al Ministerio de Fomento. Y como, según se dejó dicho, la única función de control que ese decreto atribuyó al Ministerio de Fomento fue la de ordenar, mediante resolución motivada que prestará mérito ejecutivo, la devolución de los excedentes pagados por los arrendatarios, síguese que tal función, en la forma y términos contenidos en el Decr. 699, pasó a las Gobernaciones y a la Alcaldía de Bogotá a partir del 1o. de julio de 1958, y que de esta fecha en adelante dejaron de regir, como simples preceptos reglamentarios, las normas del Decr. Ejecutivo 699, para entrar en vigor como preceptos del D. L. 210 de 1958 en el cual quedaron subsumidas.

Se tiene, entonces, que como la demanda de nulidad instaurada ante el Consejo de Estado se refirió concretamente al art. 50. del Decr. 699 memorado, como reglamentario del 1070 de 1956, y esa entidad decretó la nulidad impetrada en cuanto a la frase de aquella disposición que dice: "que prestará mérito ejecutivo", la declaración de nulidad recayó sobre un precepto reglamentario que ya había dejado de regir como tal por haber sido incorporado al D. L. 210 de 1958. Al subsumirse en este último las normas reglamentarias del 699, perdieron su categoría de tales para adquirir la correspondiente a las de los decretos legislativos. Y como tales normas, en su nueva condición, no han sido declaradas inexequibles, ni han sido derogadas, conservan la plenitud de su vigor, máxime cuando hoy día se hallan convertidas en legislación permanente por virtud de la Ley 141 de 1961. Lo cual significa que las Gobernaciones y la Alcaldía de Bogotá se hallan legalmente facultadas para ordenar, "mediante resolución motivada, que prestará mérito ejecutivo", la devolución de las sumas pagadas en exceso por los arrendatarios sin perjuicio de los recursos pertinentes que contra esa resolución autoriza la ley, por no revestir aquélla la fuerza de cosa juzgada material.

Ahora bien: como en la demanda con que se inició este proceso se ejerce por modo exclusivo el derecho que como arrendatario afirma tener el actor para exigir de la demandada la restitución de las sumas que, según el libelo, le cobró indebidamente, con violación de las disposiciones sobre control de arrendamientos, se concluye que tal petición ha debido formularse ante el Gobernador de Antioquia, única autoridad competente para conocer de ella, y no ante el Juez del Circuito de Medellín; y que de la súplica sobre pago de intereses, por ser consecuencial de la de devolución, ha de conocer igualmente ese funcionario.

La falta de competencia del Juez del Circuito de Medellín y, por ende, del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial para conocer de la demanda promovida por Mario Taborda contra Ana Mejía de Restrepo, resulta, por lo dicho, incuestionable. Y como la falta de ese presupuesto procesal está erigido por el art. 448 del C. J. en causal de nulidad para todos los juicios, síguese que este proceso se encuentra viciado en su totalidad por este motivo, y, consecuencialmente, que el cargo formulado con apoyo en la causal sexta del art. 530 del C. J. ha de ser acogido.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombré de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar declara nulo todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por haberse incurrido en la primera de las causales de nulidad que consagra el art. 448 del C. J.

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

Sin costas el recurso.

Publiquese, cópiese, notifiquese, insértese

en la *Gaceta Judicial* y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Emilio Ricaurte. Secretario encargado.

ARRENDAMIENTO EN LA CONFECCION DE OBRA MATERIAL. DERECHO DE RETENCION DEL ARRENDADOR

El arrendador de servicios—artífice u operario de obra material— tiene derecho a retener la materia suministrada por quien encargó la obra —arrendatario— para seguridad del pago de su prestación.

El ant. 2053 del C. C. —sobre los contratos para la confección de una obra material - contempla dos hipótosis en que el contrato asume la noturaleza ya de una venta, ya de un arrendamiento. Si quien encarga la confección de la obra, Namado arrendatario, suministra la materia principal, y el arrendador pone lo demás, esto es, la obra de mano y en caso necesario los materiales accesories, el contrato toma la naturalaza da un arrendamiento. Tal es la sucedido em al caso de autos: Salazar llevó su automóvil a reparer a los talleres del demandado; no cabo duda de que este vehículo era la materia principal suministrada por el arrendatario; la compañía puso la obra de mano y unos repuestos para efectuar las reparaciones, que fueron la obra contratada. En estas condiciones, tamboso es renoca a grada dre el coutrato celéptado entre Salazar y la sociedad, fue un arrendamionto de obra o contrato para la confección do una obra material, y que esta convención ostá prevista y regulada por los arts. 2053 y ss. del C. C. No es, en consecuencia, un contrato innominado sino una convención prevista, neminada y regulada per la ley, como lo ha estimade ya la jurisprudencia de la Corte. (UXXIX-2150, 459).

Il art. 2000 del C. C. consagra uno de los casos, encepcionales, en que el acreedor puede retorior bienes del couder. Dicha norma prescribo en efecto que "el arrondatario es abligado al pago del procio e renta" y que "podrá el arrondador, para seguridad de este pago y de las indomnizaciones a que tenga derecho, retorior todos los frutos existentes en la cosa arrondada, y tados los objetos con que el arrondatario la haya amueblado, guarecido o provisto, y que le pertenecioron; y se entenderá que le pertenecioron; en morma no establece un verdadero derecho de retorión,

porque es requisito para el ejercicio de este derecho que el retenedor tenga o posea una cosa de su deudor y porque el arrendador no siempre es tenedor de bienes del arrendatario sobre los cuales pueda hacer uso de tal derecho. Sin embargo, casos hay en que, como en el arrendamiento para la confección de una obra material, el arrendador recibe en tenencia la materia o bienes que el arrendatario le suministra para realizar o en que se ha de ejecutar la obra o labor convenida. En tales supuestos, no hay duda de que cabe y es posible ejercitar el derecho de retención que contempla el citado artículo 2000.

Sucede además que el inciso último del art. 2053 del C. C. dispone que "el arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen". Una de tales reglas generales del contrato de arrendamiento que, conforme a este precepto, se aplica al de confección de obra, es precisamente la establecida por el transcrito art. 2000, o sea el precepto que consagra en beneficio del arrendador el derecho de retención sobre los bienes que pertenecen al arrendatario.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que uno de los casos en que la ley consagra y autoriza ejercer el derecho de retención es el del arrendamiento para la confección de una obra material, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 2000, 2053 y 2417 del C. C.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

(Aprobación: abril 30/69.- Acta No. 28).

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva el señor Alcides Salazar llamó a juicio a la sociedad "Autos del Huila, Limitada" para que, en sentencia proferida por la vía ordinaria, se condenase a la compañía demandada a pagar al actor la cantidad de \$ 102.700,00 por varios conceptos, así: \$84.000,00 por lucro cesante; \$11.000,00 por daño emergente; \$7.200,00 por causa de sueldos dejados de percibir durante veinticuatro meses, a razón de \$300,00 por mes, y \$500,00 por motivo de honorarios que el propio demandante le pagó a un abogado en otro juicio anterior. En subsidio solicitó Salazar la condena en abstracto por cualquiera de los conceptos expuestos.

La demanda se funda en varios hechos que pueden resumirse así: desde el mes de noviembre de 1955 funciona en Neiva una sociedad conocida con la razón social de "Autos del Huila, Limitada", cuya actividad es el arreglo de vehículos automotores; el 27 de noviembre de 1956 Alcides Salazar llevó a los talleres de mecánica de la compañía nombrada un automóvil marca "Willys", distinguido con placas de número X-59112, para que allí le hicieran unas reparaciones; ejecutados estos arreglos, el automotor quedó listo para ser entregado el 12 de marzo de 1958; la compañía le formuló a Salazar una cuenta excesiva por concepto de mano de obra, de repuestos y de arrendamiento de garaje, y el mismo Salazar se abstuvo de pagarla; por esta falta de pago, la sociedad no quiso entregar el vehículo y lo retuvo contra todo derecho desde el citado 12 de marzo de 1958 hasta el siete de noviembre de 1962, en que fue secuestrado por orden de autoridad competente; tal retención duró, pues, 56 meses; la expresada compañía "Autos del Huila, Limitada" demandó a Salazar para que se le condenara a pagar el valor de las reparaciones, y en el juicio respectivo sólo obtuvo que se declarase que la deuda era de \$1.991.65; en el mismo fallo se dijo que la sociedad no tenía derecho de retener el vehículo mencionado: durante el término de la retención indebida, se mantuvo el automotor a la intemperie, lo que dio por resultado su deterioro total y el deprecio de su valor venal; Salazar estuvo haciendo gestiones para que se le entregara el automóvil, pero todas ellas fueron en vano porque la compañía consiguió neutralizar la acción de la policía. Por causa de la retención indebida del vehículo, Salazar dejó de trabajar durante dos años completos y se vio reducido a la miseria, pues la explotación de dicho automotor era su única actividad y su solo medio de subsistencia. Cuando el vehículo quedó reparado y listo para su entrega, tenía un valor de \$15.000,00, y en cambio cuando fue secuestrado el siete de noviembre de 1962, su valor no alcanzaba a \$4.000,00, "debido al deterioro y destrucción que sufrió durante el término de la retención que ejerció sobre él Autos del Huila, Limitada".

Al exponer los fundamentos jurídicos de su pretensión, la parte actora expresa que su demanda se apoya en el abuso del derecho de retención que cometió la sociedad demandada.

La misma compañía "Autos del Huila, Limitada" se opuso a las súplicas de la demanda y pidió que se probaran los hechos allí expuestos.

El Juez del conocimiento le puso término a la primera instancia con el fallo de cinco de octubre de 1963, en el cual se absolvió a la parte demandada y se condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Abierto y surtido el segundo grado por apelación de la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva profirió la sentencia de quince de abril de 1964, por la cual se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas al mismo demandante

Después de hacer la reseña de los términos y del desarrollo del litigio, la motivación de la sentencia emprende el estudio del fondo del mismo negocio diciendo que la acción propuesta tiene por base inicial la relación de derecho consistente en haber solicitado Alcides Salazar la reparación de su vehículo a la compañía "Autos del Huila, Limitada". Da por establecido que el automóvil quedó reparado y listo para su entrega el 12 de marzo de 1958 y que Salazar se negó a pagar la cuenta que por concepto de las reparaciones le pasó la sociedad nombrada. Entra luego a examinar la clase de contrato que se ajustó entre la compañía dicha y el citado Salazar, transcribe a este propósito el art. 1973 del C. C., observa que el contrato de arrendamiento puede ofrecer diversas formas según el objeto del mismo y dice que en el caso de esta litis se celebró un "contrato de arrendamiento de obra por medio del cual la persona jurídica ahora demandada se obliga a hacer las reparaciones necesarias en el vehículo que le fuera entregado por quien figura en este proceso como parte actora, Alcides Salazar; y éste como arrendador debía pagar un precio por la actividad del arrendatario Autos del Huila, Limitada".

Repitiendo que el contrato celebrado entre Salazar y la compañía mencionada fue un arrendamiento de obra, en los términos que establece el art. 2053 del C. C., la sentencia se dedica a examinar si tal convención le permitía a dicha sociedad retener el vehículo mientras no se le pagara el valor de las reparaciones. Recuerda a este respecto que el inciso 2o. del art. 2417 del C. C. dispone 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". Cita varios de los preceptos que en forma excepcional consagran el derecho de retención, entre ellos el art. 2000 ibídem, cuyo texto transcribe y expresa en seguida:

"Es verdad que la retención permitida al arrendador por el art. 2000 del C. C., se refiere a la retención de frutos y objetos con que el arrendatario haya amueblado, guarnecido o provisto el inmueble que tiene a título de arrendatario; pero necesitamos entender que este derecho de prenda otorgado a favor del arrendador, tiene plena vigencia en el arrendamiento de obra, y en el cual no podemos en verdad hablar de frutos existentes u objetos de propiedad del arrendatario para amueblar o guarnecer el inmueble o la cosa que ha recibido del arrendador; pues únicamente el arrendatario ha entregado la materia para que en ella el arrendador ejecute la obra que se le ha encomendado. En este contrato sui generis, el arrendador no entrega nada al arrendatario para que este goce; es el arrendatario quien entrega al arrendador la materia para que sobre ella, como ya lo hemos anotado, se ejecute la obra por la cual está obligado a pagar un precio el arrendatario.

"Pues bien: como el principio que contiene la primera parte del art. 2000 del C. C., nos habla de la obligación del arrendatario de pagar el precio o renta al arrendador y que éste está facultado para retener bienes de que está en posesión como consecuencia de esta relación de derecho —contrato de arrendamiento— cuando no se le fija el precio; entendemos que el artífice, el arrendador en el contrato de arrendamiento de obra, persona que es tenedora de bienes entregados por el arrendatario como consecuencia de este acto jurídico que entre ellos se ha perfeccionado, tiene plena facultad legal para retener la materia mientras se le paga o se le asegura su importe por el arrendatario, en los términos del art. 2000 del C. C. Pensar lo contrario sería establecer un crédito obligatorio por parte del arrendador en el arrendamiento de obra y a favor del arrendatario y dejar inoperante el art. 2053 del C. C.".

En corroboración de lo expuesto, el fallo cita una doctrina de la Corte sobre los requisitos del derecho de retención (LXXVI-2133, 88), dice que en el caso de esta litis aparecen reunidos tales requisitos y concluye que, en este mismo caso, la sociedad demandada obró conforme a derecho al retener el vehículo del actor por la falta de pago de las reparaciones y que en consecuencia no prosperan las súplicas primera y tercera de la demanda, ya que dicha compañía no está obligada a resarcir ningún lucro cesante ni los sueldos que cobra el señor Salazar.

Expresa por último la sentencia que tampoco puede prosperar el pedimento sobre indemnización del daño emergente, por no estar probado el deterioro del vehículo de que se habla en la demanda.

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandante recurrió en casación y con base en la causal primera formula dos cargos contra la sentencia de segundo grado, cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo previamente que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo. - Versa sobre el quebranto directo, por aplicación indebida, de los arts. 2000 y 2053 del C. C., en cuanto la sentencia "tuvo como contrato de arrendamiento de obra, asimilable al de arrendamiento de cosas, con derecho de retención, el celebrado entre Alcides Salazar y Autos del Huila, Limitada, para la prestación de un servicio en un automotor".

En sustentación de esta censura transcribe el recurso unos pasos del fallo impugnado y dice que el C. C. regula en su Libro 40. los contratos más conocidos, pero no los innominados, es decir, los que escapan a la previsión del legislador. Cita los conceptos de dos doctrinantes sobre la multiplicidad de dichos contratos innominados y expresa que algunas formas del arrendamiento, tales como la de prestación de servicios, la del transporte y la de confección de una obra material, se han independizado y tomado una reglamentación autónoma. Se refiere al contrato de que trata el art. 2053 del C. C., contrato que en unos casos es de compraventa y en otros de arrendamiento y manifiesta en seguida:

"Al rememorar los elementos que concurren en el acto jurídico que vinculó a Alcides Salazar con Autos del Huila, Limitada, encontramos que el primero entregó al segundo el automóvil de su propiedad marca Willys, placas X-59112, para efectuar unas reparaciones y que la sociedad mandataria las verificó poniendo los repuestos que la labor requería, cuyo valor fue obligado a pagar Salazar.

"Este servicio prestado por Autos del Huila, Ltda., con aporte de los materiales para su realización, no constituye, a tenor del art. 2053 del C. C., un contrato de obra o servicios, porque siguiendo la sindéresis jurídica que han trazado tratadistas y la ley, encontramos que no hay contrato de arrendamiento de servicios debido a que la sociedad encargada de hacer el trabajo de reparación del vehículo, puso a la vez los materiales; pero tampoco hay contrato de venta, porque nadie osaría decir en justicia y en derecho que un simple arreglo, habilitado de unos repuestos, constituye un contrato de venta. Esto nos lleva obligatoriamente a un contrato innominado, independiente, celebrado entre una persona natural y otra jurídica, en que ésta ha puesto, además de la mano de obra por medio de sus empleados, los repuestos.

"Por tanto, el contrato celebrado entre Salazar y Autos del Huila, no reune, a tenor del art. 2053 del C. C., los requisitos del contrato de venta; ni tampoco, aunque se acerca mucho, las exigencias del art. 23 del C. S. del T., para configurar un contrato de trabajo.

"No queda duda, entonces, que la sentencia del Tribunal de Neiva erró en la interpretación y aplicación del art. 2053 del C. C., al deducir que entre Salazar y Autos del Huila, Limitada, se celebró un contrato de arrendamiento y como consecuencia de esto aplicó indebidamente los arts. 2000 y 2053 de la misma obra, porque no eran los llamados a resolver la litis".

Segundo cargo. Se hace consistir también en el quebranto directo, por aplicación indebida, de los arts. 2000, 2053 y 2417 del C. C.

En desarrollo de este motivo reproduce el recurso los párrafos sustanciales de dos fallos de la Corte en que se fija el alcance del inciso segundo del art. 2417 del C. C., consistente en que esta norma consagra el principio general de que no se puede retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, salvo en los casos excepcionales que las leyes expresamente designen. Diciendo respaldarse en esta doctrina, expresa luego el mismo recurso:

"La sentencia de Neiva, al afirmar que entre las excepciones contenidas en el art. 2417 de! C. C., para efectuar la retención de bienes, estaba la del contrato que celebró el señor Salazar con Autos del Huila, Limitada, lo infringe por extender, cobijado en él, los efectos de un contrato de arrendamiento de cosas (art. 2000, C. C.), a uno de otra índole, especial, innominado, que por esta misma circunstancia está fuera de reglamentación, en materia de retención.

"Quebranta la sentencia, igualmente, los artículos 2000 y 2053, porque jamás puede haber analogía entre un contrato de arrendamiento de cosas, un contrato de venta y un contrato de trabajo, respecto a unas prestaciones mutuas, derechos y obligaciones que ellos engendran, porque en los tres casos son muy diferentes: goce de una cosa y pago de un canon de arrendamiento; entrega de un bien y pago de un precio; prestación de un servicio personal y retribución de un salario. En el caso presente, la prueba la tenemos en la sentencia acusada, donde ante la dificultad de analogía y similitud legal de un contrato con otro, se apela a decir que 'este es un contrato sui generis'.

"Y se quebrantan también, en forma ostensible, las citadas normas civiles, frente al hecho de que la retención es restrictiva, excepcional y no aplicable a casos parecidos, sino a aquellos en forma expresa señalados por la ley.

"A este respecto, valga decir, que cuando el art. 2053 habla de aplicar las reglas generales del contrato de arrendamiento, al de servicios, se está refiriendo con la expresión 'reglas generales' a que el contrato reuna las condiciones de ser bilateral, oneroso, conmutativo, principal y consensual, con lo cual excluye por su propio contenido las normas especiales, que las tiene cada contrato. Y la retención, como lo tienen establecido el artículo 2417 del C. C. y la jurisprudencia de la Corte Suprema, no constituye principio general de aplicación en nuestro derecho.

Las violaciones anotadas a la ley por la sentencia del Tribunal de Neiva, la llevaron a desconocer el derecho del actor a la indemnización de perjuicios por daño emergente y lucro cesante, daños que están suficientemente probados en el juicio, provenientes de la retención ilegal y abusiva de su automóvil desde que quedó listo para su entrega, hasta que fue secuestrado legalmente el día siete de noviembre de 1962, o sea, en un período superior a cuatro años".

Afirma finalmente el recurso que es principio general en nuestro derecho que toda persona que causa un daño, está obligada a resarcirlo, cualquiera que sea la causa de ese perjuicio; que en el caso presente el hecho dañoso consistió en la retención indebida del automóvil por la sociedad demandada y que tal hecho le causó al de-

mandante Salazar los perjuicios cuya indemnización solicita.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- Alcides Salazar llevó a los talleres de mecánica de "Autos del Huila, Limitada" un automóvil para que allí le hicieran varias reparaciones. La confección de éstas requirió el suministro de unas piezas o repuestos, suministro que fue hecho por la sociedad mencionada. Se pregunta: ¿qué clase de contrato sé ajustó entre Salazar y la compañía nombrada? El fallo consideró que esa convención fue un arrendamiento de obra. El recurso sostiene, por el contrario, que se trata de un contrato innominado y que la sentencia violó, por aplicación indebida, los arts. 2000 y 2053 del C. C. al calificarlo de arrendamiento de obra y al darle el tratamiento legal que tiene este contrato.

El art. 1973 del C. C. establece que "el arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado". Según este precepto, una de las partes se obliga a pagar un precio por la prestación que recibe, y de acuerdo con otras normas del mismo C. C. la parte que contrae esta obligación de pagar tal precio se llama arrendatario. De otro lado, el contratante que se obliga a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra, o a prestar un servicio, toma el nombre de arrendador.

Guardando armonía con la anterior definición del contrato de arrendamiento, disponen los cuatro primeros incisos del art. 2053 ibídem.

"Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino con la aprobación del que ordenó la obra.

"Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituído en mora de declarar si la aprueba o no.

"Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

"Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la cbra, poniencio el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta".

Esta disposición llama "artifice" al ejecutor

de la obra material, o sea a la parte contratante que, según el art. 1973, se obliga a realizar una obra y que por tanto toma el nombre de arrendador.

El art. 2053 del C. C. contempla dos hipótesis en que el contrato asume la naturaleza ya de una venta, ya de un arrendamiento. Si quien encarga la confección de la obra, llamado arrendatario, suministra la materia principal, y el arrendador pone lo demás, esto es, la obra de mano y en caso necesario los materiales accesorios, el contrato toma la naturaleza de un arrendamiento. Tal es lo sucedido en el caso de autos: Alcides Salazar llevó su automóvil a reparar a los talleres de mecánica de "Autos del Huila, Limitada"; no cabe duda de que este vehículo era la materia principal suministrada por el arrendatario Salazar: la compañía puso la obra de mano y unos repuestos para efectuar las reparaciones, que fueron la obra contratada. En estas circunstancias, tampoco se revoca a duda que el contrato celebrado entre Salazar y la sociedad, fue un arrendamiento de obra o contrato para la confección de una obra material, y que esta convención está prevista y regulada por los arts. 2053 y siguientes del C. C. No es, en consecuencia, un contrato innominado, como lo sostiene el recurso, sino una convencion prevista, nominada y regulada por la ley, como lo afirma el fallo impugnado y como lo ha estimado ya la jurisprudencia de la Corte, según puede verse en sentencia de ocho de febrero de 1955 (LXXIX-2150. 459). La calificación del contrato en referencia no contradice ni quebranta lo establecido por los arts. 2000 y 2053 del C. C.; por el contrario, constituve una aplicación exacta de estos preceptos. Lo cual lleva a la conclusión de que el primer cargo que se formula contra el fallo carece de fundamento.

II.- En su segundo motivo, el recurrente acusa la sentencia de violar, por aplicación indebida, los arts. 2000, 2053 y 2417 del C. C., a causa de haber reconocido que la sociedad "Autos del Huila, Limitada" tenía derecho de retener el automóvil de Alcides Salazar mientras éste no le pagara el valor de las reparaciones hechas al mismo vehículo y que obró legalmente al ejercitar ese derecho de retención.

Ha quedado establecido que el contrato celebrado entre Salazar y la sociedad demandada, fue un arrendamiento para la confección de una obra material.

El inciso segundo del art. 2417 del C. C. preceptúa que "no se podrá retener una cosa del deu-

dor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan". De acuerdo con este precepto y según el alcance que le ha fijado la jurisprudencia, el derecho de retención no existe como institución general, sino como fenómeno excepcional, o sea en los casos que de manera taxativa y expresa señalan las leyes (LIX-2025, 785).

El art. 2000 ibídem consagra uno de estos casos excepcionales en que se autoriza el ejercicio del derecho de retención por parte del arrendador. Dicha norma prescribe en efecto que "el arrendatario es obligado al pago del precio o renta" y que "podrá el arrendador, para seguridad de este pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes en la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la hava amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren; y se entenderá que le pertenecen, a menos de prueba contraria". Se ha sostenido que esta norma no establece un verdadero derecho de retención. porque es requisito para el ejercicio de este derecho que el retenedor tenga o posea una cosa de su deudor y porque el arrendador no siempre es tenedor de bienes del arrendatario sobre los cuales pueda hacer uso de tal derecho. Sin embargo. casos hay en que, como en el arrendamiento para la confección de una obra material, el arrendador recibe en tenencia la materia o bienes que el arrendatario le suministra para realizar o en que se ha de ejecutar la obra o labor convenida. En tales supuestos, no hay duda de que cabe y es posible ejercitar el derecho de retención que contempla el citado art. 2000.

Sucede además que el inciso último del art. 2053 del C. C. dispone que "el arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen". Una de tales reglas generales del contrato de arrendamiento que, conforme a este precepto, se aplican al de confección de obra, es precisamente la establecida por el transcrito art. 2000 del C. C., o sea el precepto que consagra en beneficio del arrendador el derecho de retención sobre los bienes que pertenecen al arrendatario. Como se ha visto, en el arrendamiento para la confección de una obra

material el arrendador o artífice se obliga a ejecutar una determinada obra o labor y, según el caso, puede llegar a recibir del arrendatario la materia con la cual o sobre la cual ha de realizar la tarea estipulada. En este caso, dicho arrendador o artífice tiene derecho al pago del precio convenido, o en su defecto, del que se juzgare equitativo, a juicio de peritos, según el art. 2054 ibídem, así como también a retener los bienes recibidos del arrendatario, mientras éste no le cubra el precio aludido.

Estas consideraciones llevan a la conclusión de que uno de los casos en que la ley consagra y autoriza ejercer el derecho de retención es el del arrendamiento para la confección de una obra material, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 2000, 2053 y 2417 del C. C. A esta misma conclusión llegó la sentencia acusada, lo cual demuestra que dičho fallo no quebrantó por aplicación indebida, sino que, por el contrario, aplicó debidamente los preceptos citados al caso de esta litis, y que el segundo cargo que se formula contra la misma providencia carece también de fundamento.

RESOLUCION

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 quince de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio ordinario de Alcides Salazar contra la sociedad "Autos del Huila, Limitada".

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

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

Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Cediel Angel, José María Esguerra Samper, Conjuez. Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Emilio Ricaurte T., Secretario.



NULIDAD EN LA VENTA DE BIEMES EMBARGADOS

Medidas preventivas: su alcance en el juicio de separación de bienes. La nulidad por ilicitud en el objeto no toca con el contrato o título de venta del inmueble embargado, sino con la tradición que de él se haga por medio de su inscripción en el registro.

El alcance actual de la modida preventiva. on el juicio de separación de bienes, consiste on vadar la inscripción de las enajenaciones que haga una de los cónyugos o ambos, conforme al espíritu y finalidad de los preceptos que el recurso relaciona en el punto (arts. 1521 dol C. C., 42 de la Ley 57 de 1887, 20. de la Ley 38 de 1945, 30. de la Ley 95 de 1890, 30. do lo Ley 3 de 1922 y 792, 793 y 301 del C. J.), no as ni puede ser atro que el de que se conserva intacto, sin disminución, el haber de la sociadad conyugal en que estriban precisamento los gananciales. Pero no tiende en manera alguna al sojuzgamiento patrimonial de ninguno de los consertes más allá de los límitos indispensables a cautelar la integridad de los intereses sociales.

le que la ley sanciona per ilizitud del objete, ne as el otergamiente del contrato divigido a la enajenación del bien embargado, sino la tradición de éste, vigente la traba, o sea, tratándose de inmuebles, la inscripción del acto en el registro, que es en le que se cifratía su enajenación.

Las razonos para sostener esta tosis son de

e) Primoramento, la simple razón formular, pues el artícula 1521 en su inciso 30. cólo habla de haber objeto ilícito en la "enaionación" de las cosas embargadas por decreto judicial. Más, la enajenación do las cosas per acto entre vives, es decir, su traslado de un patrimonio a etro, no se preduce sino por el modo do la tradición; y, tratándose de inmuchles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (arts. 756, 759 y 2637 inc. 10. C. C.). Así que, en definitiva, le que realiza la envienación de un inmuoblo per acte inter vivos as al ragistro del instrumento que la estipula. Entoncos, en el ecco concreto do la venta de un inmuchle embargado, mientras no se vorifique la inscripción del título —le que no padría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado e el juez lo autorice o el acreador consienta en ello—, por el solo atergamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de duaño, permaneciendo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreador embargante. Valo decir que hasta ese momento no habrá ocurrido "enajenación" alguna que caiga bajo la prehibición literal del precepto que se contempla.

b) Luego, desde el punto de vista taleológica, en que se impone como criterio de entendimiento de la ley el de su finalidad, ya explicita, ya virtual, y que determina, por le tanto, el que la praxis de una norma dada haya de situarse dentro de las exigencias del fin para al que fue dictada, tiénese que, auscultando el pensamiento del ord. 30. del art. 1521 dol C. C., no se encuentra, ni se podria encontrar en la prohibición que él consagra, otro designio que el de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor que mermasen o hiciason desaparecer la prenda, ya especial, ya general, de sus obligaciones, según los casos. Y si resulta bastante al logro de este objetivo, en el ámbito del precepto que se contempla, el impedir, hiriendo de ilicitud, la tradición "de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez la autorica a el acreedor consienta en elle", no se palpa cómo el término "enajenación" empleado en el encabezamiento del artículo pudiera, en su proyección del ord. 3o., referirse a algo más de la tradición en que se realiza el despessimiento costigado por la Ley. Ir más allá, hasta anular el mero título que de por sí no consuma onajonación alguna del bien embargado, se-' gún se dijo inmediatamente antes, equivaldría, sin utilidad ninguna para el acreedor

embargante, a coartar la libertad de contratación en el campo del deudor, con olvido de la regla que predica "summum ius summa iniuria".

- c) Consecuencialmente, desde el ángulo de la conveniencia, la solución que se acoge, con-luce a facilitar al deudor la posibilidad de procurarse un modo de pago de la deuda:para cuyo cobro el bien se encuentra embargado, y que desde luego sería el de que, a través del contrato, su acreedor fuese satisfecho.
- d) Finalmente, la equidad en las relaciones con terceros pondría su peso en favor de la propugnada. Ciertamente, ocurrir que en la expedición de certificados de propiedad y libertad de bienes raíces, los registradores no den cuenta sino de los gravámenes, limitaciones y prohibiciones vigentes, pero no de los que habiendo existido en otro tiempo ya fueron cancelados. Así que en el estudio de títulos sobre propiedad raíz, no se podría en tales condiciones establecer, a la vista de una cadena de títulos y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos con que se acompaña, si un determinado título que figura registrado —y que desde luego se inscribió porque no había traba judicial que en el momento de hacerlo impidiese—, fue otorgado cuando sobre el bien pendía, sí o no, un embargo o prohibición judicial. Entonces, la seguridad de las partes en los negocios sobre fincas, y la consecuencial expansión de los mismos, están por la tesis de que la prohibición del ord. 30. del art. 1521 se refiere a la tradición y no al título, con lo que ningún derecho se sacrifica, ni se desconoce mandamiento alguno de la ley.

Y es en este pensamiento en el que se inspiran las sentencias de la corte en su Sala Civil, de fechas 12 de mayo de 1938 (XLVI, págs. 434 y 435), 24 de marzo de 1943 (LV, pág. 245) y 13 de mayo de 1968, esta última dictada en el juicio de José Vicente Fajardo contra Policarpo Ulloa Caicedo, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

También el calificado tratadista chileno señor Claro Solar, refiriéndose a la venta de bienes embargados, sostiene la tesis, en exposición que concluye así: "Por consiguiente, la prohibición de enajenar no importa prohibición de vender, porque quien vende no enajena, sino que se obliga a enajenar. Tendríamos así que el contrato de compraventa de cosas embargadas por decreto judicial podría cele-

brarse; pero la tradición de las cosas embargadas no podría realizarse válidamente por el objeto ilícito que existe en su enajenación" (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XI, De las Obligaciones II, pág. 272).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación
 Civil. — Bogotá, siete de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: mayo 2/69.- Acta No. 29).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 27 de octubre de 1965, en el juicio seguido por Pablo Neira Piraquive frente a Alfredo Forero Bernal.

I . EL LITIGIO

Pablo Neira Piraquive entabló contra Alfredo Forero Bernal dos demandas en vía ordinaria, así:

a) Una, ante el Juez 10o. Civil del Circuito de Bogotá, por la cual el actor, obrando con el carácter de cónyuge supérstite de Romelia Liévano de Neira y para la sucesión de ésta, impetra que se declare absolutamente nula, por objeto ilícito, la venta que, mediante la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, de la Notaría 7a. de Bogotá, hizo Romelia Liévano de Neira a Alfredo Forero Bernal, de "la totalidad de los gananciales en toda clase de bienes o derechos universales que le corresponden en la sociedad convugal formada por su matrimonio con el señor Pablo Neira P., sociedad convugal que se halla disuelta por virtud de la sentencia de separación de bienes...", con exclusión de "los derechos que corresponden a la vendedora en el lote urbano ubicado en la población de Guachetá, en la carrera segunda con calle quinta...".

Este libelo señala los inmuebles en que, según concepto del actor, se encuentran radicados los derechos vendidos por la nombrada Liévano de Neira.

Se hacen luego otras súplicas, consecuenciales de la primera, tendientes a que se declare que los bienes de que trata el sobredicho contrato y sus frutos pertenecen en su totalidad a la sucesión intestada de Romelia Liévano de Neira; se condene al demandado a la restitución de esos bienes y al pago de los frutos que hayan producido o podido producir desde que éste entró en la posesión de aquellos o, en subsidio, desde la contestación de la demanda; y se ordene la cancelación del referido título y de sus incripciones en el registro.

Como hecho fundamental, se alega que el contrato entre Romelia Liévano de Neira y el demandado Alfredo Forero Bernal, contenido en la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, de la Notaría 7a, de Bogotá, "se celebró y perfeccionó cuando aún estaban vigentes las órdenes sobre embargos judiciales que colocaban a esos bienes fuera del comercio", las cuales órdenes habían sido dictadas, una en las medidas preventivas en el juicio de separación de bienes seguido por la referida señora contra su cónvuge Pablo Neira Piraquive, prohibitiva de toda enajenación o gravamen de los bienes sociales, y otra en el juicio ejecutivo adelantado contra éste por Ignacio Gómez del Río ante el Juez Promiscuo del Municipio de Fontibón, consistente en el embargo de los inmuebles denominados "Betania Alta", "Betania Baja" y "La Merced", que forman un solo globo denominado "Paunita", en la vereda de la Isla, de la jurisdicción de Guachetá.

b) Y otra demanda, ante el Juez Civil del Circuito de Ubaté, por la cual el actor, obrando en su propio nombre y para sí, pide que se declare absolutamente nula, por objeto ilícito, la venta que por medio de la escritura número 3245 de 4 de octubre de 1960, de la Notaría 10a. de Bogotá, hizo el propio actor al demandado Forero Bernal, del derecho que en común y pro indiviso tenía el vendedor sobre el mismo globo de terreno denominado "Paunita", de que se acaba de hablar.

Se proponen, además, otras peticiones como secuencia de la primera, tendientes a que se declare que los bienes a que se refiere este contrato y sus frutos pertenecen al actor; se condene al demandado a restituirle esos bienes junto con los frutos producidos o que hubieran podido producir desde la fecha del contrato, o en su defecto, desde la contestación de la demanda; y se ordene la cancelación del referido título y sus inscripciones en el registro.

Subsidiariamente se solicita la rescisión, por causa de lesión enorme, del mismo contrato.

Como hechos básicos de sus pretensiones, el

actor alega que al tiempo de la celebración del contrato entre Neira Piraquive y Forero Bernal, sobre que versa la escritura 3245 de 4 de octubre de 1960, estaba vigente la orden e inscripción del embargo decretado por el Juez Municipal de Fontibón, en el juicio ejecutivo seguido por Ignacio Gómez del Río contra Pablo Neira Piraquive; y que los bienes vendidos por éste a Forero Bernal tenían, en la época del contrato, un precio superior en más del doble al allí pactado.

Habiéndose suscitado más tarde el incidente de acumulación de los procesos, ordenóse ella por el Juez 10o. Civil del Circuito de Bogotá, ante el cual siguieron tramitándose bajo una sola cuerda y quien dictó fallo en que se "resuelve: negar todas las peticiones de la parte actora y condenarla en costas", fallo que, recurrido por parte del actor, recibió la decisión del Tribunal de Bogotá, de 27 de octubre de 1965, por la cual "confírmase en todas sus partes la sentencia apelada", con imposición de costas al litigante vencido.

E interpuesto por éste, el recurso de casación contra el pronunciamiento del Tribunal, pasa la Corte a llenar su cometido como sigue.

H

MOTIVOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Encuentra éste probados los siguientes hechos:

Que con fecha 27 de junio de 1952 se registró en el Libro de Demandas Civiles de la Oficina de Registro de Ubaté, un oficio de fecha 24 del mismo mes, procedente del Juzgado 40. Civil del Circuito de Bogotá, comunicativo de la prohibición de registrar "actos tendientes a disponer, gravar o limitar bienes raíces", recaída en el juicio de separación de bienes allí seguido por Romelia Liévano de Neira contra Pablo Neira;

que por oficio del mismo Juzgado, de 15 de noviembre de 1958, "se ordenó la cancelación de dicha demanda" (sic);

que igualmente, con fecha 25 de marzo de 1954, se registró en el libro de autos de embargo de la misma Oficina de Registro del Circuito de Ubaté, un despacho procedente del Juzgado Promiscuo Municipal de Fontibón, en el juicio ejecutivo seguido por Ignacio Gómez del Río contra Pablo Neira Piraquive, relativo al embargo de los predios denominados "Betania Alta", "Betanía" (sic) y "La Merced" conocidos con el nombre de "Paunita", en la vereda de La Isla, municipio de Guachetá;

que, según el certificado del Registrador, cuyo texto reproduce el fallo, "la inscripción de este embargo aparece vigente, desde esa fecha hasta hoy, sin que haya sido cancelada, ni ordenada cancelar por juez alguno" (obsérvase que el certificado a que el sentenciador se refiere es de fecha 5 de octubre de 1961 y forma el fl. 2 del cdno. ppal. 3);

que por medio de la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, de la Notaría 7a, de Bogotá, Romelia Liévano de Neira transfirió "a título de venta a favor del señor Alfredo Forero Bernal la totalidad de los gananciales en toda clase de bienes, o derechos universales que le corresponden en la sociedad convugal formada por su matrimonio con el señor Pablo Neira Pa sociedad conyugal que se halla disuelta por virtud de la sentencia de separación de bienes a que se ha hecho referencia, y en estado de li² quidación, y cualquier derecho que le corresponda como cónyuge del señor Pablo Neira y como parte que ha sido en el expresado juicio de separación de bienes, inclusive las costas a que tiene derecho la compareciente y los gastos hechos por ella en el mismo juicio, de manera que el comprador señor Alfredo Forero Bernal queda subrogado en la totalidad de los derechos de la vendedora en el expresado juicio";

que esta escritura pública fue registrada con fechas 21 y 26 de junio de 1957, respectivamente, en las oficinas de Ubaté y Bogotá;

que por medio de la escritura número 3245 de 4 de octubre de 1960, de la Notaría, 10a. de Bogotá, Pablo Neira Piraquive transfirió en venta a Alfredo Forero "un derecho en común y proindiviso equivalente a trece mil doscientos cincuenta pesos (\$13.250.00) sobre un avalúo de cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000.00) que al vendedor le corresponde en un lote de terreno denominado 'Betania Alta', 'Betania Baja' y 'La Merced'", y que "este derecho -declararon los contratantes— fue adquirido por el vendedor por adjudicación que de él se le hizo en partición en el juicio de separación de bienes que contra él sigue la señora Romelia Liévano de Neira, partición que fue registrada con su sentencia aprobatoria"; y

que, en el referido juicio ejecutivo contra Pablo Neira Piraquive, inicialmente seguido ante el Juez Promiscuo Municipal de Fontibón por Ignacio Gómez del Río, "con posterioridad fue presentado un memorial por éste en su afirmada condición de apoderado del señor Alfredo Forero Bernal, dándole cuenta al Juzgado de que el ejecutado había pagado el capital, los intereses y costas del juicio y de la tercería, y solicitando, en consecuencia, el desembargo de los bienes. En auto de 5 de abril de 1961 fue considerada la solicitud como formulada por 'parte legítima" y, por lo mismo, se decretó la terminación del juicio y el desembargo de los bienes. El Juzgado certifica que éstos estuvieron sujetos a la traba ejecutiva hasta el 5 de abril de 1961, 'fecha en la cual se dispuso su cancelación'".

Frente a los dichos actos de enajenación respectivamente otorgados por Romelia Liévano de Neira y Pablo Neira Piraquive, ambos a favor de Alfredo Forero Bernal, acaecidos en las circunstancias por el sentenciador observadas, razona éste en pro de la validez de uno y otro así:

A) En lo tocante con la transferencia, a título de venta, que, mediante la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, hizo Romelia a Forero Bernal, de la totalidad de los gananciales que a la primera hubieran de caberle en la disuelta sociedad convugal que tuvo con Neira Piraquive, estima que, no obstante estar entonces vigente la prohibición emanada del juicio de separación de bienes, "de ello no se deduce la nulidad afirmada, porque la cónyuge vendedora no transfirió ningún bien de la sociedad conyugal a un tercero con el objeto de sustraerlo de la respectiva liquidación, pues el contrato versó sobre los eventuales gananciales que le correspondieran a la esposa en la liquidación de la sociedad conyugal formada con el demandante. Se trató, en el fondo, de la transferencia de los derechos litigiosos de la señora de Neira, realizada para poner al demandado procesalmente en su lugar, en condiciones de permitirle que en la partición se le formara hijuela, en su calidad de cesionario...".

Y en este orden de ideas, luego de recordar la norma del art. 3o. de la Ley 95 de 1890 y su proyección en el ámbito de la Ley 28 de 1932, conceptúa que tal preceptiva "está indicando, sin lugar a dudas, que no existe inconveniente para considerar como válida la transferencia que uno de los esposos haga a un tercero de los gananciales y costas que le lleguen a corresponder. Con dicha enajenación ningún perjuicio se causa al cónyuge favorecido con la cautela, por resultarle igual que en la partición se le forme hijuela al otro o a su cesionario".

De todo lo cual concluye ser evidents que, ante la prohibición judicial de registrar "actos tendientes a disponer, gravar o limitar bienes raíces", emanada del aludido juicio de separación de bienes, el registrador "sí podía, no obstante tal comunicación, registrar la escritura por medio de la cual la persona en cuyo favor se decretó la medida, transfirió al demandado sus derechos litigiosos extraños en todo a la traba dicha".

Y que el embargo registrado el 25 de mayo de 1954 y aún no cancelado, recaído en el juicio ejecutivo seguido por Ignacio Gómez del Río contra Pablo Neira Piraquive, "mucho menos podía impedirle a la señora de Neira transferir sus tantas veces citados derechos en la sociedad conyugal, por la muy sencilla razón de no referirse a ellos". Vale decir que "no hubo el afirmado objeto ilícito" en la enajenación de que da cuenta la escritura número 1846.

B) Y en lo relativo a la transferencia que, también a título de venta, hizo Neira Piraquive a Forero Bernal, según la escritura número 3245 de 4 de octubre de 1960, de "un derecho en común y pro indiviso equivalente a trece mil doscientos cincuenta pesos (\$13.250,00) sobre un avalúo de cuarenta y cinco mil pesos (\$45.000.00) que al vendedor le corresponde en un lote de terreno denominado 'Betania Alta', 'Betania Baja' y 'La Merced'", derecho éste que, según lo declarado en tal contrato, adquirió el vendedor "por adjudicación que de él se le hizo en partición en el juicio de separación de bienes que contra él siguió la señora Romelia Liévano de Neira", el Tribunal considera:

Que, según aparece en el juicio de separación de bienes Neira-Lievano, protocolizado por medio de la escritura número 245 de 10 de febrero de 1959, el juez del conocimiento mediante auto que se notificó por estado del 5 de septiembre de 1958, ordenó, "como secuela de la sentencia aprobatoria de la partición, la cancelación de la medida de seguridad decretada en favor de la señora Liévano de Neira para evitar que su esposo dispusiera de los bienes sociales. De modo que cuando fue celebrada la compraventa, dicha medida ya habia terminado y cumplido sus efectos. Conclúyese de lo dicho que, para la validez de este segundo contrato, relativo a bienes propics dei demandante, no fue obstáculo de ninguna naturaleza la prohibición hecha en el juicio de separación de bienes".

Y en lo que mira a la suerte de este contrato, en razón del embargo dispuesto en el juicio ejecutivo de Gómez del Río contra Neira Piraquive, cuyo registro estaba aún vigente el 31 de octubre de 1960, en que se inscribió la escritura contentiva del mismo contrato, el sentenciador estima lo siguiente:

Que Gómez del Río, iniciador de esa ejecución, pidió posteriormente, como apoderado ya de Forero Bernal, el desembargo de los bienes, por haber satisfecho el ejecutado el capital, los intereses y las costas del juicio y de la tercería;

que el Registrador certifica (fis. 21 a 23 c. 2) que "la escritura No. 3245 ya citada se registró, porque no habiendo tercerías ni juicios acumulados y de conformidad con el art. 1521 en su ord. 3c., consintió el Sr. Alfredo Forero Bernal en que se registrara la escritura de venta hecha por el señor Neira P. a su favor";

que en tal instrumento el comprador declaró, con el consentimiento del vendedor, descontar del precio acordado unas sumas de dinero, "a fin de cancelar en su totalidad los créditos en contra del deudor (Neira P.), por los cuales se encuentra demandado, por los doctores Ignacio Gómez del Río y Roberto Lara, quienes embargaron los derechos que son materia de esta venta"; y que, si bien en este pleito no se demostró que se hubiera otorgado autorización judicial para la venta de Neira Piraquive a Forero Bernal, "en cambio es un hecho probado plenamente que el señor Forero Bernal se subrogó en los derechos de los acreedores; que en su calidad de subrogatorio obtuvo la terminación del juicio con el consiguiente levantamiento de los embargos, en la forma anteriormente observada, y que, con anterioridad, prestó su consentimiento para que la escritura fuera registrada. Se tiene, pues, que tampoco existe nulidad por el segundo de los motivos alegados".

III EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Seis cargos propone la demanda de casación, todos en el ámbito de la causal primera, destinados los dos primeros a atacar el fallo del Tribunal en su conclusión relativa a la venta hecha por Romelia Liévano de Neira a Alfredo Forero Bernal, mediante la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, y los cuatro últimos a impugnar el proveído en su conclusión pertinente a la venta hecha por Pablo Neira Piraquive al mismo Forero Bernal, según la escritura número 3245 de 4 de octubre de 1960.

En razón de la separación de materias, se expondrán primeramente los dos primeros cargos, a que seguirá de inmediato su despacho; y luego se tratará de los cuatro últimos.

Primer cargo.- Planteado por violación directa del art. 1521 del C. C. en sus ords. 10., 30. y 40., que se dicen desestimados, y de los arts. 42 de la Ley 57 de 1887 y 20. de la Ley 38 de 1945, acerca de los cuales se hace argumento de errónea interpretación, la censura consiste en lo siguiente:

Que, por el registro de la demanda instaurada por Romelia Liévano contra su esposo Pablo Neira Piraquive se pusieron fuera del comercio los bienes con que toca la venta hecha por la misma señora a Forero Bernal; y que, por lo tanto, ese acto de enajenación quedó afectado de nulidad por objeto ilícito.

Sin embargo, la sentencia considera que, por haber dictado el juez que conocía del juicio de separación de bienes un auto fechado el 10. de septiembre de 1958, ordenativo de la cancelación de la prohibición referida, se hicieron legalmente posibles el otorgamiento y el registro de la venta de Romelia Liévano de Neira a Forero Bernal, efectuados en su orden el 11 de mayo y el 26 de junio de 1957, cuando todavía estaba vigente aquella prohibición. Pero, ello, arguye el recurrente, no es así, en cuanto la simple orden judicial de levantamiento de esa prohibición no hizo desaparecer ésta, pues "se requiere que aparezca realmente hecha la cancelación de la inscripción en la Oficina de Registro", como entiende que resulta del artículo 42 de la Ley 57 de 1887, modificado por el 20. de la Ley 38 de 1945, para el efecto del art. 1521 del C. C. "Es decir, que si no se ha realizado el acto de cancelación, así esté dispuesto por el Juez, no pueden entenderse cancelados los efectos de las prohibiciones contenidas en el acto de inscripción. Por esto, el Tribunal violó también, en forma directa, estos artículos de la lev sustancial, al estimar que decretada la cancelación de las medidas cautelares, sin que se hubiese consumado esa (cancelación, bastaba el auto para eliminar sus efectos. Pero hay más, tanto el auto de cancelación como la cancelación misma se produjeron con fecha posterior al contrato y a su registro. El Registrador no podía hacer la inscripción del título aludido".

Segundo cargo.- Formulado por infracción directa de los arts. 30. de la Lev 95 de 1890, 201 del C. C., 3o. de la Ley 8a. de 1922, 792, 793 y 801 del C. J., el quebranto se hace consistir en que el Tribunal entendió equivocadamente tales textos "al considerar que las medidas cautelares allí previstas se refieren única v exclusivamente a consagrar prohibiciones respecto del marido, como miembro de la sociedad conyugal, y no a ambos cónyuges", interpretación según la cual, si el demandante fuese el marido, éste sí podría enajenar válidamente bienes o derechos sociales. "Considero -dice el acusante— que la prohibición abarca a todos los bienes, lo mismo que a ambos cónyuges, porque ambos tienen el derecho de recibir la eficaz protección del Estado en cuanto a sus intereses económicos. Más claro: la prohibición registrada se refiere más que todo a los bienes trabados en el litigio (art. 42 Ley 57 de 1887 y 20. Ley 38 de 1945), bien se trate de toda la totalidad, de porciones o derechos eventuales sobre ellos en el acto o contrato de enajenación, que referirse a las personas de los litigantes".

La Corte considera:

El supuesto básico de los dos cargos anteriores consiste en que, cuando todavía estaba vigente la prohibición de registrar enajenaciones de bienes sociales decretada en el juicio de separación de bienes surtido entre los esposos Pablo Neira Piraquive y Romelia Liévano, esta última enajenó bienes de la dicha sociedad conyugal disuelta, en favor del ahora demandado Forero Bernal, mediante la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957. De lo cual deduce el recurrente que tal contrato tuvo objeto ilícito; y que, entonces, el Tribunal, al no declararlo así, violó, en el sentido que la acusación indica, los arts. 1521 del C. C., 42 de la Ley 57 de 1887 y 2o. de la Ley 38 de 1945 (pretensión del primer cargo), y los arts. 201 del C. C, 3o. de la Ley 95 de 1890, 3o. de la Ley 8a. de 1922 y 792, 793 y 801 del C. J. (pretensión del segundo cargo).

Mas el aludido supuesto de que parte el acusante no es cierto, como tampoco lo son sus puntos de vista acerca del alcance que en el caso del litigio tuviera la prohibición judicial de registrar enajenaciones de bienes, fulminada contra el marido.

Primeramente, basta mirar al contenido de la escritura número 1846 de 11 de mayo de 1957, para ver que por ella Romelia Liévano de Neira no enajenó ningún bien de la extinguida sociedad convugal Neira-Liévano, sino que se limitó a estipular la cesión in genere en pro de Forero Bernal, de los gananciales que a la cedente le correspondían en la dicha sociedad en liquidación. Vale decir que por tal acto. la cónvuge de Neira no sustrajo del relicto patrimonio de la sociedad disuelta cosa alguna, así que, después del negocio, ese patrimonio, constituído a mérito de la sentencia ejecutoriada de separación de bienes, en una comunidad universal: universitas juris, quedó tan íntegro como lo estaba antes del mismo acto cuya virtud en definitiva no iría más allá de convertir el cesionario en sustituto de la mujer de Neira en su derecho meramente patrimonial, de participación en los gananciales resultantes de la sociedad convugal disuelta.

Por modo que si la prohibición de registrar enajenaciones de bienes sociales dictada en el juicio de separación, lo hubiera sido también contra la mujer de Neira, semejante circunstancia en manera alguna hubiera impedido, ni hecho por lo tanto ilícita, la cesión otorgada por ella a favor de Forero Bernal al tenor de la contemplada escritura número 1846, desde luego que esa cesión -como está visto- nada sustraía del haber de la sociedad disuelta, o mejor ningún detrimento irrogaba a los intereses del cónyuge Neira Piraquive. Es que el alcance actual de la medida preventiva, en el juicio de separación de bienes, consistente en vedar la inscripción de las enajenaciones que haga uno de los cónvuges o ambos, conforme al espíritu y finalidad de los preceptos que el recurso relaciona en el punto, no es ni puede ser otro que el de que se conserve intacto, sin disminución, el haber de la sociedad conyugal en que estriban precisamente los gananciales. Pero no tiende en manera alguna al sojuzgamiento patrimonial de ninguno de los consortes más allá de los límites indispensables a cautelar la integridad de los intereses sociales.

En segundo lugar —y esta consideración apenas se ofrecería como secundaria en el caso—, no es exacto que el Tribunal hubiera estimado que las medidas preventivas originalmente establecidas por la ley civil en favor de la mujer casada para los casos de separación, no rijan hoy también en beneficio del marido. Bien al contrario, el sentenciador se detuvo a sostener que, "como a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 cada uno de los cónyuges tiene la li-

bre administración y disposición de los bienes. la adopción de tales medidas puede hacerse a petición de cualquiera de los cónvuges con el idéntico propósito de evitar que el otro pueda periudicarlo, sustravendo, mientras se ventila el correspondiente juicio, los que por pertenecer a la sociedad convugal deban ser objeto de reparto y adjudicación en la partición determinada por el éxito de la acción de separación". Solo que en el caso sub lite, el sentenciador encontró que la medida cautelar decretada en el referido juicio de separación de bienes tuvo por obieto el que el Registrador se abstuviera de inscribir cualquier acto o contrato por el cual el demandado Pablo Neira pretendiese enajenar o gravar bienes raíces. Es decir, que el vedamiento no se refirió a los actos que otorgase la esposa de Neira, y que como determinación prohibitiva tenía que contenerse dentro de sus propios términos, sin ser éstos susceptibles de interpretación extensiva, ni de aplicación analógica. Y fue ciertamente de ello, de donde el juzgador dedujo que la cónyuge en cuyo favor se decretó aquella medida sí podía transferir al demandado de ahora su derecho en los gananciales, extraño en un todo a la traba dicha.

Vale decir que la sentencia no vulneró las normas legales que el recurso señala como infringidas en los dos cargos que se dejan examinados, los que por lo tanto se rechazan.

Cargos tercero y cuarto. Por haber entre ellos conexión de materia, se hará su despacho de consumo.

Por el tercero se acusa a la sentencia de ser "violatoria de ley civil sustancial, por infracción directa, al darle al art. 1521 ord. 3o., un alcance o interpretación erróneos, al decir como se dice (sin prueba, claro está), que el demandado Alfredo Forero Bernal dio su consentimiento para que la escritura que contiene el contrato de compraventa que celebró él con don Pablo Neira Piraquive, es decir, la número tres mil doscientos cuarenta v cinco (3.245) de cuatro (4) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), de la Notaría Décima de Bogotá, en su condición de acreedor subrogado, dizque por haber pagado (de ello no hay prueba) las deudas de don Pablo Neira Piraquive, por las cuales se le seguía el juicio dentro de cuya actuación se decretó el embargo de bienes, y que fueron enaienados o vendidos al señor Alfredo Forero Bernal, 'consentimiento' que se afirma fue dado por Forero. Bernal para registrar la predicha escritura.

"Nada más absurdo -continúa el censory violatorio de la ley sustancial civil: primero, porque la lev (art. 1521, ord. 30, del C. C.) no consagra como ente jurídico para eliminar el vicio del 'objeto ilícito', el que se dé 'consentimiento' por el 'Acreedor' para 'registrar la escritura que recoge el contrato de enajenación' de bienes embargados judicialmente. Allí se establece es (sic) que se elimina ese vicio del 'Objeto ilícito', mediante la autorización del iuez para celebrar el contrato, no para registrar el título que lo recoge; o, en segundo término, que el Acreedor otorgue su 'Consentimiento' en igual forma, no para registrar la escritura o título que recoge el contrato enfermo o viciado, sino para la Celebración del contrato mismo. Más caracterizada no puede presentarse la violación directa de la lev civil sustancial en este caso".

Cuarto cargo. Por éste se le hace primeramente al fallador la misma acusación que en el anterior, por infracción directa del ord. 3o. del art. 1521 del C. C., a causa de "interpretación errónea o equivocada", al estimar que por el consentimiento dado por Forero Bernal para registrar el título en que se contiene el contrato viciado de nulidad en razón de objeto ilícito, ese vicio quedó borrado, conclusión contra la cual el recurrente reitera el argumento de que "la ley no habla del registro consentido, sino del consentimiento para realizar el pacto o contrato", y de que "no existe prueba de ninguna índole que ponga de manifiesto este pretendido y supuesto consentimiento, porque las premisas sentadas en la sentencia acusada son falsas, como se verá en el punto inmediatamente siguiente".

En segundo término se le imputa al sentenciador violación del artículo 43 de la Ley 57 de 1887, texto que según el recurso "consagra la prohibición de que no se registrarán actos de enajenación respecto de bienes embargados, mientras subsista el registro del embargo, es decir, mientras no se verifique la cancelación de esa inscripción por desistimiento o sentencia, legalmente comunicados y cumplidos. El fallador Tribunal, en la sentencia acusada, confunde o interpreta erróneamente la lev v la prueba, al creer que el auto del juez que decreta un desembargo es equiparable, para efectos de la celebración de contratos y registro de títulos alusivos a los mismos, respecto de bienes embargados, al acto o diligencia de cancelación de las respectivas inscripciones. Por manora, pues, que la causal generadora del "objeto ilícito" perduró, existía y aún existe hoy, desde antes del contrato cuya nulidad se demanda hasta la fecha en que aún no se ha cancelado...".

La Corte considera:

Estos dos capítulos de acusación coinciden en propugnar una interpretación del art. 1521 del C. C. en su ord. 30., contraria a la profesada por el Tribunal.

Para el impugnador, cuando ese texto erige en objeto ilícito "la enajenación:... de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello", la prohibición de enajenar comprende no solo la tradición de lo embargado, sino el contrato que a ésta le sirve de título. Por modo que, tratándose de la enajenación de un inmueble, si el título en que se funda se otorgó cuando sobre el bien pesaba un embargo, el acto sería absolutamente nulo por ilicitud del objeto, aunque en el momento de registrarse el instrumento ya hubiera sido cancelada la inscripción del embargo.

En cambio, para el Tribunal lo que la ley sanciona por ilicitud del objeto, no es el otorgamiento del contrato dirigido a la enajenación del bien embargado, sino la tradición de éste, vigente la traba, o sea, tratándose de inmuebles, la inscripción del acto en el registro, que es en lo que se cifraría su enajenación.

La Corte encuentra que la tesis legítima en el punto es la acogida por el Tribunal. Las razones, para sostenerlo así, son de carácter vario:

a) Primeramente, la simple razón formular. pues el artículo 1521 en su inciso 30. sólo habla de haber objeto ilícito en la "enajenación" de las cosas embargadas por decreto judicial. Mas, la enajenación de las cosas por acto entre vivos, es decir su traslado de un patrimonio a otro, no se produce sino por el modo de la tradición; y, tratándose de inmuebles, ésta no se consuma sino mediante la inscripción del título correspondiente en el registro de instrumentos públicos (arts. 756, 759 y 2637 inc. 10. C. C.)... Así que, en definitiva, lo que realiza la enaienación de un inmueble por acto inter vivos es el registro del instrumento que la estipula. Entonces, en el caso concreto de la venta de un inmueble embargado, mientras no se verifique la inscripción del título —lo que no podría hacerse sino cuando el embargo se haya cancelado o el juez lo autorice o el acreedor consienta en

ello—, por el solo otorgamiento de la escritura de venta, el bien no habrá cambiado de dueño, permaneciendo en cabeza del ejecutado, sin detrimento de ninguno de los derechos del acreedor embargante. Vale decir que hasta ese momento no habrá ocurrido "enajenación" alguna que caiga bajo la prohibición literal del precepto que se contempla.

- b) Luego, desde el punto de vista teleológico, en que se impone como criterio de entendimiento de la ley el de su finalidad, ya explícita, ya virtual, y que determina, por lo tanto, el que la praxis de una norma dada haya de situarse dentro de las exigencias del fin para el que fue dictada, tiénese que, auscultando el pensamiento del ord. 3o. del art. 1521 del C. C., no se encuentra, ni se podría encontrar en laprohibición que él consagra, otro designio que el de asegurar la eficacia de las acciones del acreedor contra los actos del deudor que mermasen o hiciesen desaparecer la prenda, ya especial, va general, de sus obligaciones, según los casos. Y si resulta bastante al logro de este objetivo, en el ámbito del precepto que se contempla, el impedir, hiriendo de ilicitud, la tradición "de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello", no se palpa cómo el término "enajenación" empleado en el encabezamiento del artículo, pudiera, en su proyección del ord. 3o., referirse a algo más de la tradición en que se realiza el desposeimiento castigado por la ley. Ir más allá, hasta anular el mero título que de por sí no consuma enajenación alguna del bien embargado, según se dijo inmediatamente antes, equivaldría, sin utilidad ninguna para el acreedor embargante, a coartar la libertad de contratación en el campo del deudor, con olvido de la regla que predica "summum ius summa iniuria".
- c) Consecuencialmente, desde el ángulo de la conveniencia, la solución que se acoge conduce a facilitar al deudor la posibilidad de procurarse un modo de pago de la deuda para cuyo cobro el bien se encuentra embargado, y que desde luego sería el de que, a través del contrato, su acreedor fuese satisfecho.
- d) Finalmente, la equidad en las relaciones con terceros pondría su peso en favor de la solución propugnada. Ciertamente, suele ocurrir que en la expedición de certificados de propiedad y libertad de bienes raíces, los registradores no den cuenta sino de los gravámenes, limitaciones y prohibiciones vigentes, pero no de los

que habiendo existido en otro tiempo ya fueron cancelados. Así que en el estudio de títulos sobre propiedad raíz, no se podría en tales condiciones establecer, a la vista de una cadena de títulos y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos con que se acompaña, si un determinado título que figura registrado -y que desde luego se inscribió porque no había traba judicial que en el momento de hacerlo lo impidiese—, fue otorgado cuando sobre el bien pendía, sí o no, un embargo o prohibición judicial. Entonces, la seguridad de las partes en los negocios sobre fincas, y la consecuencial expansión de los mismos, están por la tesis de que la prohibición del ord. 3o. del art. 1521 se refiere a la tradición y no al título, con lo que ningún derecho se sacrifica, ni se desconoce mandamiento alguno de la ley.

Y es en este pensamiento en el que se inspiran las sentencias de la Corte en su Sala de Casación Civil, de fechas 12 de mayo de 1938 (XLVI, págs. 434 y 435), 24 de marzo de 1943 (LV. pág. 245) y 13 de mayo de 1968, esta última dictada en el juicio de José Vicente Fajardo contra Policarpo Ulloa Caicedo, aún no publicada en la Gaceta Judicial.

También el calificado tratadista chileno señor Claro Solar, refiriéndose a la venta de bienes embargados, sostiene la tesis, en exposición que concluye así: "Por consiguiente, la prohibición de enajenar no importa prohibición de vender, porque quien vende no enajena, sino que se obliga a enajenar. Tendríamos así que el contrato de compraventa de cosas embargadas por decreto judicial podría celebrarse; pero la tradición de las cosas embargadas no podría realizarse válidamente por el objeto ilícito que existe en su enajenación" (Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, tomo XI, De las Obligaciones II, pág. 272).

Tampoco es aceptable la parte del cuarto cargo, en donde se pretende que el Tribunal violó el art. 43 de la Ley 57 de 1887, al darle al auto que decreta la cancelación del embargo, el valor de cancelación de éste en el registro, por cuanto, según el recurrente, si a pesar del decreto de levantamiento de la traba, subsiste su inscripción en el registro, esto implica que el embargo continúa produciendo la plenitud de su efecto prohibitivo y, por consiguiente, el de constituir en objeto ilícito la venta de lo embargado.

Porque, fuera de ser desacertado en sí el argumento de que el impugnante intenta servir-

se en el particular, no es cierto que el Tribunal se hubiera valido de equiparar el auto ordenativo de la cancelación del embargo con la diligencia material de su anotación en el registro. para denegar la nulidad de la enajenación a que se refiere la escritura número 3245 de 4 de octubre de 1960, de la Notaría 10a. de Bogotá. pues lo que advirtió fue que cuando se registró esta escritura todavía no se había ordenado por el juez la cancelación de tal embargo. Al respecto dice así el pertinente considerando del fallo: "El Juzgado certifica que éstos (los bienes) estuvieron sujetos a la traba ejecutiva hasta el 5 de abril de 1961, 'fecha en la cual se dispuso su cancelación'. Dedúcese de lo anterior que para el 31 de octubre de 1960, fecha en que se registró la escritura, como aparece en la nota reproducida al final de la copia auténtica de la misma (fl. 20 del C. No. 2), estaba vigente tal embargo". Y más adelante expresa que "en este pleito no se demostró la autorización judicial" que el demandado Forero Bernal, en absolución de posiciones, alegó haber obtenido para el registro de tal escritura. De modo que todo el apoyo de la sentencia en este punto aparece consistir en que, según lo afirma el sentenciador, "es un hecho probado plenamente que el señor Forero Bernal se subrogó en los derechos de los acreedores; que en su calidad de subrogatario obtuvo la terminación del juicio con el consiguiente levantamiento de los embargos, en la forma anteriormente observada, v que con anterioridad prestó su consentimiento para que la escritura fuera registrada".

Bastan las consideraciones expuestas, a efecto de concluir que el sentenciador no incurrió en los quebrantos que se le atribuyen de la ley sustancial, y, en tal virtud, se rechazan también los cargos tercero y cuarto.

Quinto cargo. Su presentación textual es la siguiente:

"La sentencia acusada es también violatoria, en forma directa, de la ley civil sustantiva, por errónea interpretación y no aplicación de los arts. 1666, 1667, 1668, 2142, 2147 y 2158 del C. C., puesto que según consta en la escritura que recoge el contrato de compraventa celebrado entre don Alfredo Forero Bernal y don Pablo Neira Piraquive, el primero como comprador y el segundo como vendedor, título distinguido con el No. 3.245, de 4 de octubre de 1960, aparece que el vendedor Neira Piraquive dejó, como parte del valor del precio de la compraventa, dineros suyos, de su propiedad, en poder del comprador Forero Bernal, una cantidad de di-

nero efectivo para que como recomendado suyo, o mandatario si se quiere, pagase a sus acreedores, a su nombre el valor de las acreencias que constan en los títulos base de las acciones ejecutivas iniciadas en su contra v dentro de las cuales fue decretado el embargo de sus bienes. La violación consiste en la errónea interpretación y en su aplicación indebida, al tomar o considerar a don Alfredo Forero Bernal como subrogatario, o acreedor de Pablo Neira Piraquive, ya que según tales mandatos legales, Forero Bernal, sí pagó, de lo cual no hay prueba, en obedecimiento a la recomendación de don Pablo Neira Piraquive, no podía considerársele, jurídica ni legalmente, como subrogatario de derechos, porque no pagó, ni lo hizo a nombre propio, por su cuenta, con dineros propios. Si cupiera el concepto, podría tomársele a don Alfredo Forero Bernal, más bien, pero ello no cabe jurídicamente, como deudor subrogado, ya que él se había hecho cargo de deudas y no capacitaría tal hecho, para reemplazar los acreedores de don Pablo Neira Piraquive (fl. 15, cdno. 6o.)".

La corte considera:

Esta acusación, en razón de los defectos de técnica que ostenta, se presenta desde luego como inadmisible:

Comienza proponiendo la violación de una serie de disposiciones atinentes a la subrogación de créditos y al mandato, "por errónea interpretación y no aplicación" de las mismas, lo cual es por un lado contradictorio y por el otro confuso. Lo primero, porque la censura por errónea interpretación, en sentido específico, de un precepto, supone la aplicación del mismo. O sea que, en casación, este modo de reparo implica el empleo de la norma pertinente, pero en sentido distinto al que ella predica; y la contradicción se hace más oscura adelante, cuando se habla de que "la violación consiste en la errónea interpretación y en su aplicación indebida". La base del planteamiento trasciende, pues, de incertidumbre entre no aplicación y aplicación indebida de los textos. Y lo segundo, porque el cargo no especifica cuáles de esas normas fueron las mal aplicadas y cuáles las que se dejaron de aplicar al caso del pleito, para lo cual el recurrente debió comenzar por indicar —lo que no hizo— el contenido mismo de las disposiciones, que le permitiera entonces precisar el sentido de la pretensa infracción.

De otra parte, aunque el cargo está formulado por violación directa de los textos civiles que apenas cita, el argumento que lo informa llevaría a requerir que la censura hubiera sido planteada por errores en la apreciación del elenco probatorio, desde luego que, según el recurrente, habría una estipulación que hizo de Forero Bernal·un recomendado de Neira Piraquive para pagar las deudas de éste por las cuales se le estaba ejecutando, pero no que Forero Bernal se hubiera constituído en subrogatario de los acreedores de aquél, como lo sostiene la sentencia. Y es que, sin perjuicio de que Forero Bernal hubiera pagado aquellas deudas con parte del precio de la venta, que para tal efecto retuvo en su poder, bien pudo ocurrir que los acreedores le hubieran subrogado en sus derechos, con lo que se habría operado en todo caso la liberación de Neira Piraquive a virtud de la confusión ocurrida entonces en cabeza del propio Forero Bernal. Lo que legitimaría a éste para autorizar, en tal carácter de subrogado de los acreedores, el registro de la escritura, como lo vio el Tribunal.

Pero, aunque así no hubiera ocurrido, y el planteamiento del cargo estuviera exento de las fallas que atrás se le apuntan, todavía así éste sería insuficiente para el logro de una infirmación de la sentencia por el aspecto a que se refiere, porque, tratándose de litigio sobre nulidad de una enajenación en razón de objeto ilícito por la causa pretendida en la demanda, los preceptos que el cargo relaciona no configurarían por si solos un esquema de nulidad a proposición jurídica completa, cuyo quebranto integral sería indispensable para la prosperidad de la censura.

Sexto cargo. Viene propuesto literalmente así:

"Esta acusación se refiere al hecho de ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por apreciación errónea de la prueba, habiéndose incurrido en error de hecho y de derecho, en virtud de que, en primer término, se estimó que las copias y certificados expedidos por el Juzgado que conoció del juicio ejecutivo y de lo dicho por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ubaté (fls. 23 a 26 del cdno. No. 40., 11 a 14 y 21 vlto. a 23 del cdno. No. 20.), se tomó erróneamente, equivocadamente, como prueba de que don Alfredo Forero Bernal, era subrogatario de 'derechos' de acreedores de don Pablo Neira Piraquive, lo cual no es evidente; que Forero Bernal hizo pagos por su cuenta v con dineros propios, de deudas de Neira Piraquive susti-

tuyéndose como acreedor de los primitivos acreedores; que habiendo dado su consentimiento (de lo cual no hay prueba), don Alfredo Forero Bernal para registrar la escritura que recoge el contenido viciado, lo entiende y acepta la sentencia acusada como 'consentimiento del acreedor para celebrar el referido contrato' y eliminar la causal o motivo del objeto ilícito existente por razón de la inscripción y vigencia del embargo.

"Por último, en la misma sentencia acusada acepta como hecho igual o equivalente a la 'cancelación efectiva o real del embargo' existente sobre los bienes de don Pablo Neira Piraquive, en la Oficina de Registro, el hecho de existir un auto del Juez, en que decreta el desembargo de los bienes. Se han confundido los conceptos, estimando o considerando que orden de desembargo es igual o similar a cancelación real de la inscripción del embargo. Por eso el artículo 41 de la Ley 57 de 1887 establece que mientras no estuviese registrado el auto u orden de embargo, la finca o bien no se considerará embargado el bien. A la inversa, mientras no se realice la cancelación de la inscripción, así exista el auto de desembargo, no se considerará desembargado o libre del embargo el bien a que se refiere tal embargo. Porque es necesario, indispensable, hacer la distinción entre los conceptos 'auto' y 'diligencia de cancelación de inscripción de embargo', máxime cuando uno y otra están consagrados como fruto de atribuciones de funcionarios distintos, en razón de la separación de funciones de los organismos jurisdiccionales del Estado. No debe perderse de vista que ese embargo aún se encuentra hov vigente, es decir, sin cancelar.

"No podría alegarse por ninguno de los contratantes ignorancia de la ley, porque ello se opone al artículo 90. del C. C.".

La corte considera:

Encuéntrase este cargo reducido a imputar al juzgador la comisión de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, en relación con el fundamento que tuvo por demostrado el Tribunal, de haberse subrogado Alfredo Forero Bernal a los acreedores de Pablo Neira Piraquive y, en tal calidad, haber aquél consentido en el registro de la escritura de la venta otorgada a su favor por el último. Al lado de lo cual, insiste el recurso en el argumento que atrás le fue desechado, de que no basta que se haya decretado por el juez la cancelación de

un embargo, para que pueda entonces enajenarse lícitamente el bien embargado, sino que es preciso que esa cancelación se haya hecho constar en el registro.

La censura peca así fundamentalmente contra la técnica imperada por el ord. 10. del art. 52 del Decr. 528 de 1964, en armonía con el art. 63 del mismo decreto, pues, entre otras deficiencias, descuella, la de no haberse estructurado formalmente acusación por quebranto de preceptos de derecho sustancial, esto es atíbutivo de derechos subjetivos que pudieran servir de quicio a la acusación, como que brilla por su ausencia la cita de ellos. Por lo demás, fuera de que la alusión a los artículos 41 de la Ley 57 de 1887 y 90. del C. C. es simplemente de argumento colateral, ninguno de esos dos textos por su propia índole genera en sí derecho alguno subjetivo.

Ni podrían traerse a la órbita de este cargo las proposiciones y argumentos que en la esfera de los otros hubiese deducido el recurso, para, tomando elementos de unas y otras censuras, integrar aquí una acusación formal, como quizás lo entienda el recurrente, porque en casación, por razón de la naturaleza de este recurso extraordinario, cada cargo es independiente de los demás, por lo cual cada uno debe for-

mularse en su integridad sin que sea posible entremezclar cargos fragmentarios para hacer de ellos uno que pueda atenderse.

No prospera, pues, el recurso.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete (27) de octubre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Emilio Ricaurte T., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Criterio subjetivo de nuestra legislación.

Propugna el recurso la aplicación al caso sub lite de la teoría de la responsabilidad objetiva, conforme a la cual la obligación civil indemnizatoria no ha de buscar siempre y necesáriamente su causa en una falta (dolo o culpa) que. cometida por una persona, injurie a otra (nemo ex alteria culpa praegravari debet), sino que también en ocasiones cada día más frecuentes y principalmente determinadas por la complejidad creciente de la vida social, el desarrollo urbanístico e industrial, el empleo de máquinas y artefactos de manejo peligroso, etc. se impone la deducción de la responsabilidad civil a cargo de quienes cumplen actividades que, aun siendo de innegable utilidad social, inspiradas en la mojor intención de servicio y realizadas con la máxima prudencia désemble, por su naturaleza conllevan riesgos; que al actualizarse lesionan el derecho ajeno. Ejemplo de tales actividades peligrosas sería, entre otros, el de demolición de edificios obsoletos y su reemplazo por construcciones más funcionales y adecuadas al progreso urbano. So dice que el propietario que así procede ejercita legitimamente su derecho, cumple también una función social, pues beneficia a la comunidad; su conducta puede ser irreprechable, por haber empleade la máxima diligencia y cuidado para no causar daño a nadio, especialmente a sus vecinos; pero que, sin embargo, en el evento de producirse tal daño eso propietario asumo la obligación de indemnizarlo, no parque haya cometido una falta condigna de sanción, sino simplemente porque su actividad lícita ha creade un riesgo de cuyas consecuencias debe responder. En conclusión, la tesis de la responsabilidad objetiva. a la menos en su principal especie dicha, de la responsabilidad por el riesgo creado, se caracteriza por la idea de descartar la valorización ético-jurídica del sindicado como causante de un daño, que es elemento axiológico de la institución clásica de la responsabilidad subjetiva, y de sustituir esa valoración por un criterio objetivo que solo mira a la relación causal que se

ofrezca entre la participación que alguien haya tenido en la actividad arriesgada y el daño o detrimento por otro padecido.

Esta teoría de la responsabilidad objetiva, de origen alemán relativamente reciente y patrocinada por numerosos civilistas latinos, ha sido vigorosamente combatida por la mayoría de estos últimos, algunos de guienes ven en ella un intento de retroceso del derecho occidental a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la compositio se imponía con la sola verificación del nexo físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno. Dícese, entonces, que el acogimiento legislativo o jurisprudencial de la novedosa teoría haría perder el estuerzo secular de los jurisconsultos romanos en pro de la humanización del derecho, esfuerzo que logró su Primer triunto definitivo con la adopción de la Lex Aquilia que erigió la valoración ético-jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio éste que se ha considerado como el avance más importante alcanzado en el campo del derecho penal y del privado, y celosamente defendido hasta nuestros días por el cristianismo y, en general, por el pensamiento espiritualista.

Ciertamente la jurisprudencia de la Corte ha registrado desde 1937 (casación 26 de noviembre XLV, p. 847 y ss.) la aparición y el desarrollo doctrinario de la discutida tesis de la responsabilidad objetiva, y hasta en algunos de sus fallos (Casación, 31 agosto 1954, LXXVIII, 425 y ss.) auguró la posible conveniencia de acogerla en el futuro cuando el desarrollo social en Colombia se complicara hasta el punto de que la proliferación de las actividades peligrosas, de las relaciones vecinales, etc. pudieran rebasar los moldes de la responsabilidad subjetiva fundada en la noción clásica de la culpa. Pero, también es lo cierto que ya abocada esta Superioridad a tomar una decisión al respecto en caso similar al que se ventila en este proceso, se pronunció categóricamente en favor de la tesis tradicional de la responsabilidad subjetiva. Así, en sentencia del 5 de abril de 1962, formuló la doctrina jurisprudencial vigente, allí estructurada en los siguientes términos: 10. La concepción técnica del abuso del derecho se mueve dentro de la idea de culpa de quien lo ejerce como titular. Así, apenas forma capítulo en el marco de la responsabilidad aquiliana.

"Pero como frente a este criterio, los principios que colocan los derechos subjetivos en función de coexistencia social no pueden sustraerlos del concepto de relatividad, el abuso es entonces mirado como desviación del derecho, que envuelve el deber de indemnizar el daño por el nexo de causa a efecto, abstracción hecha de la idea de culpa. En esta forma el abuso del derecho adquiere carácter autónomo.

"2. Con todo, mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la
responsabilidad, frente al puramente objetivo,
el daño ha de ser imputable a culpa de
su autor. Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando hay presunciones de culpa, cuya
contraprobanza se dificulta progresivamente
en la misma medida en que avanzan la ciencia,
la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes, hasta el punto de que en
la actualidad apenas habrá daño alguno causado por actividades peligrosas que pueda considerarse como perteneciente a la categoría de
lo imprevisible.

"Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneticio general.

"3. Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes, de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil es sinembargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el art. 2356 del C.C., como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aquiliana, en que el sujeto al pago de indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño".

No encuentra la Corte razones valederas para revaluar su precitada doctrina, mas sí otras que conducen a su reiteración. Verdad sabida es que la vida social conlleva numerosos riesgos para quienes en ella participan y que aquellos se multiplican al ritmo del desarrollo material de dicha vida. Entonces y en principio, el sufrir los efectos de esos riesgos es para el individuo tan natural como padecer los que le causan las fuerzas físicas. La equidad, norte y quía de toda elaboración jurídica y de toda hermenéutica, únicamente autoriza el traslado de la carga de estos riesgos del damnificado hacia otra persona, cuando esta última ha faltado al deber primordial que tiene como ser político de observar una conducta honesta y prudente, que al propio tiempo que le permita satisfacer sus intereses legítimos, evite la lesión injusta de los derechos ajenos. Tal es el fundamento deontológico del máximo postulado neminem laedere que se traduce en la ya mencionada regla jurídica, según la cual nadie ha de sufrir perjuicio-por la culpa ajena (nemo ex alteria culpa praegravari debet), cuyo solo enunciado implica la calificación moral de la conducta de aquel a quien se sindique de injuria a otro. Repugna, en una concepción espiritualista, la pretensión de estructurar la institución de la responsabilidad en general, y cuyo efecto civil, consiste precisamente en trasladar el daño experimentado por la víctima a otra persona llamada a indemnizarlo, y esto a base de un criterio materialista que, al prescindir de la valoración ético-jurídica de la conducta humana opera en forma mecánica e incurre en la injusticia de sancionar a quien está exento de toda falta. Esta es la filosofia que emana de la ley Aquilia y que, combinada con el profundo sentido práctico de los jurisconsultos romanos, condujo a que se sustituyera la imputación física por la moral como fundamento de la responsabilidad civil; pero sin descuidar la debida protección de la víctima al exigirle a toda persona por el solo hecho de vivir en sociedad, la máxima diligencia y prudencia en sus actuaciones, so pena de responder hasta por su culpa levísima (in Lege Aquilia et levissima culpa venit). Y esta es la filosofía que al respecto ha inspirado desde entonces al derecho occidental, a los principales modelos

de nuestro ordenamiento civil y a este mismo.

Agrégase a lo dicho que nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procuran en la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, o sea la prestación de la culpa levísima que consiste en la falta de la más esmerada diligencia, sino que también, por aplicación generalizada del art. 2356 del C. C. en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase según lo dice el fallo de la Corte antes transcrito, a que la exoneración de responsabilidad de quien haya participado en actividades de aquella índole resulte extremadamente difícil, pues este tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuíto, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve, por tanto razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanistico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva.

La obligación indemnizatoria a cargo del patrón en los accidentes de trabajo, consagrada por las legislaciones modernas, la nuestra entre ellas (C. S. T. art. 199), no constituye excepción al sistema de la responsabilidad subjetiva ni consagración de la teoría de la responsabilidad por el riesgo creado. El derecho laboral, al erigirse en disciplina autónoma, opera con criterios propios, orientados a la protección de las clases trabajadoras y que han determinado el establecimiento de prestaciones adicionales al salario en favor de éstos y a cargo de los empresarios que utilizan sus servicios, tales como los auxilios por enfermedad, por cesantía, las pensiones de jubilación, la dicha indemnización por los accidentes de trabajo, etc. Pero. estas prestaciones sociales son extrañas a la idea de la responsabilidad civil; no suponen ellas que el empresario sea responsable de la enfermedad, o del desempleo, o de la incapacidad laboral por vejez o por invalidez física de sus trabajadores; se trata de obligaciones no extracontractuales, sino impuestas imperativamente por la ley como propias del contrato de trabajo y, por consiguiente, su fuente no es la responsabilidad aquiliana con la que nada tiene que ver.

En suma: si nuestro C.C., siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: mayo 2/69. - Acta No. 29).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 3 de mayo de 1966 en el juicio de Pompilio Rueda frente a María Fernández de García.

LOS ANTECEDENTES

Relatados en el libelo de la demanda se hacen consistir en lo siguiente: a) Pompilio Rueda tennía un almacén de mercancías, denominado "Almacén Caracol", en un local de propiedad de Bechara Salom & Cía. Ltda., distinguido con los números 6-55 y 6-59 de la calle 12 de la ciudad de Cali; b) con anterioridad al 6 de mayo de 1960, María Fernández de García, propietaria del inmueble aledaño por el costado norte al mencionado local, inició la construcción de otros nuevos locales por intermedio de la firma de arquitectos Peñalosa & Sinisterra Ltda.: c) con motivo del levantamiento de una pared en el solar de la señora Fernández de García, pared contigua a la propiedad de Bechara Salom & Cía. Ltda., y por razones técnicas que puntualizan los ingenieros Roberto Ferro y Manuel Hurtado, en dictamen rendido ante el Juez 50. Civil del Circuito de Cali, en inspección ocular extrajuicio solicitada por Pompilio Rueda, se produjo el derrumbamiento en la pared del inmueble de la mencionada sociedad: d) tal hecho acaeció el 6 de mayo de 1960, aproximadamente a las 10 de la mañana, lesionando a personas que trabajaban en el Almacén Caracol y produciendo también grandes daños y deterioros en las mercancías y enseres o muebles de propiedad de Rueda, por lo cual el mismo día éste y el representante de la firma constructora Peñalosa & Sinisterra Ltda, suscribieron un documento privado en el que se hizo constar el derrumbamiento de la pared y los daños ocasionados, e igualmente se convino en hacer un inventario de las mercancías para ser retiradas del almacén por la inseguridad a que quedaban expuestas, como también para evitar mayores perjuicios de sobreve-

nir un aguacero; e) el propio día del siniestro la oficina de Planeación o Plan Regular del Municipio de Cali "ordenó la total e inmediata suspensión del local comercial" de Rueda y dejó expresa constancia de que aquel se encontraba semidestruído e implicaba inminente peligro para la comunidad; f) igualmente en el mencionado día Pompilio Rueda ordenó tomar fotografías desde diferentes puntos de enfoque para acreditar el estado en que quedaron el local, v las mercancías y enseres de su almacén; g) Peñalosa & Sinisterra Ltda., cuyo representante había suscrito el ya mencionado compromiso del 6 de mayo de 1960, lo incumplió totalmente; h) en dicho compromiso la mencionada firma y Pompilio Rueda convinieron en nombrar sendos peritos para inventariar las mercancías, con el reconocimiento de que tal inventario constituiría prueba del daño sufrido; i) nombrados los dos peritos y practicado el inventario, el avalúo hecho por éstos ascendió a la suma de \$30.040.44 pero el representante de Peñalosa & Sinisterra Ltda. se negó a firmar el acta respectiva, lo que se había comprometido a hacer en el referido documento del 6 de mayo; j) como Rueda notase que la mencionada firma pretendía eludir sus ofertas de pago de los perjuicios, condicionado a que nada se le cobrara a la señora María Fernández de García, dicho Rueda obtuvo que el Juzgado 50. Civil del Circuito de Cali practicara el 14 de mayo de 1960 una inspección ocular extrajuicio con intervención de los peritos ingenieros Roberto Ferro y Manuel Hurtado; k) el acta de tal inspección ocular da cuenta de la ubicación del inmueble y el derrumbamiento de la pared; de la construcción reciente del otro muro (en el predio de la señora de García); de los daños materiales en aquel inmueble y en los enseres; de la presencia del doctor Enrique Sinisterra, arquitecto de dicha señora; de la existencia de las mercancías en el pasaje Zamorano, las que dicho Sinisterra identificó como las que antes se hallaban en el almacén Caracol; "igualmente de tal inspección ocular se demuestra que los peritos concluyen que las precauciones que tomaron los arquitectos fueron insuficientes para atracar el dintel y para evitar el derrumbamiento entre las paredes colindantes de los predios de la señora María Fernández de García y de la firma Bechara Salom & Cía. Ltda. Finalmente que el señor Pompilio Rueda pagó a los peritos los honorarios en la suma de \$1.000.00"; 1) "con motivo del derrumbamiento de la pared del local de la calle 12 No. 6-55 y 6-59 ocasionado por la construcción de los locales de propiedad de la señora María Fernández de García, por intermedio de sus ar-

quitectos 'Peñalosa & Sinisterra Ltda.', el señor Pompilio Rueda S. ha sufrido graves perjuicios económicos", tales como el pago del preaviso a los trabajadores cesantes del almacén Caracol; el de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios y de drogas, como también el de la incapacidad de los trabajadores heridos a consecuencia del derrumbamiento de la pared; un lucro cesante que se fija, en promedio, en \$600.00 diarios, a partir del 6 de mayo de 1960; el valor de la prima que tuvo que pagar Rueda para conseguir el local, más el arrendamiento del depósito que tomó para guardar las mercancías del almacén Caracol; "el valor de las mercancías que fueron avaluadas en la suma de \$30.044.44; el valor de los muebles y enseres en la suma de \$19.205.00, valor del precio de costo y hecho el descuento de depreciación; el valor de los gastos de abogado, peritos, etc, etc." 1) la firma Peñalosa & Sinisterra Ltda. no ha cumplido su espontánea promesa de indemnizar los periuicios sufridos por Rueda a condición de que nada se le cobrara a la señora Fernández de García, pese a las manifestaciones que Sinisterra hiciera, ante varias personas, de estar dispuesto a declararse responsable del siniestro.

EL LITIGIO

Con fundamento en los expuestos antecedentes, Pompilio Rueda demandó a María Fernández de García para que, por los trámites de la vía ordinaria, se declarase: a) que la demandada, como propietaria de la construcción que se levantaba el 6 de mayo de 1960 en el predio contiguo al local ocupado por el almacén Caracol. es responsable del derrumbamiento de la pared norte de dicho local, "por relaciones de vecindad y por actuación de sus agentes o gestores de la construcción"; b) que dicha responsabilidad se extiende a todos los daños sufridos por el actor en sus mercancías y enseres, "como tambien por los personales causados en los bienes y en los trabajadores del señor Pompilio Rueda"; c) que, consecuencialmente, se condene a la demandada a pagar al actor la suma de \$49.254.44, valor de las mercancías, enseres y muebles que se encontraban en el almacén de éste y que sufrieron daños y deterioros con motivo del derrumbamiento de la pared; la suma de \$15.000.00 por concepto de la prima pagada por el actor para obtener el referido local; la suma de \$20.00 diarios desde el 6 de mayo de 1960, por concepto del alquiler del local situado en el pasaje Zamorano, en el que se depositaron las mercancías averiadas del almacén Caracol; la suma de \$1.520.85 "o cual-

quiera otra suma adicional", por concepto de servicios médicos, quirúrgicos y drogas sufragados para antender a la empleada Eva Kamelo H. herida con motivo del siniestro: la suma de \$1.700.00 por concepto de honorarios de peritos y abogado y los gastos en la inspección ocular extrajuicio; la suma de \$890.00, por gastos del perito en "el inventario de los bienes por la orden de la firma 'Peñalosa & Sinisterra Ltda'. como también por las horas extras pagadas a los trabajadores que ayudaron a realizar tal trabajo de inventario"; la suma de \$600.00 diarios, lucro cesante padecido por el actor en las ventas del almacén Caracol, desde el 6 de mayo de 1960 hasta la fecha del pago; y las costas del juicio.

En uso del traslado del libelo, la demandada aceptó algunos de los hechos relacionados en el mismo v negó otros, en especial los concernientes a que el derrumbamiento de la pared del almacén del actor fuera consecuencia de la construcción de los locales por la firma Peñalosa & Sinisterra Ltda., arquitectos de la demandada. Propuso la excepción dilatoria de inepta demanda, por estar dirigida contra ella y no contra la mencionada firma de arquitectos, quienes habían asumido la responsabilidad por todo perjuicio sobreviviente a los predios colindantes con motivo de la edificación, y las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, de petición de modo indebido y de carencia de personería sustantiva para ejercitar la acción incoada. En fin, dijo denunciarle el pleito a la dicha firma de arquitectos.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el 50. Civil del Circuito de Cali, absolvió a la demandada de todos los cargos contra ella formulados en el libelo y condenó en costas al actor. Por apelación de este el Tribunal Superior de Cali, mediante fallo del 3 de mayo de 1966, confirmó dicha absolución y le impuso al recurrente las costas de la alzada.

LA MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Comienzan las consideraciones del fallo con el recuento de la jurisprudencia de la Corte en materia de relaciones vecinales y de la responsabilidad extracontractual que ellas pueden ocasionar, para llegar a la conclusión de que, si bien es cierto que en algunos de los fallos de aquella se relacionan doctrinas foráneas que tienden a solucionar los referidos problemas con fundamento en la responsabilidad objetiva, también lo es que en ellos no se le ha dado aplicación a esta

figura, sino que, por el contrario, en el más reciente, se ha reiterado al respecto la tesis de la responsabilidad subjetiva, pero con el reconocimiento de la presunción de culpa establecida por el art. 2356 del C. C., que invierte la carga de la prueba en favor de la víctima. "Los nuevos fallos se ubican en el terreno de la culpa y desde luego admiten los elementos tradicionales de la responsabilidad subjetiva, a saber: a) imputabilidad del hecho a una persona; b) que esa persona, autora del daño, obre con culpa o dolo; c) existencia del daño o perjuicio, y d) nexo causal entre la culpa o el dolo y el daño. Por lo mismo el demandado puede exonerarse de responsabilidad, si establece dolo o culpa de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor, acto o hecho imputable a, terceros, es decir la inexistencia del vínculo causal entre la culpa y el daño".

Seguidamente, el fallo anuncia el estudio del caso sub lite a la luz del art. 2356 del C. C. "Por tanto, es preciso investigar en las pruebas la existencia del daño y su relación causal con la culpa. Y además averiguar si la demandada desvirtuó la presunción...".

Se refiere a una inspección ocular con intervención de peritos, practicada extrajuicio por el Juzgado 50. Civil del Circuito el 14 de mayo de 1960; a un concepto de dos ingenieros de la Cámara Colombiana de Construcción del 10 del mismo mes; y a otro dictamen pericial emitido en el presente juicio.

Como en el hecho tercero de la demanda se expresa que "con motivo del levantamiento de una pared de la propiedad de la Sra. María Fernández de García... y por razones técnicas de construcción que anotan los peritos ingenieros... se produjo el derrumbamiento de la pared de la propiedad de Bechara Salom & Cía. Ltda", el sentenciador acomete el estudio de las aludidas probanzas a través de este planteamiento del libelo.

En cuanto al dictamen pericial rendido extrajuicio por los ingenieros Ferro y Hurtado, destaca lo siguiente: "Debido a nuestra experiencia consadmitimos: tructiva que las precauciones que tomaron los arquitectos constructores de la obra vecina fueron insuficientes ya que han debido atracar dicho dintel para eliminar el posible derrumbamiento debido al debilitamiento producido en la pared colindante ya que al iniciar la obra se rompía el equilibrio mutuo de las dos construcciones antiguas". Y comenta el Tribunal: "Se destacan en esta conclusión tres elementos principales, a saber: a) la insuficiencia de precauciones; b) la falta de sustento del dintel para eliminar posibles derrumbamientos; y c) rompimiento del equilibrio mutuo de las construcciones contiguas. Pero los peritos explican que les es imposible determinar la 'causa única' que ocasionó el derrumbamiento de la pared de adobe, 'ya que en construcciones vecinas de este tipo y esta antiguedad se establece un equilibrio mutuo que garantiza su estabilidad; mas es lógico que si por cualquier causa, ya sea interna o externa, se rompe dicho equilibrio, se produzca bien sea el derrumbamiento o agrietamiento que aconseja la inmediata demolición'".

De otra parte el sentenciador observa que "desgraciadamente" esta prueba pericial y la respectiva inspección ocular se practicaron extrajuicio y sin citación de la contraparte, lo que reduce su mérito demostrativo al de mera presunción, más o menos atendible, a lo que se agrega que el referido medio "tiende a ser desvirtuado" por otros elementos que obran en el proceso.

Los peritos que dictaminaron dentro del presente juicio, con fundamento en informe de laboratorio, conceptuaron que las condiciones del terreno eran satisfactorias para la construcción de la demandada; que no era necesario tener en cuenta el ángulo de reposo ya que el cimiento nuevo quedó a la misma profundidad del antiguo: que "la altura y peso del muro construído hasta el momento del accidente no podía producir el asentamiento del terreno de acuerdo con la consistencia de compresión de este...". Comenta el fallo que, según la inspecciónocular practicada por el Juez del conocimiento, al ocurrir el accidente el muro contiguo estaba formado por una hilera de cinco ladrillos con extensión de tres a cuatro metros aproximadamente y que, como los expertos ingenieros rindieron su dictamen mucho después "de la destrucción de la casa, dicen ellos que no es posible establecer la distancia entre la excavación y el machón que soportaba el dintel ni la forma de apoyo del techo".

"Mas hay en autos pruebas que estructuran indicios graves sobre el particular. No solo en las fotografías, sino en dictamen de los ingenieros de Camacol y la constancia del arquitecto Jefe del Departamento de Control de la Oficina de Planeación Municipal. Este, en su carácter de funcionario dio fe de que en compañía del ingeniero calculista de la Oficina de Planeación, había practicado una inspección ocular al inmueble y dejaron conclusiones acerca de la an-

tigüedad de la construcción que estima en unos 80 años. Sostienen que en la construcción primitiva hubo eliminación de una pared original, la que fue sustituída por un dintel de madera: que este dintel estaba apoyado en un machón v no directamente sobre la pared divisoria o medianera. Sobre la existencia del dintel confluyen todas las probanzas. En las fotografías se le ve caído; en las peritaciones de acuerdo con lo que revela la objetividad de las fotos, se afirma que en el dintel se sostenía el techo de la edificación. Lógicamente al caerse este, determinó el derrumbamiento de parte del techo. El punto referente al hecho de que el dintel no se apovaba en la pared divisória sino sobre un machón de adobe situado hacia el interior de la construcción, está revelado no sólo por las fotografías, por las observaciones del perito doctor Sánchez, sino por el concepto de los ingenieros de Camacol y de la Planeación Municipal. Dicen los ingenieros de Camacol: 'El derrumbamiento del techo se debió a la falla de uno de los apovos de un dintel formado por cuatro vigas de madera que sostenía un muro aproximadamente de un metro de altura y sobre el cual descansaban las cerchas del techo. El machón que formaba este apovo era de adobe y probablemente se desintegró debido a las vibraciones muy naturales producidas por una edificación vecina. Sin embargo, el machón no parece que hubiera formado parte de la pared medianera entre las edificaciones de la Sra. García Vásquez v los Sres. Bechara Salom': también dejaron una constancia importante, a saber: 'la cubierta que se desplomó no estaba apoyada en el muro medianero entre las dos casas; en forma tal que se puede asegurar que si el apoyo del dintel no hubiera fallado habría podido tumbarse dicha pared medianera en este acto sin que se hubiera producido el derrumbamiento del techo-La forma hipotética como se concibe el concepto, desaparece cuando se consulta con los ingenieros de planeación, las fotografías y dictamen de uno de los peritos que actuó en el incidente de tacha que fue declarado infundado en sendos proveídos del Juez y el Tribunal. Expresa sobre lesta cuestión: 'de la fotografía adjunta al folio 45 del cdno. primero se deduce que la dirección del dintel era normal a la pared que colinda por el norte de la construcción de la señora María Fernández de García Vásquez v que, en consecuencia, el dintel corría paralelo a la calle 12. Además en la misma fotografía se ve que el dintel no alcanzaba a apoyarse sobre la pared medianera. De estas observaciones y de las hechas en los puntos... se deduce que no puede establecerse una relación directa entre la

excavación y la caída del dintel. Pero por lo explicado en el punto h) lógicamente se infiere que la caída del dintel produciría el derrumbamiento del techo'. A continuación se transcriben los siguientes pasos: '1o. Como puede apreciarse en el resto de la construcción de la que formaba parte la sección derrumbada, se trata de una construcción con paredes de adobe y tierra pisada sobre cimientos de tierra pegada con barro y con techos cuyas armaduras no son estructuras indeformables v en consecuencia transmiten empuies horizontales a los muros que los soportan. 20. Aunque al parecer algunos de los muros están trabados entre sí, otros carecen de esta traba y trabajan como elementos aislados. 3o. La antigüedad de la construcción necesariamente produce el deterioro de los elementos que la integran, especialmente de las maderas y guadua de los techos y cielos rasos, pilares, soleras, etc. También es cierto que nuevos factores tienden a disminuir su estabilidad inicial, como: filtraciones de los servicios de desagues y acueducto en los cimientos; desperfectos en la captación de aguas lluvias; vibraciones producidas por el intenso tránsito de vehículos, etc. 40. La eliminación de paredes internas y la apertura de grandes vanos en ellas como el caso del que se establece en varias diligencias anteriores de este negocio con luz de 3.75 metros y otros existentes en el resto de la construcción, es una práctica peligrosa para la estabilidad de parte o partes de la construcción y en ciertos casos definitivamente temeraria. 50. Todos estos hechos y consideraciones concurren en el caso que nos ocupa y en consecuencia la estabilidad de la construcción ha llegado a ser muy precaria y no puede esperarse que se mejore con factores externos que se deduce tomaron en grado bastante aceptable los constructores de la sra. María Fernández de García Vásquez, señores Peñalosa & Sinisterra... bien pudo presentarse, pues, el accidente en el sitio vecino a la nueva construcción o en cualquier otro de ella y en ese momento o en cualquier otro".

Como el precitado dictamen pericial fuera objetado por error grave, en el incidente respectivo que no prosperó participaron otros ingenieros, como el Dr. Sánchez Varona, cuyo dictamen considera el Tribunal que aporta datos útiles para el mejor entendimiento de los antecedentes y causas del siniestro. Según dichos peritos, las herramientas de trabajo utilizadas para las excavaciones del cimiento, de profundidad igual a la de la construcción contigua, fueron barretones y palas manuales, de donde se deduce que las

vibraciones provocadas por su utilización debieron ser mínimas. "Otras causas externas, como las vibraciones producidas por el tráfico intenso de la zona, e internas como la eliminación de una pared y la construcción de vanos de longitudes grandes, pudieron ser las determinantes del insuceso".

Remata el fallo que, frente a los comentados medios probatorios, "es preciso reconocer que la presunción de culpa y el sustento probatorio que la coadyuvaba -- un dictamen extrajuicio practicado sin la audiencia de la otra parte- se ha destruído. No existe en autos la certidumbre de que por causa y con ocasión de los trabajos adelantados en el predio de la señora Fernández de García se derrumbara la edificación. No se precisó su causa en una actividad dolosa o culposa que se cumpliera en el inmueble de la demandada y, como se dijo, la presunción de culpa que amparaba al actor fue desvirtuada por las numerosas probanzas, de tipo técnico, que la Sala examinó. No existe, pues, culpa ni menos relación causal entre ella v el daño...

LA IMPUGNACION

El actor, recurrente en casación, formula contra el fallo del Tribunal un solo cargo en la órbita de la causal primera, que hace consistir en "violación directa de los arts. 986 a 990 C. C.; interpretación errónea del art 2356 ibídem; violación directa de los arts. 2350 C. C. y 10. de la Ley 95 de 1890; violación directa final de los arts. 2356, 1613 y 1614 C. C., derivada de los anteriores quebrantos y de evidente error de hecho en la apreciación de la prueba".

Considera el censor que el punto de partida de los yerros en que habría incurrido el sentenciador provendría de que, aceptando éste la doctrina de la Corte que califica la empresa de demolición de edificios antiguos y de su reemplazo por construcciones mayores y modernas como una actividad socialmente útil pero de naturaleza arriesgada o peligrosa, no obstante ubica la cuestión sub lite en el campo de la responsabilidad extracontractual fundada en la culpa, aunque admitiendo la presunción de ésta contra la persona que cumple dicha actividad, rechazando así cualquier pretensión fundada en una responsabilidad objetiva distinta de la que se ofrece en los casos de accidente de trabajo.

Agrega que es indispensable, como también elemental, distinguir en el campo de la responsabilidad la cuestión relativa a la autoría o im-

putabilidad sicofísica, o nexo causal entre la conducta positiva o negativa del demandado y el daño sufrido por la víctima, de una parte, y la calificación moral o política de tal conducta, o sea el tema de la culpabilidad, pues, una persona ha podido obrar equivocadamente, e incurrir en falta "como sucede en las figuras de los delitos tentados, frustrados, formales y de peligro" sin lesionar derecho ajeno: v. del propio modo alguien ha podido ser autor de un daño causado sin culpa alguna, vale decir, pese a su previsión, pericia, cuidado y advertencia ordinarios. Advierte que, en el campo general de la responsabilidad extracontractual regida por el art 2341 del C. C., ella implica el daño, el comportamiento culpable del demandado "y la imputación plena de aquel a éste, suministrada integra por la víctima"; pero que el régimen de las actividades peligrosas supone un tratamiento distinto, de modo que al actor pueda bastarle la demostración del daño padecido a consecuencia de aquellas actividades ejercidas por el demandado, salvo que este acredite no haber participado en la causación del perjuicio, por ser éste consecuencia de un factor extraño: caso de fuerza mayor o fortuito, intervención de un tercero o de la propia víctima.

A este último respecto, afirma el recurso que "nuestra ley contempló la guarda de las edificaciones, su demolición y la empresa de construcción, como actitudes sujetas a un tratamiento ominoso especial. más para tular, al extremo de no permitir exoneración sino contra la prueba a un acontecimiento imprevisto e irresistible, caso de fuerza mayor o fortuito, única vía liberatoria sometida a su iniciativa procesal, como manifiesta carga. Cabe entonces insistir en que la responsabilidad se dilucida en estas oportunidades, como en todas las empresas inminentes, exclusivamente en el marco de la relación de causalidad, y que al demandado corresponde, si aspira a la absolución, acreditar su no participación en el evento dañino". La precitada conclusión se deduciría, en general de los arts. 2350 y 2351 del C. C., y en especial, en punto de relaciones vecinales, de los arts. 986 a 990 ibídem.

Entrando en el terreno probatorio, el censor acusa la sentencia por "error evidente de hecho en la consideración de todos los dictámenes periciales y de sus bases objetivas: fotografías y concepto de Planeación Municipal (c. 1 fls. 2 a 6, 36 a 60; c. 2 fl. 22; c. 3 fls. 13 a 36, 29 a 31 y 34 c. 5 fls. 4 a 13) y declaración de los constructores (c. 1. fl. 10). De todas estas piezas dedúcese sin

posibilidad negativa alguna que el local de Rueda se derrumbó con ocasión de la obra nueva de la demandada y que ésta, consistente en demolición de la casa vecina, por causa de la ligazón intima entre los dos edificios, sea con la ayuda de defecto de precauciones y técnica de parte de los constructores, sea sin necesidad de tal coadyuvancia, dejó sin solidez a la vecina y fue así determinante de aquella ruina. Ya si el golpe postrero lo dio la vibración producida por el tránsito de la zona o la eliminación adicional de una pared o la construcción de vanos en longitudes grandes, es cosa que en nada modifica la relación causal establecida indefectiblemente". Este paso del recurso resume la imputación al Tribunal de contraevidencia en la apreciación probatoria, inductiva al quebranto de las normas citadas en la iniciación de la censura.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- Propugna el recurso la aplicación al caso sub lite de la teoría de la responsabilidad objetiva, conforme a la cual la obligación civil indemnizatoria no ha de buscar siempre y necesariamente su causa en una falta (dolo o culpa) que. cometida por una persona, injurie a otra (nemo ex alteria culpa praegravari debet), sino que también en ocasiones cada día más frecuentes y principalmente determinadas por la complejidad creciente de la vida social, el desarrollo urbanístico e industrial el empleo de máquinas y artefactos de manejo peligroso, etc. se impone la deducción de la responsabilidad civil a cargo de quienes cumplen actividades que, aun siendo de innegable utilidad social, inspiradas en la mejor intención de servicio y realizadas con la máxima prudencia deseable, por su naturaleza conllevan riesgos, que, al actualizarse, lesionan el derecho ajeno. Ejemplo de tales actividades peligrosas sería, entre otros, el de demolición de edificios obsoletos y su reemplazo por construcciones más funcionales y adecuadas al progreso urbano. Se dice que el propietario que así procede ejercita legitimamente su derecho, cumple también una función social, pues beneficia a la comunidad: su conducta puede ser irreprochable, por haber empleado la máxima diligencia y cuidado para no causar daño a nadie, especialmente a sus vecinos; pero que, sin embargo, en el evento de producirse tal daño ese propietario asume la obligación de indemnizarlo, no porque haya cometido una falta condigna de sanción, sino simplemente porque su actividad lícita ha creado un riesgo de cuyas consecuencias debe responder. En conclusión, la tesis de la responsabilidad objetiva, a lo menos en su principal especie, dicha de la responsabilidad por el riesgo creado, se caracteriza por la idea de descartar la valoración ético-jurídica del sindicado como causante de un daño, que es elemento axiológico de la institución clásica de la responsabilidad subjetiva, y de sustituir esa valoración por un criterio objetivo que sólo mira a la relación causal que se ofrezca entre la participación que alguien haya tenido en la actividad arriesgada y el daño o detrimento por otro padecido.

II.- Esta teoría de la responsabilidad objetiva. de origen alemán relativamente reciente y patrocinada por numerosos civilistas latinos, ha sido vigorosamente combatida por la mayoría de estos últimos, algunos de quienes ven en ella un intento de retroceso del derecho occidental a sus más primitivas etapas en que la sanción pecuniaria de la compositio se imponía con la sola verificación del nexo físico entre el daño a la víctima y el hecho ajeno. Dícese entonces, que el acogimiento legislativo o jurisprudencial de la novedosa teoría haría perder el esfuerzo secular de los jurisconsultos romanos en pro de la humanización del derecho, esfuerzo que logró su primer triunfo definitivo con la adopción de la Ley Aquilia que erigió la valoración ético-jurídica de la conducta social de los individuos como principal criterio para juzgar su posible responsabilidad, criterio este que se ha considerado como el avance más importante alcanzado en el campo del derecho penal, y del privado, y celosamente defendido hasta nuestros días por el cristianismo y, en general, por el pensamiento espiritualista.

III.- Ciertamente la jurisprudencia de la Corte ha registrado desde 1937 (Casación, 26 noviembre XLV, p. 847 y ss.) la aparición y el desarrollo doctrinario de la discutida tesis de la responsabilidad objetiva, y hasta en algunos de sus fallos (Casación, 31 agosto 1954, LXXVIII, 425 y ss.) auguró la posible conveniencia de acogerla en el futuro cuando el desarrollo social en Colombia se complicara hasta el punto de que la proliferación de las actividades peligrosas, de las relaciones vecinales, etc. pudieran rebasar los moldes de la responsabilidad subjetiva fundada en la noción clásica de la culpa. Pero, también es lo cierto que ya abocada esta Superioridad a tomar una decisión al respecto en caso similar al que se ventila en este proceso, se pronunció categóricamente en favor de la tesis tradicional de la responsabilidad subjetiva. Así, en sentencia del 5 de abril de 1962, formuló la doctrina jurisprudencial vigente, allí estructurada en los siguientes términos: "1. La concepción técnica del abuso del derecho se mueve dentro de la idea de culpa de quien lo ejerce como titular. Así, apenas forma capítulo en el marco de la responsabilidad aquiliana.

"Pero como frente a este criterio, los principios que colocan los derechos subjetivos en función de coexistencia social no pueden sustraerlos del concepto de relatividad, el abuso es entonces mirado como desviación del derecho, que envuelve el deber de indemnizar el daño por el nexo de causa a efecto, abstracción hecha de la idea de culpa. En esta forma el abuso del derecho adquiere carácter autónomo.

"2. Con todo, mientras se conserve y prevalezca conforme a razón el criterio subjetivo de la
responsabilidad, frente al puramente objetivo,
el daño ha de ser imputable a culpa de su autor.
Sólo que en salvaguarda de las víctimas se invierte a su favor la carga de la prueba cuando
hay presunciones de culpa, cuya contraprobanza se dificulta progresivamente en la misma medida en que avanza la ciencia, la técnica y la experiencia aplicadas a las industrias y a las artes,
hasta el punto de que en la actualidad apenas
habrá daño alguno causado por actividades
peligrosas que pueda considerarse como pertenecientes a la categoría de lo imprevisible.

"Y como es fundamento de la culpa la capacidad de prever, surge la necesidad social de indemnizar el daño que arranca de actividades útiles y aun plausibles que llevan envueltas consecuencias nocivas previsibles, aunque no siempre evitables por los procedimientos usuales. Son riesgos cuya previsibilidad exige del empresario reserva financiera adecuada, en función indemnizatoria que restablezca el equilibrio para beneficio general.

"3. Comúnmente sucede que de la edificación moderna en varias plantas se desprenden daños considerables para las vecinas construcciones preexistentes de pasado más o menos remoto. Esa actividad socialmente útil es sin embargo por su naturaleza peligrosa: la comprobación del daño por lo común esclarece también su causa eficiente, y la culpa del autor de la nueva obra se presume en conformidad con el art. 2356 del C.C., como para toda persona que se ocupe en una actividad peligrosa. De donde, salvo prueba de culpa exclusiva de la víctima, de intervención de elemento extraño, o de fuerza mayor, surgen las condiciones de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual o aqui-

liana, en que el sujeto al pago de indemnización ha de ser, ante todo, el autor directo del daño".

IV.- Frente al presente litigio no encuentra la Corte razones valederas para revaluar su precitada doctrina, mas sí otras que conducen a su reiteración. Verdad sabida es que la vida social conlleva numerosos riesgos para quienes en ella participan y que aquellos se multiplican al ritmo del desarrollo material de dicha vida. Entonces y en principio, el sufrir los efectos de esos riesgos es para el individuo tan natural como padecer los que le causen las fuerzas físicas. La equidad, norte y guía de toda elaboración jurídica y de toda hermenéutica, únicamente autoriza el traslado de la carga de estos riesgos del damnificado hacia otra persona, cuando ésta última ha faltado al deber primordial que tiene como ser político de observar una conducta honesta y prudente que, al propio tiempo que le permita satisfacer sus intereses legítimos, evite la lesión injusta de los derechos ajenos. Tal es el fundamento deontológico del máximo postulado neminem laedere que se traduce en la ya mencionada regla jurídica, según la cual nadie ha de sufrir perjuicio por la culpa ajena (nemo ex alteria culpa praegravari debet), cuyo solo enunciado implica la calificación moral de la conducta de aquel a quien se sindique de injuria a otro. Repugna, en una concepción espiritualista, la pretensión de estructurar la institución de la responsabilidad en general, y cuyo efecto civil, consiste precisamente en trasladar el daño experimentado por la víctima a otra persona llamada a indemnizarlo, y esto a base de un criterio materialista que, al prescindir de la valoración ético-jurídica de la conducta humana, opera en forma mecánica e incurre en la injusticia de sancionar a quien está exento de toda falta. Esta es la filosofía que emana de la Ley Aquilia y que, combinada con el profundo sentido práctico de los jurisconsultos romanos, condujo a que se sustituyera la imputación fisica por la moral como fundamento de la responsabilidad civil; pero sin descuidar la debida protección de la víctima al exigirle a toda persona, por el solo hecho de vivir en sociedad, la máxima diligencia y prudencia en sus actuaciones, so pena de responder hasta por su culpa levísima (in Lege Aquilia et levissima culpa venit). Y esta es la filosofía que al respecto ha inspirado desde entonces al derecho occidental, a los principales modelos de nuestro ordenamiento civil y a este mismo.

V.- Agrégase a lo dicho que nuestro sistema y su interpretación jurisprudencial, procuran en

la máxima medida la protección de los asociados contra el hecho ajeno, puesto que no se limitan ellos a exigirle a todo individuo la máxima prudencia, o sea la prestación de la culpa levísima que consiste en la falta de la más esmerada diligencia, sino que también, por aplicación generalizada del art. 2356 del C. C. en punto de actividades peligrosas, establecen la presunción de dicha culpa. Por esta vía llégase según lo dice el fallo de la Corte antes transcrito, a que la exoneración de responsabilidad de quien hava participado en actividades de aquella índole resulte extremadamente difícil, pues éste tendrá que establecer que el acaecer lesivo superó su diligencia, esto es que el daño demostrado se produjo a consecuencia de un caso fortuito, o del hecho de un tercero asimilado al mismo, o de la culpa exclusiva de la propia víctima. No se ve. por tanto, razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva.

VI.- (Contra lo que expresa el fallo acusado siguiendo la opinión de algunos), la obligación indemnizatoria a cargo del patrón en los accidentes de trabajo, consagrada por las legislaciones modernas, la nuestra entre ellas (C.S.T. art. 199), no constituye excepción al sistema de la responsabilidad subjetiva ni consagración de la teoría de la responsabilidad por el riesgo creado. El derecho laboral, al erigirse en disciplina autónoma, opera con criterios propios, orientados a la protección de las clases trabajadoras y que han determinado el establecimiento de prestaciones adicionales al salario en favor de éstos y a cargo de los empresarios que utilizan sus servicios, tales como los auxilios por enfermedad. por cesantía, las pensiones de jubilación, la dicha indemnización por los accidentes de trabajo, etc. Pero estas prestaciones sociales son extrañas a la idea de la responsabilidad civil; no suponen ellas que el empresario sea responsable de la enfermedad, o del desempleo, o de la incapacidad laboral por vejez o por invalidez física de sus trabajadores; se' trata de obligaciones no extracontractuales, sino impuestas imperativamente por la ley como propias del contrato de trabajo y, por consiguiente, su fuente no es la responsabilidad aquiliana con la que nada tienen que ver.

VII.- En suma: si nuestro C. C., siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos

de dicha obra que tocan con tal materia, como los citados por el recurso. Y, como el Tribunal sentenciador así lo hizo con apoyo en la jurisprudencia de esta Superioridad, tiénese que es infundado el cargo que se le formula por presuntos yerros de hermenéutica en el tratamiento de aquellos preceptos.

VIII.- Mas la censura también denuncia quebrantos legales originados en errores fácticos en la apreciación probatoria y que habrían llevado al fallador a concluír: "no existe en autos la certidumbre de que por causa y con ocasión de los trabajos adelantados en el predio de la señora Fernández de García, se derrumbara la edificación. No se precisó su causa en una actividad dolosa o culposa que se cumpliera en el inmueble de la demandada, y, como se dijo, la presunción de culpa que amparaba al actor fue desvirtuada por las numerosas probanzas, de tipo técnico, que la Sala examinó".

IX.- Vese, pues, que los fundamentos del fallo son dos y que éstos tocan con distintos extremos axiológicos que debía reunir la acción indemmizatoria intentada; el no encontrarse acreditado el indispensable vínculo de causalidad entre las actividades de la demandada o de sus agentes y los daños alegados por el actor; y, por el contrario, el haberse establecido sí que aquellas actividades estuvieron exentas de la presunta culpa. En tales circunstancias, procede examinar la impugnación de dichos fundamentos en orden a determinar si la denunciada contraevidencia respecto de los mismos realmente se ofrece o no.

Entre las pruebas técnicas a que aluden el fallo y su acusador figuran la certificación expedida por el arquitecto jefe de control de la Oficina de Planeación del Municipio de Cali; el experticio practicado en la primera instancia, infructuosamente objetado de error grave por el actor, y corroborado, al decir del sentenciador, por los dictámenes rendidos en el respectivo incidente. Los precitados medios en que se funda el fallo acusado, razonablemente inducen a la conclusión a que éste llegara acerca de la incertidumbre que reina en los autos respecto a que el derrumbamiento ocurrido en el local que ocupara el almacén Caracol del actor tuviera por causa las actividades de construcción de otros locales en el solar contiguo de propiedad de la demandada. Dan cuenta dichos medios de lo siguiente: que la primera de tales edificaciones, de adobe y tierra pisada con cimientos de piedra pegada con barro y con techos deformables, susceptibles de transmitir empujes horizontales a los muros que lo soportaban, databa de ochenta años aproximadamente; que en ella se realizaron obras tales como la eliminación de una de las paredes originales y la sustitución de la misma por un dintel formado de cuatro vigas, cuyo vano o luz era de 3,75 metros, dintel que sustentaba el techo y que, a su vez, se apoyaba en machones de adobe y no en la pared medianera entre las dos propiedades; que esta última clase de obras en edificaciones antiguas, sometidas al deterioro causado por el transcurso del tiempo y por factores adicionales, como filtraciones de aguas, vibraciones producidas por el intenso tránsito de vehículos, etc., son consideradas por los peritos como altamente peligrosas y, en veces, temerarias.

De otro lado, respecto de las actividades de construcción de los locales en el solar de la demandada, tanto la certificación de la Oficina de Planeación de Cali, como los experticios practicados en el juicio, informan que los arquitectos de dicha demandada hicieron una excavación de 90 centímetros de profundidad para cimentar un muro nuevo lindante con el local del almacén Caracol; que para el efecto emplearon herramientas manuales (palas y barretones) que sólo producían vibraciones mínimas; que la consistencia del piso, según exámenes de laboratorio, era ampliamente satisfactoria para la cimentación de tal muro; que la dicha profundidad del cimiento era la misma que la de la pared del local, por lo cual no era necesario tener en cuenta el ángulo de reposo; que la altura y peso del muro construido no podían producir el asentamiento del terreno, dada la compresión de éste; y que, con fundamento en los datos que obran en los autos, los arquitectos de la demandada adoptaron "las precauciones que se presumen necesarias en la vecindad de construcciones de adobe y tierra pisada".

Entonces, frente a esta situación fáctica, descrita por los medios examinados y acertadamente apreciados por el Tribunal, también resulta infundada la acusación de contraevidencia que al respecto se le formula en el recurso. En verdad, hay que concluír con dicho fallo que no existe certidumbre acerca de que los daños alegados por el actor fueran imputables, ni siquiera objetivamente, a las actividades realizadas por la demandada o sus contratistas.

Para terminar: no es indispensable abocar el examen del otro experticio anexo a una inspección ocular extrajuicio y de un concepto rendido por ingenieros de la Cámara de Construcción, medios aportados también por el actor, porque habiéndose fundado el Tribunal en las pruebas antes relacionadas y que son suficientes para sustentar las conclusiones de aquél, era de su autonomía discrecional preferir estas a aquéllos, máxime cuando el dictamen y el concepto referidos fueron practicados extrajuicio y sin citación de parte contraria, por lo cual el sentenciador hubo de calificarlos como meros indicios o presunciones que estima desvirtuados por los medios que sí revisten pleno valor probatorio.

No estando, por tanto, demostrada la contraevidencia, punto de partida de la censura, ésta 'no puede prosperar.

RESOLUCION

En mérito de las razones anteriormente ex-

puestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colómbia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 3 de mayo de 1966 proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Pompilio Rueda frente a María Fernández de García.

Sin costas por no aparecer causadas.

Publíquese, cópiese, notifiquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernésto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

RECUSACION

La causal de impedimento y recusación no consiste en la simple amistad, sino que ésta ha de ser intima. La declaración del magistrado al respecto es respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario.

La causal de impedimento y recusación consignada en el ord. 14 del art. 435 del C. J. es la "amistad intima entre el juez y alguna de las partes". El especificativo "intima" aqui vuntapuesto al término "amistad", encluye, entonces, de esa cousal, la amistad común o comiente, o sea aquella que, según la define el diccionario de la Real Academia Española, es "afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente reciproco, que nace y se fontalece con al trato". Ciertamente, en al plana psicológico de una persona de moralideal normal, investida de la misión de administrar justicia, la mera amistad de esta especie entre ella y alguno de los litigantes no pedría ser, ni la ley entiende que le sea, fuerza capaz de tercer su criterio y quebrantar su conciencia, para proferir una decisión parcial. voile decir contrario a derecho.

Mas, la amistad "intima" de que habla la ley importa un grado mucho mayor en la escala del afecto. Es una comunión de sentimientos y correspondencia de afinidades selectivas, que entraña hermandad espiritual y se exprime en plenitud de confianza. Por oso, como la reza el mismo diccionario, al definir el adjetivo "intimo, a" cual lo "más interior o interno", este concepto "aplicase también a la amistad muy estrecha y al amigo muy querido y de confianza". Es ya en esta última situación, en la que sería difícil al juzgador sustraerse al influjo de la intensidad del afecto y de la fidelidad a la confianza, establecidos entre él y una de lais partes, cayendo en la tortura moral de tener que guardar inflexible rectitud en todos los pasos del trámite y decidir el pleito, si así la exigiere la justicia, en contra de los intereses del amigo de su intimidad. Y aunque, en tan extremas circunstancias, la voluntad del juzgader legrara el temple heraico de determinarso a preceder con la integridad dobida, aun así la sociedad no estaría tranquila ante la conducta del juez a quien viera conociendo del litigio de su amigo íntimo, y la administración de justicia rebajaría su prestigio, uno de cuyos puntales maestros es precisamente el de la imparcialidad de sus ministros.

El dicho del magistrado, que versa sobre una situación suya de orden moral y, por lo tanto, de conciencia, es absolutamente respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario a lo que él afirma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Aprobación: mayo 12/69.- Acta No. 30).

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

El apoderado de la parte demandante, en el juicio sobre filiación natural seguido por Concepción Cortés contra los herederos de Daniel Pachón, diciendo fundarse en el art. 440 del C. J. interpuso recusación contra el H. magistrado de esta Sala, doctor Ernesto Cediel Angel, por la causal 14 del art. 435 ibídem y que, en el caso, hace consistir en amistad intima existente entre el dicho magistrado y el doctor Angel María Pachón, quien es uno de los demandados.

Con el intento de concretar la tacha, dice el recusante lo siguiente:

"a) El señor Magistrado doctor Ernesto Cediel Angel, a quien se ha pasado últimamente el negocio, es amigo íntimo de uno de los demandados, en el juicio anotado, doctor Angel María Pachón, presentándose la causal de recusación prevista en el numeral 14 del art. 435 del C. J. En efecto, esa amistad íntima existe entre ellos desde la niñez, acentuándose en su época de

estudiantes, pues juntos hicieron el bachillerato internos en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y luego sus estudios de Derecho en el mismo establecimiento.

"Tal es lá amistad que existe entre ellos que el Dr. Cediel Angel, siendo Decano de la Facultad de Derecho del Rosario, hizo o participó en el nombramiento del Dr. Angel María Pachón como Síndico de dicha Universidad. Esto demuestra la camarería (sic) que ha existido, en forma ininterrumpida, entre ellos durante toda la vida.

"A lo anterior se agrega el hecho de que ambos son de la región de Ubaté, en donde, como se dijo antes, empezaron su amistad desde niños, amistad que han venido cultivando hasta llegar a laborar juntos en el precitado Colegio del Rosario.

"b) Mis mandantes temen mucho que esa amistad existente, de manera íntima, entre el señor Magistrado Sustanciador y uno de los demandados pueda influir desfavorablemente en el ánimo del señor Magistrado".

Habiéndose pedido al magistrado recusado, el informe de ley, éste respondió así:

"Al hecho a) contestó: al Dr. Angel María Pachón sólo lo conocí cuando entró al Instituto Bolívar de Ubaté a primer año de bachillerato, y desde entonces tengo relaciones de amistad con él, pero no amistad íntima, pues de lo contrario me habría declarado impedido. Es cierto que hice los tres últimos años de bachillerato con él en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, y que cursamos los cinco años de Facultad en ese establecimiento.

"No es cierto que siendo yo Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio del Rosario hubiera hecho el nombramiento del Dr. Pachón como Síndico del mismo, pues es esa atribución privativa de la H. Consiliatura; tampoco es cierto que yo hubiera participado en alguna forma en tal designación, ni que entre los dos haya existido 'camarería' durante toda la vida.

"Al punto b) anoto que no tengo interés alguno en intervenir en la decisión de este negocio, y que fue en acatamiento a la voluntad de la mayoría de la Sala que procedí a redactar el proyecto de fallo".

Ordenada la tramitación del incidente respectivo, abriose éste a prueba por el término legal, dentro del cual únicamente se produjo,

a petición del recusante, un informe emanado de la Secretaría General del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y dirigido al Secretario de la Corte, que en lo pertinente reza así:

"En relación con su atento oficio No. 0174. dirigido al señor Rector de este Colegio Mayor. doctor Antonio Rocha, me permito informar a Ud. que según consta en el Acta de la H. Consiliatura correspondiente al día 16 de abril de 1968 y distinguida con el fl. 156 del Libro de Actas de la H. Consiliatura, en la elección del doctor Angel María Pachón, como Síndico del Colegio Mayor, intervinieron, exclusivamente, el señor Rector Encargado Monseñor Marco Tulio Cruz Díaz v los señores Consiliarios doctores: Antonio Rocha Alvira, Carlos Echeverri Herrera y Juan Rafael Bravo. Actuó como Secretario de la H. Consiliatura, el señor doctor Ovidio Oundjian, quien en esa época desempeñaba las funciones de Secretario General y en consecuencia, tenía la misión de refrendar las Actas pero no tenía voto en las Sesiones de l'a H. Consiliatura".

Para resolver, se considera:

Si con el fin de asegurar la imparcialidad de los jueces y el prestigio de la justicia, se establecieron por el C. J. ciertos motivos que obligan al juzgador a manifestarse impedido y que, cuando así no lo hace, legitiman a las partes para recusarlo, no es menos cierto que semejantes causas de inhabilitación han de entenderse con sujeción al fin buscado por el legislador y que fluye de la precisión de los términos en que se expresa, pues de otra manera se pararía en el extremo de, sin fundamento cierto, poner en penumbra la integridad de los funcionarios jurisdiccionales, que primordialmente se presume, y separarlos, con desorden, del conocimiento de negocios atribuídos a su fuero por la ley.

La causal de impedimento y recusación consignada en el ordinal 14 del art. 435 del C. J. es la "amistad íntima entre el juez y alguna de las partes". El especificativo "íntima" aquí yuxtapuesto al término "amistad", excluye, entonces, de esa causal, la amistad común o corriente, o sea aquella que, según la define el diccionario de la Real Academia Española, es "afecto personal, puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato". Ciertamente, en el plano psicológico de una persona de moralidad normal, investida de la misión de administrar justicia, la mera amistad de esta especie entre ella y alguno de los litigantes no podría ser, ni la ley entiende que lo

sea, fuerza capaz de torcer su criterio y quebrantar su conciencia, para proferir una decisión parcial, vale decir contraria a derecho.

Mas, la amistad "intima" de que habla la lev importa un grado mucho mayor en la escala del afecto. Es una comunión de sentimientos y correspondencia de afinidades selectivas, que entraña hermandad espiritual y se exprime en plenitud de confianza. Por eso, como lo reza el mismo diccionario, al definir el adjetivo "íntimo, a", cual lo "más interior o interno", este concepto "aplicase también a la amistad muy estrecha y al amigo muy querido y de confianza". Es va en esta última situación, en la que sería difícil al juzgador sustraerse al influjo de la intensidad del afecto y de la fidelidad a la confianza, establecidos entre él v una de las partes, cavendo en la tortura moral de tener que guardar inflexible rectitud en todos los pasos del trámite y decidir el pleito, si así lo exigiere la justicia, en contra de los intereses del amigo de su intimidad. Y aunque, en tan extremas circunstancias, la voluntad del juzgador lograra el temple heroico de determinarse a proceder con la integridad debida, aun así la sociedad no estaría tranquila ante la conducta del juez a quien viera conociendo del litigio de su amigo íntimo, y la administración de justicia rebajaría su prestigio, uno de cuyos puntales maestros es precisamente el de la imparcialidad de sus ministros.

Viniendo ahora al caso concreto, materia de este incidente, encuéntrase lo siguiente:

- a) Que el magistrado recusado, doctor Ernesto Cediel Angel, niega tener amistad íntima con el doctor Angel María Pachón. El dicho del magistrado, que versa sobre una situación suya de orden moral y, por lo tanto, de conciencia, es absolutamente respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario a lo que él afirma:
- b) Que los hechos que él acepta, de haber conocido al doctor Angel María Pachón, cuando entró al Instituto Bolívar de Ubaté a primer año de bachillerato; haber desde entonces tenido relaciones de amistad con él; y con éste haber hecho los tres últimos años de bachillerato en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y cursado los cinco años de facultad en ese establecimiento, no constituyen en forma algu-

na la relación personal denominada "amistad íntima" de que trata la ley, cuyo concepto atrás está expuesto. Como tampoco servirían para abonar en tal sentido la pretensión del recusante, las circunstancias de que el doctor Cediel Angel y el doctor Pachón sean oriundos de la misma región y de que, luego del recorrido colegial y universitario dicho, hubieran ambos llegado "a laborar juntos en el precitado Colegio del Rosario":

c) Que no es cierto que, cual lo afirmó el recusante, el magistrado doctor Cediel Angel hubiera, como "Decano de la Facultad de Derecho del Rosario", participado "en el nombramiento del doctor Angel María Pachón como Síndico de dicha Universidad". Semejante afirmación del recusante la contradicen la negación que de tal hecho hace el recusado y el informe transcrito arriba de la Secretaría General del mismo instituto, en donde en la relación de las personas que intervinieron en la elección del doctor Angel María Pachón, como Síndico del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, según la correspondiente acta de la Consiliatura que hizo tal elección, no figura el doctor Ernesto Cediel Angel.

No resulta, pues, acreditada la causal que dio origen a este incidente.

RESOLUCION

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara NO PROBADO el motivo de recusación propuesto en el presente negocio contra el magistrado doctor *Ernesto Cediel Angel*, la cual, por lo tanto, se deniega.

Condénase al, recusante a pagar una multa de treinta pesos (\$ 30.00) a favor del Tesoro Nacional (art. 445 C. J. in fine).

Comuníquese oficialmente esta decisión al dicho magistrado, para los efectos del ord. 20. del art. 147 del C. J.

Publíquese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Emilio Ricaurte T., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL FUERZA MAYOR

Es cuestión de hecho confiada al juicio del sentenciador, no revisable en casación sino por contraevidencia manifiesta.

Si bien el concepto de fuerza mayor lo da la ley, el apreciar su objetividad en la realidad de las relaciones humanas es una cuestión de hecho confiada al discreto juicio del sentenciador, cuyo concepto en el particular no podría serle quebrado en casación mientras no se le convenciera de contraevidencia a través de una acusación por error de hecho manifiesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: mayo del /69.- Acta No. 30).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 19 de noviembre de 1964, proferida en el juicio ordinario seguido por Carlos Higuera Rueda frente a la sociedad "Orduz, García, Vergara, Rozo Limitada".

T

EL LITIGIO

Carlos Higuera Rueda demandó ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá a la sociedad "Orduz, García, Vergara, Rozo Limitada", domiciliada en esta ciudad, para que se le condenase a pagar a aquél lo siguiente: "1) Valor correspondiente al remate efectuado por el Sr. Carlos Higuera Rueda en el municipio de Girón (Santander), en la época y sitio que adelante se determinarán, del impuesto de arena, cascajo y piedra, sobre diez y seis mil noventa y cuatro (16.094) volquetadas (o sea contenido aproxi-

mado de un volquete en su plenitud, de cerca de tres metros cúbicos de material), de arena, cascajo y piedra, o de la cantidad de volquetadas que resultare probada en juicio, a razon de dos pesos (\$ 2.00) m/l la volquetada; o, a razón del valor que resultare probado en el juicio;

"2. Valor de los perjuicios (lucro cesante y daño emergente) ocasionados por los demandados a mi cliente, por razón de su actividad de extracción de arena, cascajo y piedra, del lecho del río de Oro, de la jurisdicción municipal de Girón (Santander) —Inspección de Policía Dptal. de 'Las Bocas', concretamente—, tanto en la materialidad de esa misma prolongada e irregular operación, como en la repercusión económica de la culpa de la sociedad demandada, por su arbitrariedad en dicha empresa (la extracción del material indicado), y la omisión del pago de los valores contemplados en el numeral 10. de esta parte petitoria".

De los *hechos* en que el actor dice fundar su pretensión, cabe hacer el siguiente extracto:

Que el peticionario "fue el rematador del impuesto de arena, cascajo y piedra, del municipio de Girón (Santander), desde el día primero de marzo de mil novecientos sesenta hasta el día 28 de febrero del corriente año" (1962);

que, en su dicha condición de rematador, és se hallaba plenamente autorizado para cobrar la cantidad de dos pesos, por concepto de impuesto de arena, cascajo y piedra, por cada "volquetada" de los mismos materiales, extraída por particulares en la comprensión municipal de Girón, dentro del lapso indicado:

que él mismo ejerce la profesión de comerciante en Bucaramanga, y en Santander en general:

que la sociedad demandada, "por conducto

de sus agentes, empleados o trabajadores en general, estuvo practicando la extracción de arena, cascajo y piedra, de los respectivos yacimientos o minas, dentro de la jurisdicción municipal de Girón", en el sitio y en la época ya referidos, "en forma habitual, permanente y caudalosa", mediante el empleo del número de volquetes y en el modo que el libelo expresa;

que Higuera Rueda está en paz y a salvo para con el Tesoro Municipal de Girón "por concepto de las cuotas correspondientes al remate que se le adjudicó repetidamente", comprensivo de la época referida;

que, a pesar de los varios requerimientos de índole, ya particular ya oficial, hechos a la sociedad demandada, ésta "no solo no ha pagado un solo centavo" al actor, por concepto del valor "causado en contra de aquella, y en favor de éste, sino que ha hecho siempre caso omiso de los derechos y la vigilancia directa o indirecta del rematador Sr. Higuera en la zona a que se han referido los numerales anteriores, y aprovechando para sí los materiales extraídos";

que la labor de extracción así cumplida por la sociedad demandada, en forma irregular y arbitraria, ha obstaculizado el mejor movimiento de los materiales cuyo impuesto fue rematado por el demandante y su más amplio aprovechamiento por parte del mismo en su indicada condición, agravado las condiciones económicas dentro de las cuales obtuvo las correspondientes adjudicaciones, y dificultado, en general, sus operaciones de comerciante; y

que la demandada "tiene la responsabilidad extracontractual o aquiliana", por toda su relacionada actividad, ante el demandante.

El libelo fue contestado en sentido negativo de los hechos en él afirmados, y adversamente a sus peticiones, alegando que si la compañía demandada "utilizó los materiales del lecho del río de Oro en la construcción de la carretera que de Bucaramanga pasa por el Municipio de Girón, lo hizo en desarrollo de un contrato celebrado con la Nación, Ministerio de Obras Públicas, y esa Entidad además de ser la propietaria del lecho de los ríos a tenor de los dispuesto por el art. 677 del C. C., por su misma índole, no paga impuestos de ninguna naturaleza".

Surtidas las pruebas de una y otra parte, sobrevino el fallo de primera instancia, por el cual el Juez 4o. Civil del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todos los cargos que le fueron hechos; y por apelación de la parte actora, abriose el segundo grado del juicio, que soltó el Tribunal Superior con la sentencia de 19 de noviembre de 1964, en que, revocando la del inferior, resolviose en su lugar lo siguiente:

"Primero. Declárase que la Sociedad Orduz, García, Vergara, Rozo Limitada, es civilmente responsable de los perjuicios que le causó a Carlos Higuera en razón de no haberle pagado el impuesto municipal de extracción de arena, cascajo y piedra que tenía derecho a percibir por cada volquetada de materiales del lecho del río de Oro extraída por dicha sociedad a partir del mes de marzo de mil novecientos sesenta.

"Segundo. Condénase a la sociedad demandada a pagarle al demandante Carlos Higuera la cantidad de (\$ 2.00) m. cte., por cada volquetada de materiales del lecho del río de Oro que dicha sociedad extrajo a partir del mes de marzo de mil novecientos sesenta hasta el veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y dos.

"Parágrafo.- El monto de esta condena se fijará mediante el procedimiento que señala el art. 553 del C. J.

"Tercero.- Las costas del juicio, con excepción de las de la segunda instancia, son de cargo de la sociedad demandada".

Procede ahora la Corte a definir el recurso de casación interpuesto por el litigante vencido.

H

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En razón de las pruebas aportadas al debate, el Tribunal tiene por acreditados "fehacientemente" los siguientes hechos: haber el Consejo de Gobierno del Municipio de Girón adjudicado en subasta pública a Carlos Higuera, "el arrendamiento de la renta municipal de extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los ríos, arroyos y fuentes situados dentro de la jurisdicción de dicho municipio, en los períodos comprendidos entre el 1o. de marzo de 1960 y el 28 de febrero de 1962", renta que Higuera se obligó a cobrar bajo su responsabilidad de acuerdo con la tarifa fijada en el pliego de cargos que sirvió de base al remate, "o sea la cantidad máxima de \$ 2.00 por cada volquetada de cualquiera de los materiales extraídos"; ser el actor, según tales contratos, "la única persona autorizada para fijar las zonas de explotación de dichos materiales", y estar obligados los particulares a pagarle el impuesto respectivo; haber resuelto el Consejo de Gobierno Municipal de Girón, mediante acta número 23 de 30 de septiembre de 1960, notificar al representante de la sociedad demandada "para cancelar al rematador de la renta municipal de extracción de arena, cascajo y piedra, señor Carlos Higuera, el valor total del impuesto a razón de dos pesos (\$2.00), por cada volguetada extraída hasta la fecha", resolución para proferir la cual se apoyó en los arts. 677 y 674 del C. C., en la Ley 85 (sic) de 1915, por la cual la Nación cedió a los municipios el derecho de fijar libremente el impuesto sobre extracción de arena, cascajo y piedra del lecho de los cauces de los ríos y arroyos dentro de los límites municipales, confirmado por el decreto ejecutivo número 398 de 1939, y en el acuerdo número 008 de 13 de octubre de 1945, del Conceio Municipal de Girón, aprobado por la Gobernación de Santander, por cuyo art. 88 se creó y fijó el referido impuesto, con base en la dicha cesión de la Nación a los Municipios, autorizado también por el régimen fiscal de Santander: estar la sociedad demandada "construyendo y pavimentando un sector de carretera Bucaramanga-Aguachica por el sistema de contrato v que éste se formalizó mediante la licitación pública y en él los contratistas asumen todo riesgo de pérdida o ganancia y además tiene cláusulas adicionales para gastos imprevistos y por lo tanto, como personas jurídicas (sic) están sometidas al pago de los impuestos nacionales, departamentales y municipales sin que la Nación pueda eximirlos de ello por el hecho de que los contrató para una obra de servicio o utilidad pública como lo es la construcción o pavimentación de una carretera"; el haber extraído la misma sociedad, "a partir del mes de marzo de 1960 gravas y gravillas del lecho del Río de Oro en el sector del Corregimiento de 'Las Bocas' de la jurisdicción del Municipio de Girón, para dar cumplimiento al contrato que celebró con la Nación para la construcción de la carretera Bucaramanga-Aguachica, sin pagar al rematador Carlos Higuera el impuesto correspondiente"; y ser el contrato celebrado por la Nación con la firma demandada, para la construcción de la carretera Bucaramanga-Aguachica, "un contrato a precios unitarios fijos que 'implica la obligación para el contratista de cubrir por su cuenta y a su cargo todos los gastos y todas las erogaciones, por concepto de materiales, elementos, jornales, prestaciones, transportes, administración y demás que la ejecución de la obra demande' (c. 2, fl. 50)".

En seguida, pasa el sentenciador a considerar

que "la sociedad demandada en su condición de contratista, actuaba en su propio nombre y no en el de la Nación v. por consiguiente, era su propia responsabilidad la que comprometía al actuar en desarrollo del contrato celebrado con aquella", y desenvolviendo este pensamiento, a través de la doctrina sobre los contratos de la administración, arriba a la conclusión siguiente: "Se tiene, por tanto, sin entrar a discutir la tesis de que la Nación podía extraer materiales del lecho del río de Oro sin pagar a Higuera el impuesto tantas veces mencionado. que como la sociedad demandada, en su condición de contratista a precios unitarios fijos de la construcción de la carretera Bucaramanga-Aguachica, no goza de las prerrogativas de que disfruta la Nación, está obligada a pagar el impuesto prenombrado por cada volquetada de material extraído a partir del mes de marzo de 1960, y que el no pago del mismo compromete necesariamente su responsabilidad. El hecho de que el Director del Ministerio de Obras Públicas se hubiera dirigido telegráficamente al Gobernador de Santander v al Alcalde de Girón para exigirles que no impidieran 'la entrada a contratistas del Ministerio de Obras Públicas al lecho del Río de Oro para extraer materiales para la construcción, pues de lo contrario nos veríamos obligados a paralizar las obras que se surten de materiales de tal río', no exonera de responsabilidad a la sociedad demandada, puesto que no se trata de un caso de fuerza mayor. Máxime cuando el Ministerio de Obras públicas —según se expresa en la certificación que obra al fl. 29 del cdno. 20., 'no ha dado autorización o aprobación expresa para la utilización de los materiales del lecho del Río de Oro en el Municipio de Girón, Santander', limitándose tan solo a dirigir al Gobernador de Santander y al Alcalde de Girón las comunicaciones a que se hizo referencia".

Y dando así por "plenamente acreditado" el elemento "culpa de la sociedad demandada", encuentra que también lo están el daño consistente "en el valor del impuesto municipal de \$2.00 por cada volquetada de matérial extraído del lecho del Río de Oro por la sociedad demandada", y "el vínculo de causalidad entre la culpa y el daño", por estimar que "sin el error de conducta en que incurrió la sociedad demandada al no pagar a Higuera el impuesto a que estaba obligada, el daño no se hubiera producido".

III

LA DEMANDA DE CASACION

Invocando la causal primera de las que legitiman este recurso, acúsase la sentencia del ad quem, como violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida, a causa de apreciación errónea de determinada prueba. Al efecto, se señala, como precepto sustancial infringido, el art. 2341 del C. C., como prueba mal estimada, un certificado del Ministerio de Obras Públicas visible a los fls. 29 y 29 vto. (sic) del cdno. 20.; y como norma de derecho probatorio quebrantada, el art. 632 del C. J..

A intento de fundamentar la censura, argumenta así su autor:

Que la noción de culpa, como error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño, "es una noción de hecho";

Que "la doctrina y la jurisprudencia consideran que la legítima defensa y el estado de necesidad eximen de responsabilidad, como también los casos en que el autor del perjuicio ha obrado bajo el imperio de la compulsión, ora física, ora moral de una tercera persona, o cuando en la causación del daño interviene la propia víctima";

Que "en el presente caso existe una prueba erróneamente apreciada por el juez ad quem. que demuestra no solo que la sociedad demandada obró en forma prudente y diligente, sino que actuó impelida por un tercero que era nada menos que el Estado colombiano". Y señalando como tal prueba el ya referido certificado del Ministerio de Obras Públicas, el acusador toma de éste, para reproducirlo, el texto de sendos oficios dirigidos por el Director del Ministerio al Gobernador del Departamento de Santander y al Alcalde del Municipio de Girón, de los cuales el último es una mera transcripcion del primero, en que el Director del Ministerio le dice al Gobernador que "Desde el Decrt. No. 21 de 1909 hasta el 607 de 1955, está establecido que las vías públicas tienen sobre los predios rústicos la servidumbre activa de tomar de los lechos naturales, la piedra, cascajo y demás elementos necesarios, para la construcción y conservación de las mismas vías. De modo que la autorización al Municipio queda sujeta a la servidumbre indicada. Por tanto, atentamente solicito de Ud. se sirva ordenar al Alcalde de Girón, que no impida la entrada a contratistas del Ministerio de Obras Públicas al lecho del Río de Oro, para extraer materiales para la construcción, pues de lo contrario nos veríamos obligados a paralizar las obras que se surten de materiales de tal río, ya que el violar el Municipio las disposiciones vigentes sobre la materia, las cuentas que por tal concepto se presenten serían glosadas por la Contraloría";

Que en el mismo certificado se reproduce la cláusula 11a. del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la firma "Orduz, García, Vergara, Rozo Limitada", relativo a la construcción de la carretera, cláusula en uno de cuyos apartes se lee: "Igualmente el interventor hará con la cooperación del contratista y aprobación del Ministerio de Obras Públicas, los arreglos necesarios para el pago de perjuicios a terceros. cuando estos perjuicios no se deban a negligencia o descuido del contratista, pues en estos casos tales pagos los hará el contratista por su cuenta y con sus propios fondos. Las sumas de dinero que se requieran para dar cumplimiento a lo acordado en esta cláusula en lo que corresponda al Gobierno, podrán tomarse de los fondos destinados a este contrato";

Que, como bien lo dice el juez a quo, según la estipulación últimamente transcrita, "quien en principio debía responder por los daños causados a terceros era la Nación"; y que, aunque en la certificación aludida se dice que el Ministerio de Obras Públicas no ha autorizado expresamente a la Compañía para extraer materiales del lecho del río de Oro, la autorización tácita al respecto se colige de las ya referidas comunicaciones al Gobernador de Santander y al Alcalde de Girón;

Que, entonces, en la labor de extracción de algunos materiales del lecho del río de Oro, efectuada por la compañía demandada en virtud del contrato antes citado, ésta obró desde un principio (acta No. 23 de 1960, fl. 6, c. 1) con la autorización del Ministerio de Obras Públicas, "como consta en la prueba erróneamente apreciada" o sea las susodichas comunicaciones del Director del Ministerio al Gobernador y al Alcalde;

Que, así las cosas, al apreciar esta prueba, afirmando que "el hecho de que el Director del Ministerio de Obras Públicas se hubiera dirigido telegráficamente (sic) al Gobernador de Santander y al Alcalde de Girón, para exigirles que no impidieran la entrada a contratistas del Ministerio de Obras Públicas... no exonera de responsabilidad a la sociedad demandada, puesto que no se trata de un caso de fuerza mayor", el Tribunal "incurrió en los siguientes

errores de derecho: 1) No le dio a la prueba el valor pleno que le otorga la ley; 2) No consideró la probanza en forma completa, pues le suprimió su importante característica de ser una orden coercitiva, ya que las cuentas que por tal concepto se presenten serán glosadas por la Contraloría; y 3) Olvidó que no solo la fuerza mayor exime de culpa, pues también tiene el mismo poder liberatorio la culpa de la víctima y el hecho de un tercero. En este caso la orden de la Nación, que además era contratante, compelía a la sociedad demandada y la liberó de cualquier culpa y responsabilidad. No debe olvidarse que el demandante conoció plenamente esta circunstancia".

Por último, luego de copiar un pasaje del fallo de primera instancia en que se dice no aparecer demostrado que la conducta de la sociedad demandada hava sido negligente o imprudente, remata el impugnador el cargo, afirmando que "Si el Tribunal le hubiera dado su valor de plena prueba (art. 632 del C. J.)" al instrumento público en referencia (tal el certificado del Ministerio de Obras Públicas en que se hacen las transcripciones atrás relacionadas), "hubiera llegado a la conclusión de que la demandada, Orduz, García, Vergara, Rozo Ltda., no había incurrido en responsabilidad civil extracontractual (art. 2341 del C. C.), por falta de culpa y en consecuencia habría confirmado el fallo de primera instancia".

Esta demanda fue oportunamente contestada por el opositor.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Todo el recurso está limitado a atacar la sentencia, en el punto en que tuvo por establecida la culpa de la compañía demandada, sobre el hecho de la extracción por ésta de materiales del Río de Oro, en la época a que se refiere la demanda, sin pagar al actor el valor del impuesto municipal causado por esa explotación, cuya renta le había sido cedida por el municipio, a título de arrendamiento.

El recurrente se sitúa en el ámbito de la culpa aquiliana, en el que fue trabada y decidida la litis; y, cual único motivo de censura en casación, le imputa al sentenciador la violación in medio del art. 632 del C. J., por no haberle reconocido al certificado del Ministerio de Obras Públicas, reproductivo de unas comunicaciones dirigidas por este organismo al Gobernador de Santander y al Alcalde de Girón, el

mérito de prueba de fuerza mayor eximente de responsabilidad y haber, entonces infringido indirectamente, por aplicación indebida, el art. 2341 del C. C., al condenar, con base en él, a la compañía demandada, a la indemnización de perjuicios.

Mas la acusación, así propuesta, resulta ineficaz, tanto en lo que toca con el pretendido yerro de valorización probatoria, como desde el punto de vista de la formulación del derecho sustancial que se pretende vulnerado.

a) Afírmase lo primero, porque no aparece que en parte alguna de la sentencia hubiera dicho el Tribunal que el certificado del Ministerio de Obras Públicas no es prueba de su contenido mismo, o sea de las comunicaciones en referencia, para con base en tal supuesto, dictaminar que ellas no acreditan la ocurrencia de fuerza mayor eximente de responsabilidad. No. Lo que el sentenciador afirmó fue que el hecho de tales comunicaciones "no exonera de responsabilidad a la sociedad demandada, puesto que no se trata de un caso de fuerza mayor"; y, como para afianzarse más en este pensamiento, se remite a otro pasaje del mismo certificado en donde se afirma que el Ministerio "no ha dado autorización o aprobación expresa para la utilización de los materiales del lecho del río de Oro en el Municipio de Girón", limitándose únicamente a pasar al gobernador y al alcalde las dos comunicaciones en referencia. Entonces, el Tribunal no le negó su valor probatorio a la certificación del Ministerio -campo en que se sitúa el cargo-, sino que, dando por ciertos los instrumentos que la misma transcribe, no encontró que los hechos a que éstos se refieren configurasen una situación de fuerza mayor para la compañía demandada. Es que una cosa es el valor demostrativo de un documento auténtico acerca de su contenido mismo (art. 632 C. J.), y otra completamente distinta las conclusiones que puedan sacarse de los hechos en que tal contenido consiste o a que el mismo se refiere.

Si bien el concepto de fuerza mayor lo da la ley, el apreciar su objetivación en la realidad de las relaciones humanas es una cuestión de hecho confiada al discreto juicio del sentenciador, cuyo concepto en el particular no podría serle quebrado en casación mientras no se le convenciera de contraevidencia a través de una acusación por error de hecho manifiesto, tacha que no ha sido deducida en este recurso.

b) Y aun en la hipótesis de que esa acusación específica se hubiera propuesto y demostrado,

no se encontraría que en su punto de llegada, tocante con el pretendido quebrantamiento del derecho sustancial, se hubiese éste determinado en su integridad. Porque, dados el hecho dañoso v el causarse del mismo por obra de la sociedad demandada, factores de hecho básicos en el razonamiento del sentenciador y no desvirtuados en casación, tocaba al recurrente alegar v demostrar la preceptiva en que se fundase el motivo exonerante de la responsabilidad de la demandada y que en su concepto. hubiera sido infringida por falta de aplicación. Pero el cargo quedó mútilo por este aspecto, vale decir que dejó de formularse lo que la doctrina jurisprudencial denomina "proposición jurídica completa", reclamada cuando la situación de derecho sustancial sobre que versa el cargo está necesariamente regida por la conjunción de preceptos diversos, de manera que faltando la determinación formal de uno de éstos no se daría la figura jurídica susceptible de ser vulnerada.

No prospera, pues, el recurso.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, Conjuez.

Emilio Ricaurte T., Secretario.

El Banco es culpable del pago del cheque falsificado cuando no tomó precauciones para descubrir la falsedad.

El banco demandado incurrió en culpa cierta y concreta al haber omitido tomar precauciones que las circunstancias ponían a su alcance para descubrir que el primer endoso del cheque era falso, y que el endosatario que lo cobró no podía identificarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada). (Aprobación: mayo 12/69. - Acta No. 31).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Nassim Mezrahi contra el Banco Comercial de Barranquilla.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito dè Barranquilla, Nassim Mezrahi demandó en juicio ordinario al Banco Comercial de Barranquilla para que por medio de sentencia se declare:

"Que el Banco Comercial de Barranquilla, sociedad domiciliada en esta plaza, al no pagar a su beneficiario, señor Nassim Mezrahi, ni a un endosatario legítimo de él, ni a ningún otro endosatario igualmente legítimo, el cheque de gerencia emitido por dicho Banco el 21 de enero del presente año con el número 59903, por la cantidad de catorce mil pesos (\$ 14.000.00) moneda legal, sino a otro el referido instrumento; o—lo que es lo mismo— al pagar indebida e irregularmente dicho cheque, incumplió el contrato de cambio celebrado por medio del mismo y, por consiguiente, debe pagar a mi mandante,

tan pronto se ejecutoríe la providencia que así lo declare, la cantidad expresada, más los intereses comerciales corrientes desde que se operó el pago indebido del instrumento, o desde el momento en que esta demanda sea notificada, hasta el día en que tal pago se cumpla, más las costas del presente juicio.

"En subsidio solicito la siguiente declaración:

"Que el Banco Comercial de Barranquilla, sociedad domiciliada en esta plaza, está obligada a pagar a mi mandante, señor Nassim Mezrahi, la suma de catorce mil pesos (\$ 14.000.00) moneda legal, más los intereses comerciales corrientes de dicha suma desde el 22 de enero del presente año, o desde el día en que esta demanda sea notificada, más las costas del presente juicio, una vez que quede ejecutoriada la sentencia que así lo ordene, por haber pagado a otra persona el cheque de gerencia determinado en la presente demanda, a pesar de ser falsa la firma del beneficiario que ostenta el instrumento, o por no haber identificado debidamente a los supuestos endosante y endosatario que figuran al dorso del mismo, o por ambas causas a la vez".

En sustentación de estas peticiones afirmó el actor en la demanda los siguientes que se extractan: que el jueves 21 de enero de 196() el Banco Comercial de Barranquilla expidió en favor del actor el cheque de gerencia número 59903 de la misma fecha, por la cantidad de \$ 1'4.000.00; que el 22 de enero, o sea al día siguien te de expedido el cheque, el Banco demandado lo pagó indebida e irregularmente; que, en efecto, en la fecha últimamente citada el Banco pagó dicho cheque, pero no a su beneficiario Mezrahi, ni a un endosatario de éste, ni en general a nadie que fuera endosatario legítimo, pues la firma del beneficiario Mezrahi fue falsificada. ni corresponde a él la cédula de ciudacianía que aparece al pie de esa firma; el pago se hizo a uno de los dos imaginarios e inexistentes endosatarios que figuran también al reverso

del cheque, que el Banco no identificó oportunamente ni ha podido identificar después, pues uno de los simulacros de firma de estos presuntos endosatarios es ilegible, y el otro no corresponde tampoco a ninguna persona natural que tenga existencia física, y si la tienen seguramente sus firmas no son las que allí aparecen; que con el pago irregular que el Banco hizo del cheque, el actor sufrió perjuicios que no le han sido indemnizados; y que la firma del actor está registrada en el Banco demandado desde hace mucho tiempo atrás, como una de las personas que puede girar sobre la cuenta corriente que en el mismo Banco tiene la sociedad "Nassim Mezrahi e Hijos, Sucesores", cuenta que tiene movimiento continuo con la firma de aquél, firma ésta que por lo tanto es suficientemente conocida por el Banco.

El Banco contestó la demanda aceptando ser cierto que expidió y pagó el cheque en las fechas indicadas en la misma, y que la firma del actor está registrada en el Banco y es suficientemente conocida por éste. Negó los demás hechos, y afirmó que el Banco no fue notificado por el actor de que debía abstenerse de pagar el cheque.

Adelantado el juicio, el Juzgado del conocimiento finalizó la primera instancia con sentencia de fecha 14 de noviembre de 1964, por la cual acogió la acción contractual principalmente ejercitada en la demanda, y en consecuencia condenó al Banco demandado a pagar el valor del cheque, con intereses corrientes a partir de la fecha de la demanda, y las costas del juicio. Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la suya de 30 de julio de 1965, la revocó parcialmente en el sentido de acoger la acción subsidiariamente interpuesta de responsabilidad civil extracontractual, y la confirmó en lo demás, pero con la adición de que los intereses corrientes se liquidaran por el procedimiento del artículo 553 del C. J. Contra esta sentencia recurrió en casación la parte demandada:

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Haciendo referencia únicamente a los aspectos que tocan con el recurso de casación que ahora se decide, el Tribunal parte de la base de que al caso sub lite le es aplicable el art. 191 de la L ey 46 de 1923; dice que conforme a la jurisprudiencia y la doctrina "tal disposición consagra una responsabilidad de los Bancos por el pago de cheques falsos, no con fundamento en mera culpa, 'sino que comprende el riesgo crea-

do como algo anormal en el comercio bancario"; cita en apoyo de esta afirmación una sentencia de la Corte, y agrega luego: "Claro está que esta jurisprudencia ha sido atemperada con la facultad que se le concede al Banco para demostrar que hubo culpa o dolo de parte del depositante o beneficiario, para descargarse total o parcialmente de responsabilidad", y trae a cuento sobre este particular otras doctrinas de la Corte. Entra luego a examinar si efectivamente la firma del beneficiario del cheque fue falsificada, y con base en pruebas que analiza llega a la conclusión positiva, para deducir luego que "en esas circunstancias, cabe, pues, deducir responsabilidad al Banco por el pago indebido del cheque por una persona que no era legítimo tenedor, porque el endoso no provenía del beneficiario, por haber sido falsificada su firma". Más adelante, refutando la tesis del Banco de que el cheque fue pagado de buena fe. y de que por lo mismo al caso es aplicable el art. 1634 del C. C., tras decir que tratándose de un instrumento negociable son las disposiciones del estatuto especial sobre la materia las pertinentes, agrega "que la buena fe del Banco en el pago de un cheque que ha sido falsificado no juega papel alguno, porque la ley, la doctrina v la jurisprudencia lo responsabilizan por el hecho mismo de ejercer una profesión o industria como es la bancaria. Además, puede haber buena. fe-y concurrir también negligencia o culpa del Banco". Refuta luego la tesis de que el art. 191 de la Ley 46 sea aplicable sólo a los giradores de cheques y no a los beneficiarios o endosatarios de los mismos, pues, dice, "esa responsabilidad se deduce del ejercicio profesional de la industria bancaria, ya que la doctrina y la jurisprudencia han avanzado para deducir responsabilidad a los profesionales cuando no cumplen sus obligaciones como tales", tesis que apoya en una doctrina de la Superintendencia Bancaria conforme a la cual un banco queda exento de responsabilidad, según el art. 90 de la Ley 46 de 1923, cuando de buena fe paga un cheque a un segundo endosatario y el primer endoso era falso, pero a condición de que el Banco hava obrado sin culpa, pues si ha omitido precauciones habituales que le hubieran permitido descubrir la falsedad del primer endoso, entonces si será responsable. Luego de considerar el Tribunal acertada esta doctrina de la Superintendencia, coloca el caso de autos bajo ella, para deducir también por este nuevo aspecto responsabilidad al Banco demandado, tras examinar algunas pruebas y llegar a la conclusión de que éste incurrió en culpa al omitir precauciones que le habrían permitido descubrir la falsedad de la firma del beneficiario del cheque, lo mismo que advertir la falta de identificación de quien lo cobró. Rematando todas sus consideraciones, dice textualmente el Tribunal: "Considera, pues, la Sala que el Banco demandado es civilmente responsable por haber pagado el cheque de gerencia citado con la firma del beneficiario falsificada, y por no haber observado las precauciones del caso al hacer el pago ante las irregularidades que presentaban los endosos. Y como no se ha demostrado la culpa del demandante, quien oportunamente avisó al Banco sobre el extravío del instrumento, según prueba que obra en los autos. entidad que hizo las averiguaciones del caso para establecer la identidad de la persona o personas que lo cobraron, su responsabilidad comprende el pago total al demandante de la suma de catorce mil pesos (\$14.000.00) moneda legal, valor del cheque, más los intereses corrientes".

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos se formulan en la demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, ambos dentro de la causal primera, es a saber:

Primer cargo, Se formula por violación directa de ley sustantiva, por interpretación errónea del art. 191 de la Ley 46 de 1923, y falta de aplicación de los arts. 2341, 2356, inciso 10., y 2357 del C. C.

La sustentación empieza por recordar que en las diversas sentencias de casación en que la Corte ha interpretado el art. 191 de la Ley 46 de 1923, ha tenido la precaución de atemperar el riesgo profesional del banquero "en el sentido de que debe compartirla con el girador y el beneficiario, endosante y endosatarios, por el tanto de culpa, total o parcial, que les haya cabido en el pago del cheque falso cuya cantidad se haya aumentado", y cita al efecto las contenidas en los tomos XLIV, pág. 405 y ss., XLVII, págs. 68 y ss. y LV pág. 51, de la Gaceta Judicial, poniendo de presente cómo en virtudde esta última "quedó definitivamente establecida tal responsabilidad (la de los banqueros) en el campo de la culpa subjetiva que informa a nuestro derecho privado". Agrega en seguida que por lo tanto el art. 191 no puede interpretarse contra los bancos como una relación mecánica de causalidad, aplicable contra ellos sin atenuantes, pues conforme a los fallos citados de la Corte "se desplazó la justicia social otra vez a su molde clásico de la culpa subjetiva, tanto del Banco como de su cliente. ... con su relativa

compensación de culpas y repartición total o parcial del daño, en cada caso". Entrando a referirse concretamente a la sentencia acusada, dice que ella "le da el sentido de riesgo creado al art. 191 de la Ley 46 y, atendiendo a que los peritos concluyen que la firma del beneficiario es falsa, hace el argumento arriba resumido: todo banco es responsable del pago que haga de un cheque falso; el cheque que pagó era falso, luego es responsable. Y de la totalidad del importe. No reparó en la culpa del Sr. Mezrahi durante la custodia o guarda del cheque, que dejó perder, dando lugar a la falsedad de la firma y a la suplantación del cobrador por un beneficiario, cesionario o tenedor incógnito. Acuso pues la sentencia por ser violatoria de ley sustantiva, por interpretación errónea del analizado art. 191. El Tribunal se detuvo en un ámbito de interpretación errónea y además hoy incompleto, al no darle a la conducta del Sr. Mezrahi el alcance culposo que le asignan los arts. 2341, 2356, primer colon, y especialmente el 2357 del C. C., pues si el Sr. Mezrahi sufrió un daño, ello se debió a que, como dice ese texto, "se expuso a él imprudentemente". Termina diciendo que acusa también el fallo por falta de aplicación de los preceptos del C. C. mencionados.

SE CONSIDERA

Formulado como viene el cargo por errónea interpretación del art. 191 de la Ley 46 de 1923, ello pone de presente el supuesto de que él da por aceptado que la hipótesis de hecho que constituye la materia del presente juicio, o sea en general el pago por un banco de un cheque de gerencia falsamente endosado, cae bajo la disciplina de aquella norma, cuyo, factum supone la existencia de un contrato de depósito bancario entre las partes.

Así las cosas, la errónea interpretación que de dicha norma se le achaca al Tribunal consiste sustancialmente en que éste, por haber considerado que en aquella disposición está consagrada la teoría del riesgo creado (se subentiende que en su forma más absoluta y rigorosa), estimó que la culpa en que según la censura incurrio el demandante era hecho indiferente en el que por lo mismo no había lugar a reparar para efectos de medir, al través de una compensación total o parcial de culpas, el grado de la responsabilidad del banco demandado. Es en esto en lo que fundamentalmente estriba el cargo que se examina.

Mas este planteamiento no corresponde a la realidad, como se desprende al someterlo a cotejo con los razonamientos pertinentes de la sentencia. De tal cotejo resulta, en verdad, que el Tribunal no le dio al art. 191 la interpretación que el cargo le atribuye, o sea la de haber visto en él una consagración de la teoría del riesgo creado en su forma más aguda y radical, esto es en la que admite la liberación del responsable: sino que lo entendió en el sentido que, por el aspecto considerado, el mismo recurso defiende y sustenta, o sea en el de que el banco responsable puede liberarse total o parcialmente demostrando culpa de la víctima. tesis esta que ciertamente es la que la jurisprudencia de la Corte ha venido siempre acogiendo. unas veces hablando en función de la teoría del riesgo creado, pero tomada con un alcance relativo o atenuado (XLIV, 405 y ss., XLVII, 68 y ss.), y otras colocando al banco demandado bajo una presunción de culpabilidad (XC, 354, CVII, 27).

En efecto, no obstante que la sentencia acusada alude en varios de sus pasajes al riesgo creado, forzoso es entender que lo hace en el sentido relativo o atenuado en que se refirió a ese fenómeno la primera de las doctrinas jurisprudenciales que se acaban de citar, o simplemente que al expresarse así incurrió solo en una exageración de lenguaje. Porque es evidente que la motivación del Tribunal se desenvuelve y desarrolla con razonamientos que no sólo tácita sino expresamente admite que el art. 191 no cierra al banco responsable la posibilidad de exoneración mediante la compensación de culpas. Lo que se deduce de la sentencia es lo contrario: que el banco tiene siempre esa oportunidad de exoneración, en cuanto pruebe culpa de la víctima. Pero como en el caso de autos el Tribunal no encontró que existiera prueba de una conducta culposa del actor, a tal circunstancia correspondía lógicamente la consecuencia de que no hiciera la compensación de culpas cuya ausencia extraña el recurrente.

Tan cierto es lo que se afirma en el párrafo anterior, que el Tribunal en su sentencia, luego de llegar a la conclusión de que el caso de autos encaja dentro de la órbita del riesgo creado, remata con la siguiente consideración que respalda con la cita de sentencias de la Corte: "Claro está que esta jurisprudencia ha sido atemperada con la facultad que se le concede al Banco para demostrar que hubo culpa o dolo de parte del depositante o beneficiario, para descargarse

total o parcialmente de responsabilidad". Y más adelante expresa: "Y como no se ha demostrado culpa del demandante, quien oportunamente avisó al Banco sobre el extravío del instrumento; según prueba que obra en los autos... su responsabilidad comprende el pago total al demandante de la suma de \$14.000.00 moneda legal, valor del cheque, más los intereses corrientes". Otros pasos de la sentencia pudieran citarse aquí con el propósito atrás indicado, pero los transcritos son suficientes.

Aunque lo dicho es suficiente para rechazar el cargo, no sobra observar que la decisión del Tribunal viene apovada no sólo en las premisas que el cargo combate, sino también en haber encontrado, mediante el análisis probatorio pertinente, que el Banco demandado incurrió en culpa cierta y concreta al haber omitido tomar precauciones que las circunstancias ponían a su alcance para descubrir que el primer endoso del cheque era falso, y que el endosatario que lo cobró no podía identificarse, o sea que por este aspecto el Tribunal juzgó también el caso a la luz de las reglas generales en materia de responsabilidad civil extracontractual. Como este otro fundamento del fallo no puede entenderse comprendido por la acusación, dado que ésta se desenvuelve en torno a la equivocada interpretación del art. 191 de la Ley 46, que nada tiene que ver con tal fundamento, dedúcese que aun en el caso de haber incurrido el Tribunal en el defecto de interpretación que se le imputa, la sentencia acusada siempre tendría que ser mantenida.

Por los motivos expuestos, el cargo no prospera.

Segundo cargo.- Se formula por violación indirecta de ley sustantiva a consecuencia de error de hecho en la apreciación de la prueba.

La sustentación empieza por afirmar que el Tribunal, después de deducir la responsabilidad del Banco, agrega que "como no se ha demostrado la culpa del demandante, quien oportunamente avisó al Banco sobre el extravío del instrumento, según prueba que obra en autos;... su responsabilidad comprende el pago total...", frase ésta de la cual parece deducirse que si el Tribunal hubiera encontrado culpa en el actor, la condena no habría sido total. "v que la ausencia de culpa la ve en que dicho señor oportunamente avisó al Banco sobre el extravío del instrumento, según prueba que obra en autos". Sobre lo cual comenta el recurrente que el sentenciador incurrió en error de hecho manifiesto, pues el aviso que el actor dio al Banco

respecto a la sustracción del cheque y la consiguiente instrucción de no pagarlo, fue inoportuno y tardío, pues se dio dos días después de hecho el pago, conforme a las siguientes pruebas que el Tribunal no vio: a) un memorial del apoderado del actor, en el que al formular una pregunta a un testigo dice: "Como es verdad que dos o tres días después de expedido el cheque de gerencia... el señor Mezrahi le manifestó a Ud. que iba a avisar que dicho cheque había desaparecido de su escritorio, razón por la cual solicitaría un duplicado": b) la declaración del testigo César Angulo, quien manifestó v confirmó lo expresado en la pregunta a que se refiere el literal anterior: c) el libelo de demanda, en donde se afirma que el cheque fue comprado el 21 de enero y cobrado el 22 del mismo mes, datos que confirma la fotocopia de dicho cheque que obra en autos; y d) la afirmación hecha por el apoderado del actor en su alegato de primera instancia, quien dice allí que el 21 de enero fue jueves, el 22 viernes, y que el actor fue al Banco a dar el aviso "quizás el sábado 23, pero posiblemente el lunes 25, porque el sábado no hay bancos". Expresa luego el recurso que el error de hecho contra lo que es manifiesto en autos, consiste en que el fallador afirma que el aviso de la sustracción lo dio el actor "oportunamente". Y el error no manifiesto en que no advirtió "que un comerciante que no cuida de sus cheques y se los deja sustraer de su escritorio, comete una culpa y grave, pues es su oficio manejar valores y dineros". Agrega que el actor podía disponer por acción u omisión de su cheque en cuanto él fuera el único perjudicado, "pero no subsiste ese derecho si por y con su culpa causa daño a otro, como aquí el Banco. Al no tener en cuenta el Tribunal, pues. las confesiones del actor contenidas en la demanda, en el memorial de pruebas y en el alegato de la primera instancia, ni el dicho del testigo Angulo, pruebas relativas a la fecha en que se hizo el pago del cheque y el momento en que se dio el aviso de la sustracción, violó los arts. 593 (hechos básicos de la demanda), 604, 606 (confesión judicial), 696 sobre presunción grave del dicho de un testigo, confirmado en este caso por el mismo demandante, por falta de aplicación, y esa omisión lo condujo a violar la ley sustantiva. en cuanto los arts. 2341, 2356, primer colon v 2357 del C. C., hacen responsables al Sr. Mezrahi de su propia culpa, que dio lugar al perjuicio o daño que él mismo sufrió... Pero también fueron violados estos artículos en cuanto y por cuanto no vio un error de conducta culposa en alto grado, cuando el Sr. Mezrahi dejó extraviar su propio cheque y según dice, de su escritorio.

Sin esta culpa, el daño no se habría producido".

CONSIDERA LA CORTE

En dos sentidos estima el recurrente que incidió en la decisión del litigio el error de hecho en la apreciación probatoria que le imputa al Tribunal: primero, en haber tenido como probado que el actor dio oportunamente aviso al Banco de que el cheque le había sido sustraído; v. segundo, en no haber deducido del hecho de que el actor hubiera dejado extraviar el cheque. un error de conducta suvo, culpable en alto grado. Previa recordación de que en la apreciación de las cuestiones de hecho gozan los Tribunales de discrecional autonomía, v por consiguiente sus juicios al respecto son intocables en casación mientras no se demuestre que están afectados de contraevidencia, procede entonces en este caso examinar y de las pruebas que la censura señala como no tenidas en cuenta por el Tribunal de Barranquilla resulta efectival...ente establecido, de modo manifiesto que el avira fue inoportuno, o que el extravío del cheque se debió a culpa del actor.

Por lo que toca con lo primero, de las pruebas en referencia surge, y en ello por lo demás no discrepan las partes, que el cheque fue expedido el 21 de enero, que fue pagado al día siguiente, y que dos o tres días después de la expedición del cheque, cuando éste ya había sido pagado, el actor se presentó al Banco a informar que el cheque le había sido sustraído de su escritorio.

¿Pero puede deducirse de tales pruebas que efectivamente, como lo afirma el recurso, el actor fue descuidado o negligente en dar el aviso en mención, es decir, que obró en ese sentido en forma tardía e inoportuna; que si hubiera obrado con cuidado y diligencia a ese respecto, se habría frustrado el pago del cheque; y que por todo ello incurrió en una culpa que lo hace cargar con el daño que el pago del cheque causó?

Para la Sala es indudable que el anterior interrogante no puede ser contestado sino negativamente. La razón para que así tenga que ser consiste simplemente en que la inoportunidad o tardanza en dar el aviso, y por lo mismo la conducta negligente o descuidada del actor, no pueden medirse con sólo comparar las fechas en que el cheque se expidió, se pagó, y se dio el aviso de su sustracción. Como es apenas elemental observarlo, para aquellos fines la comparación exige un extremo ineludible, cual es el

conocimiento del momento en que el actor advirtió que el cheque le había sido sustraído, momento en el cual vino precisamente a nacer para él el de deber de ser cuidadoso y diligente participando de inmediato al Banco aquel conocimiento. Parece obvio que a nadie puede serle exigido un especial comportamiento en relación con circunstancias que ignora o desconoce.

Ahora bien, ninguna de las pruebas objetadas en el recurso acredita el hecho de que el actor supo de la sustracción del cheque con anterioridad al momento del pago de éste, en condiciones que le hubieran permitido, dando el correspondiente aviso al Banco, impedir tal pago. No más de lo cual resulta, conforme a lo arriba dicho, que no es posible calificar como inoportuna y tardía la noticia que del extravío del cheque dio el actor al Banco, ni por lo mismo deducir de ello culpa de parte del primero.

Todavía más, aparte de la celeridad con que se produjeron la recepción del cheque por el actor, su sustracción y su pago, celeridad indicativa de que el señor Mezrahi pudo no darse cuenta de la sustracción a tiempo para impedir el pago, es lo cierto que si el recurrente deriva la culpa que le imputa al actor de la confesión que descubre en el alegato de primera instancia, tal confesión debe entonces tomarse en su integridad v no fragmentariamente. Y si allí se reconoce que el aviso al Banco se dio dos o tres días después del expedido cheque, también se dice que el señor Mezrahi dio tal aviso tan pronto como advirtió la sustracción de aquél, o sea que tanto lo uno como lo otro sucedió dos o tres días después de expedido el cheque, es decir, cuando éste ya había sido pagado, lo cual descarta que por el aspecto considerado el actor hubiera incurrido en culpa relacionada causalmente con tal pago.

Si lo que tendría relevancia jurídica en el caso de autos sería que el actor hubiera dado inoportunamente el aviso, en el preciso sentido antes indicado, no que lo hubiera dado oportunamente, síguese que no estando acreditado lo primero, viene a ser indiferente que el Tribunal hubiera dado por existente lo segundo, y tanto que ningún desquiciamiento se habría producido en la arquitectura del fallo si el Tribunal se hubiera ahorrado la consideración inútil de que el aviso había sido dado oportunamente.

Quiere decir, pues, en síntesis, que si de las pruebas en que toma pie el cargo no surge la demostración positiva de que el aviso de sustracción del cheque se hubiera dado inoportunamente, no puede hablarse de que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho al no considerar probada mediante ellos esta circunstancia.

En cuanto al segundo aspecto por el cual viene planteado el cargo, o sea que el haber ignorado el Tribunal las pruebas aludidas le impidió ver una culpa del actor en el hecho de que hubiera dejado extraviar el cheque, ello podría ser así si en este caso el mero extravío constituvera prueba evidente de dicha culpa, y destruyera por lo mismo la conclusión afirmada por el Tribunal de que en autos no aparece demostrada una conducta culposa del actor. Siendo notorio que del mero extravío del cheque no puede sin más deducirse la culpa, y que por lo demás en las pruebas señaladas por el recurrente no aparece dato alguno relativo a la circunstancia en que el extravío se produjo, ni por lo mismo medio lógico alguno de vincular un comportamiento descuidado o negligente del actor a la causación de ese suceso, salta a la vista entonces que no puede afirmarse que el Tribunal hava incurrido en el error de hecho de dar por probado algo por haber ignorado o no haber tenido en cuenta medios probatorios obrantes en autos que demuestren evidentemente lo contrario.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

RESOLUCION

En virtud 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de fecha treinta (30) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio ordinario seguido por Nassim Mezrahi contra el Banco Comercial de Barranquilla.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo, Secretario.

PROMESA DE CONTRATO

Es ineficaz cuando la fecha de su cumplimiento se deja al arbitrio del prometiente comprador.

La promesa de celebrar un contráto no producía en ningún caso obligación alguna, de conformidad con el art. 1611 del C. C. pero este artículo fue derogado y sustituído por el 89 de la Lev 153 de 1887. En virtud de esta última disposición, la promesa de celebrar un contrato es hoy fuente de obligaciones, siempre que se den las siguientes circunstancias: 1a. Que la promesa conste por escrito; 2a. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes decláran ineficaces, es decir, que debe amoldarse a las prescripciones del art. 1502 del C. C. y de no estar prohibido por ley alguna; 3a. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato: y 4a. Que el contrato prometido se determine de tal suerte que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Estas características le dan al contrato de promesa la naturaleza de solemne, porque para su validez se requiere la concurrencia de tales requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de derechos, es decir, que dichos requisitos se exigen ad substantiam actus por referirse à la existencia misma del contrato, y no simplemente ad probationem. En consecuencia, si faltaren tales requisitos o uno de cualquiera de ellos, el contrato de promesa carece de validez y no produce efectos civiles.

El tercero de los requisitos que la ley exige para que el contrato de promesa produzca efectos civiles, es, como ya se dijo, que contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato.

La ley contempla de manera expresa que el plazo o condición fije la época para la celebración del contrato prometido; si el plazo o la condición fueren indeterminados en cuanto al tiempo, no fijan la época de tal celebración y la promesa carece de validez jurídica.

Este tercer requisito fue el que el Tribunal halló falto en el contrato de promesa de compraventa a que se refiere la demanda inicial del juicio, porque en la cláusula quinta del documento respectivo se dejó a la mera voluntad del prometiente comprador señalar la fecha para el otorgamiento de la respectiva escritura pública, dando aviso a la prometiente vendedora con 15 días de anticipación, por lo menos.

De aquí dedujo el sentenciador que la promesa "no contiene la época para el cumplimiento de la obligación"; que el otorgamiento de dicha escritura avedó sometido a día incierto e indeterminado, puesto que dependiendo su fijación de la simple voluntad del prometiente comprador, "no se sabe si ha de llegar, ni cuándo"; que el día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, como la preceptúa el artículo 1141 del C. C., sujeto a las reglas de las condiciones; que la condición a que se sometió la promesa de compraventa es potestativa y dependiente de la voluntad del prometiente comprador; que dicha condición es puramente potestativa, por lo cual las obligaciones contraídas bajo tal condición son nulas, según el art. 1535 del C. C., primer inciso; y que, en consecuencia, el contrato suscrito en esta forma es ineficaz conforme al art. 89 de la Lev 153 de 1887.

En estas condiciones el Tribunal aplicó rectamente la disposición últimamente citada y no hay base, en consecuencia, para quebrar el fallo acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: mayo 16/69.- Acta No. 33)...

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de junio de 1966, dictada por el Tribunal Superior de Soatá en el ordinario de Bernarda Goyeneche y otros frente a Isaura Osorio de Torres.

Ι

ANTECEDENTES

- 1. Por documento privado fechado en Boavita el 27 de agosto de 1943, Isaura Osorio G. prometió vender al Presbítero doctor Juan N. Goyeneche, una casa de habitación de madera y teja con huerto, y un terreno denominado "El Salitre", inmuebles ubicados en la vereda de San Isidro en jurisdicción de aquel Municipio y alindados como se expresa en dicho documento:
- 2. Se fijó el precio en la suma de \$1.200.00 "que la señora Isaura Osorio G. confiesa tener recibida de mano del Dr. Goyeneche", y se estipuló que "el contrato aquí prometido será elevado a escritura pública otorgada en la Notaría que designe el comprador, dentro del Departamento de Boyacá y en la fecha que éste señale, para lo cual el comprador dará aviso al vendedor con 15 días de anticipación, por lo menos" (cláusula 5a. del contrato), siendo de cargo de ambos contratantes el costo de la escritura respectiva;
- 3. El prometiente comprador falleció el 24 de mayo de 1960 (fl. 6 cdno. 1) y en su juicio de sucesión, abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, fueron reconocidos como herederos Bernarda Goyeneche Carvajal en su carácter de hermana legítima del causante, y Luis Fernando Goyeneche Poveda, Margarita María Goyeneche Poveda y Estela o Julia Goyeneche Vargas, sobrinos del de cujus, en representación de su padre José Clodomiro Goyeneche Carvajal (fls. 4 y v., cdno. 1).

H

EL LITIGIO

4. Bernarda, Margarita María y Luis Fernando Goyeneche, demandaron a la prometiente vendedora, Isaura Osorio de Torres, para que con su citación y audiencia se hiciesen estas declaraciones y condenas: a) Que el contrato de promesa de compraventa contenido en el documento privado de 27 de agosto de 1943, cele-

brado entre la demandada y el Presbítero doctor Juan Nepomuceno Goyeneche, es válido para todos sus efectos legales; b) Que, en consecuencia. la demandada está obligada a otorgar a los demandantes, como representantes de la sucesión del prometiente comprador, la correspondiente escritura pública, seis (6) días después de ejecutoriado el fallo que le ponga término al juicio: c) Que si la prometiente vendedora estuviere en imposibilidad de cumplir con su obligación de otorgar la respectiva escritura pública para el perfeccionamiento del contrato, se le condene a restituir los \$ 1.200.00 moneda corriente que recibió como precio y a pagar a la sucesión del Presbítero doctor Goveneche los perjuicios resultantes de su incumplimiento: d) Que se le condene igualmente a pagar a los representantes de la sucesión del nombrado doctor Goyeneche, la mitad de los gastos que tengan que hacerse para el otorgamiento del título escriturario: v e) Que si la demandada se opusiere, se le condene al pago de las costas del juicio.

Isaura Osorio de Torres se opuso a las peticiones de la demanda manifestando que la parte actora carecía de derecho para solicitar el cumplimiento del contrato.

5. Tramitado el juicio, el Juzgado del conocimiento falló la primera instancia así: 10.) Negó las peticiones de la demanda: 20.) En su lugar declaró absolutamente nulo el contrato de promesa de compraventa a que se refiere el libelo inicial: 30.) En consecuencia, condenó a la demandada Isaura Osorio de Torres a reintegrar a la sucesión del Presbítero doctor Juan N. Goyeneche, "representada aquí por sus herederos Margarita G. de Goveneche, Bernarda y Luis Fernando Goyeneche", la suma de mil doscientos pesos (\$1.200.00) moneda legal. que recibió como precio del contrato prometido; 40.) La condenó igualmente a pagar a la referida sucesión, "los intereses legales de la misma suma de mil doscientos pesos (\$1.200.00) causados desde el día 9 de mayo de 1960 hasta el en que el pago de ella se verifique"; y 50.) Dispuso la cancelación de la inscripción de la demanda para lo cual ordenó librar el correspondiente despacho al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito respectivo, y no hizo condenación en costas.

Ambas partes apelaron del fallo de primer grado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá, al decidir el recurso, confirmó los puntos 10, 20, 30 y 50 de lo resolutivo de la sentencia del Juzgado; reformó el numeral 40.

"en el sentido de que los intereses legales se causan desde el día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y tres fecha en que se suscribió el precontrato"; y revocó la absolución de costas, condenando a la parte demandante a las de primer grado.

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal analiza la promesa de compraventa base o fundamento del presente litigio, a la luz de lo dispuesto en el art. 89 de la Ley 153 de 1887; expresa que reune los requisitos de los numerales 10, 20 y 40 de dicho artículo. mas no el del numeral 30, puesto que en el documento respectivo no se fija plazo o condición que establezca "cuándo los prometientes contratantes deben celebrar el contrato".

Desarrollando su pensamiento sobre el particular, el fallador dice que de la lectura atenta del documento de promesa, se deduce claramente que no contiene la época para el cumplimiento de la obligación, porque el otorgamiento de la escritura correspondiente quedó sujeto a un día incierto e indeterminado. "puesto que no se sabe si ha de llegar, ni cuándo"; que el día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición: que la promesa de compraventa se sometió a una condición potestativa, dependiente de la mera voluntad del prometiente comprador, siendo incuestionable "que éste podía o no fijar la fecha para la firma de la escritura": que en tales circunstancias se trata "de una condición puramente potestativa y las obligaciones contraídas bajo esta modalidad son nulas, conforme a lo dispuesto por el art. 1535 del C. C."; y que, por consiguiente, dependiendo la condición unicamente de la voluntad del prometiente comprador, "quien podía a su arbitrio fijar o no fecha para la celebración del contrato de venta", la obligación de otorgar la escritura es nula, y al contrato de promesa de compraventa le faltó "el tercer requisito para que tenga vida jurídica", conforme al citado art. 89 de la Lev 153 de 1887.

IV EL RECURSO

Se formulan dos cargos contra la sentencia

del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera de casación.

Primer cargo. Es por violación directa de ley sustancial.

Expresa el recurrente que de conformidad con là cláusula quinta del contrato, "ambas partes quedaron obligadas a perfeccionar la compraventa" y que la naturaleza misma del contrato de promesa implica que ambas partes asuman tal obligación; que "en estas condiciones no puede decirse, como lo hizo el Tribunal, que era incierto el hecho de que el prometiente comprador diera algún día el aviso para que comenzara a correr el término de 15 días para el otorgamiento de la escritura"; que esa opinión del Tribunal equivale a "presumir" que el prometiente comprador renunciaría al derecho de que se le transfiriera el dominio del inmueble, lo cual vale tanto como "presumir la donación de tal derecho" con violación del art. 1450 del C. C., por falta de aplicación; que cuando una persona tiene el derecho a que se le transfiera una propiedad, "debe presumirse que lo eiercitará para que tal transferencia se cumpla": que el prometiente comprador había pagado totalmente el precio, lo cual quiere decir que había cumplido su obligación y, por tanto, era simple acreedor de la obligación a cargo de la vendedora de otorgarle la escritura pública de compraventa: que no existe, en consecuencia, "ninguna incertidumbre" por este aspecto; que era un hecho cierto el de que el comprador exigiría el otorgamiento de la escritura a la prometiente vendedora, "sólo que el plazo para tal otorgamiento quedó indeterminado, porque empezaba a correr a partir del aviso que aquel diera, es decir, quince días después de tal aviso"; que la cláusula quinta del contrato de promesa, sobre la cual gira el resultado del litigio, contiene un plazo cierto pero indeterminado, "porque debe presumirse que necesariamente llegaría, pero no se sabía cuándo"; que si ese plazo no era cierto pero indeterminado, de ser incierto, "si se considera que podía llegar o no el aviso, resultaría entonces determinado el plazo, es decir, incierto pero determinado"; que el Tribunal violó el inciso final del art. 1139 del C. C. por indebida aplicación, y el inciso 20, o el 30, del mismo artículo por falta de aplicación; que además quebrantó los siguientes artículos del mismo código: el 1141 al apticarlo indebidamente al caso de autos; el 1551 al no aplicarlo cuando desconoció que "al señalarse en la cláusula quinta citada una época para otorgar la escritura de compraventa", sí existía un verdadero plazo; el 1534 en su primera parte, que contempla la libertad jurídica del acreedor o deudor para cumplir o no el hecho; el 1608 y el 2225 por falta de aplicación, pues "la obligación del prometiente comprador de otorgar la escritura, lo mismo que la obligación análoga de la prometiente vendedora, podía determinarse con aplicación de ese art. 2225 C. C. haciendo el requerimiento de la segunda al primero, pasados 10 días del contrato"; el 1535 del C. C. porque si el contrato no contiene una condición potestativa, "esa sola circunstancia implica la aplicación indebida por el Tribunal, del primer inciso" del referido artículo. Finalmente el recurrente cita como violado el art. 89 de la Lev 153 de 1887, como consecuencia del quebranto de los artículos anteriormente relacionados.

La Corte considera:

La promesa de celebrar un contrato no producía en ningún caso obligación alguna, de conformidad con el art 1611 del C. C., pero este artículo fue derogado y sustituído por el 89 de la Ley 153 de 1887. En virtud de esta última disposición, la promesa de celebrar un contrato es hoy fuente de obligaciones, siempre que se den las siguientes circunstancias; 1. Que la promesa conste por escrito; 2. Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces, es decir, que debe amoldarse a las prescripciones del art. 1502 del C. C. y no ha de estar prohibido por ley alguna; 3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4. Que el contrato prometido se determine de tal suerte que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades lègales.

Estas características le dan al contrato de promesa la naturaleza de solemne, porque para su validez se requiere la concurrencia de tales requisitos, que condicionan la promesa como fuente creadora de derechos, es decir, que dichos requisitos se exigen ad substantiam actus por referirse a la existencia misma del contrato, y no simplemente ad probationem. En consecuencia, si faltaren tales requisitos o uno cualquiera de ellos, el contrato de promesa carece de validez y no produce efectos civiles.

El tercero de los requisitos que la ley exige para que el contrato de promesa produzca efectos civiles es, como ya sedijo, que contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato. La ley contempla de manera expresa que el plazo o la condición fije la época para la celebración del contrato prometido, si el plazo o la condición fueren indeterminados en cuanto al tiempo, no fijan la época de tal celebración y la promesa carece de validez jurídica.

Este tercer requisito fue el que el Tribunal halló falto en el contrato de promesa de compraventa a que se refiere la demanda inicial del juicio, porque en la cláusula quinta del documento respectivo se dejó a la mera voluntad del prometiente comprador señalar la fecha para el otorgamiento de la respectiva escritura pública, dando aviso a la prometiente vendedora con 15 días de anticipación, por lo menos.

De aquí dedujo el sentenciador que la promesa "no contiene la época para el cumplimiento de la obligación"; que el otorgamiento de dicha escritura quedó sometido a día incierto e indeterminado, puesto que dependiendo su fijación de la simple voluntad del prometiente comprador, "no se sabe si ha de llegar, ni cuándo"; que el día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, como lo preceptúa el art. 1141 del C. C., sujeto a las reglas de las condiciones; que la condición a que se sometió la promesa de compraventa es potestativa y dependiente de la voluntad del prometiente comprador; que dicha condición es puramente potestativa, por lo cual las obligaciones contraídas bajo tal condición son nulas según el art. 1535 del C. C., primer inciso; y que, en consecuencia, el contrato suscrito en estas condiciones entre Isaura Osorio de Torres v el Presbítero doctor Juan Nepomuceno Goyeneche es ineficaz conforme al art. 89 de la Ley 153 de 1887.

En esta forma el Tribunal aplicó rectamente la disposición últimamente citada y no hay base, en consecuencia, para quebrar el fallo acusado.

Tampoco violó las otras normas a que el cargo se refiere porque no apareciendo que las partes hubiesen estipulado en la cláusula quinta de la promesa de compraventa, un plazo para el otorgamiento de la escritura, como lo pretende el recurrente, ni una condición que fije la época de la celebración del acto o contrato prometido, pues tal como quedó redactada la citada cláusula quinta, lo único que por ésta se pactó fue el dejar a la voluntad del prometiente comprador la determinación de la fecha para el otorgamiento del instrumento notarial correspondiente, dando aviso a la otra parte con

15 días de anticipación, aviso que podía dar o no ad libitum, pues no se pactó que lo diese dentro de un término fijo, mal pudieron infringirse las demás disposiciones que el recurrente pretende quebrantadas, relativas al plazo y a la condición.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se hace por quebranto indirecto de las mismas normas citadas en el cargo anterior, cuya enumeración se repite, debido a error de hecho manifiesto en la apreciación del contrato en que consta la promesa de compraventa fundamento del litigio.

Esta censura se plantea "para el supuesto de que la H. Corte deniegue el cargo anterior, por considerar que la acusación debía basarse en un error en la interpretación del contenido del contrato de promesa de compraventa".

En su desarrollo el recurrente expresa que el Tribunal erró de hecho, de manera evidente, al considerar que del contrato aludido "se concluía que el cumplimiento de la obligación de transferir la propiedad de los inmuebles, quedó dependiendo de la simple voluntad de la parte deudora, cuando bien claro es dicho contrato en el sentido de que tal obligación se originó con su firma v que solamente su exigibilidad quedó dependiente de un acto voluntario del acreedor o prometiente comprador que ya había cumplido con lo de su cargo"; que el mismo error aparece al considerar el sentenciador que del referido contrato "emanaba una condición potestativa que dependía de la simple voluntad del deudor, entendiendo erróneamente que el deudor era el prometiente comprador; que olvidó que conforme a la cláusula quinta ambas partes se obligaron a perfeccionar la compraventa"; que la prometiente vendedora podía requerir al prometiente comprador para que se hiciera "la transferencia del dominio mediante la correspondiente escritura"; y que estos errores de hecho manifiestos, "contra el claro tenor del contrato y su clara naturaleza", conduieron al Tribunal a violar indirectamente los textos civiles citados en la censura.

Se considera:

Montado el cargo sobre la base de que el fallador cometió error de hecho en la apreciación del documento en que consta el contrato de promesa que ha dado origen al presente litigio, su despacho en este campo importa el considerar lo siguiente:

En repetidas ocasiones ha venido enseñando la Jurisprudencia de la Corte, que el error de hecho consiste en que el sentenciador no haya visto una prueba obrante en el juicio, o en que haya supuesto una que no existe en el expediente, hipótesis esta última en la cual se comprende el caso de que el fallador hubiese desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que en realidad no expresa, porque esto implica, en el fondo, suponer un medio probatorio que no obra en los autos.

En el sub lite encuentra la Corte que el Tribunal tomó en cuenta el documento privado que recoge la promesa de compraventa y al analizarlo lo vio tal como obra en el expediente, sin que hubiese cambiado el decir ni el sentido de sus cláusulas, esto es, sin haberle hecho expresar nada distinto de lo que reza su tenor literal.

Por consiguiente, no cometió el error de hecho que el recurso le imputa y, en consecuencia, no quebrantó las disposiciones de orden sustancial a que este cargo se refiere.

Se desecha pues, la censura.

RESOLUCION

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 veintidós (22) de junio de mil novecientos sesenta y seis (1966), dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

QUIEBRA

En el juicio de quiebra no hay lugar al recurso de casación.

El juicio de quiebra es un juicio especial que se regia por las disposiciones del título V del libro 10. del C. de Co. T., título que fue expresamente derogado por el art 51 del Decr. No. 750 de 1940, el cual regula integramente la materia en la actualidad y determina los trámites del juicio de quiebra en la forma atrás expresada. Este juicio es distinto del de concurso de acreedores reglamentado en el título XXXV del libro II del C. J., que también es un juicio especial.

Conforme al art. 50 del Decr. 528 de 1964 padían ser acusadas en casación, reunidos los requisitos del factor funcional de la competencia y de la cuantía, las siguientes sentencias: a) las dictadas en juicios ordinarios; y b) Las dictadas en juicios especiales, con estas dos restricciones: 1a. Que no fuesen revisables por la vía ordinaria; y 2a. Que no estuviesen expresamente exceptuadas del recurso.

La sentencia en juicio especial susceptible de ser revisada por la vía ordinaria, como la de excepciones y la de pregón y remate en juicio ejecutivo (art. 1030 C. J.), y la dictada en juicio de venta de la cosa hipotecada o dada en prenda (art. 1197 ibídem), quedaban, pues, fuera del recurso extraordinario, y también la proferida en aquellos juicios especiales en que por disposición expresa se excluía dicho recurso.

Estima la Corte que entre los juicios especiales cuya sentencia no estaba sujeta a casación debían incluirse, además de los expresamente señalados en el comentado art. 50, aquellos otros en que por disposición de la ley se excluía el recurso, como el verbal (art. 1213 C. J), el arbitral (art. 1225 ibídem) y el de quiebra (art. 28 Decr. 750 de 1940).

Se funda esta interpretación en que el Decr. No. 528 de 1964 sobre Organización Judicial y Competencia, no reguló integramente las materias a que se refiere y, en consecuencia, derogó solamente las disposiciones que le eran contrarias, como lo preceptúa su art. 70;

y en la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, conforme al art. 50. de la Ley 57 de 1887.

Síguese de lo expuesto que el art. 28 del Decr. No. 750 de 1940 sobre quiebras, no fue modificado en lo referente a la inadmisibilidad del recurso de casación respecto del fallo de segunda instancia, por el art. 50 del Decr. No. 528 de 1964, como lo considera el recurrente.

Pero es más: este último artículo fue derogado y sustituído por el 17 de la Ley 16 de 1968, el cual entró en vigor desde el 29 de marzo del mismo año, fecha de la promulgación de tal Ley en el Diario Oficial No. 32467 (art. 42 misma ley).

Por consiguiente, cuando se dictó el fallo que se pretende traer en casación a la Corte, regía ya el aludido ari. 17 de la Ley 16 de 1968, cuyo texto expresa:

"El art. 50 del Decr. 528 de 1964, quedará así:

"En materia civil pueden ser acusadas en casación las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores cuando la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de \$ 100.000.00.

- "1. Las dictadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter;
- "2. Las que aprueban la partición hecha en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y
- "3. Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, y las dictadas en los juicios especiales sobre rendición de cuentas, declaración de pertenencia y oposición al registro de marcas y patentes.

"También pueden ser objeto del recurso las sentencias dictadas en segundo grado por los Tribunades Superiores, en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil". El artículo que se ha transcrito no incluye entre las sentencias que pueden ser acusadas en casación, las proferidas en segundo grado por los Tribunales Superiores en los juicios de quiebra que, como ya se dijo, son juicios especiales distintos de los de concurso de acreedores a que se refiere el título XXXV del libro II del C. J.

Por lo expuesto puede afirmarse que desde 1940 ha sido tradición en la legislación colombiana excluir del recurso de casación el juicio de quiebra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación
 Civil. — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: abril 22, 69. - Acta No. 24).

1. Contra la sentencia de 8 de agosto de 1968 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de quiebra de la "Droguería Lister, Jaramillo Mora & Compañía Limitada", interpuso casación el apoderado de Emilio Pérez, Joaquín Vélez e "Inversiones Lister Limitada".

El Tribunal denegó el recurso por auto de 18 de noviembre del mismo año, del cual pidió reposición al procurador de los recurrentes, solicitando en subsidio copia de lo pertinente del proceso para ocurrir de hecho ante la Corte.

Negada la reposición se ordenó la expedición de la copia solicitada, la cual le fue entregada al peticionario el 18 de febrero del año en curso.

Dentro de la oportunidad legal el interesado presentó en la Secretaría de la Corte, con la copia, un escrito en que funda el derecho que cree tener a que se le conceda el recurso de casación denegado.

Es oportuno resolver ahora lo que se estime legal:

2. Para fundar su decisión el Tribunal hizo estas consideraciones: el juicio de quiebra es un juicio especial, con procedimiento propio, que se rige por las disposiciones del Decr. No. 750 de 1940; el art. 28 de tal decreto preceptúa que contra el fallo de segundo grado no hay recurso de casación; y el art. 17 de la Ley 16 de 1968 no incluye, entre las sentencias susceptibles de recurso de casación, las proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores

en los juicios de quiebra, el cual "está sujeto a normas propias y especialísimas que no han sido modificadas".

- 3. Efectivamente, como lo dice el Tribunal, el Decr. No. 750 de 1940 sobre quiebra. reglamenta la materia y determina el procedimiento que debe seguirse en tales casos. El art. 22 de dicho decreto dispone que en la misma providencia en que se declara el estado de quiebra el juez abre el juicio de quiebra y decreta las medidas allí relacionadas, entre las cuales se cuenta la fijación de un edicto emplazatorio de todos los que se crean con derecho a intervenir en el juicio, edicto que debe fijarse por 15 días comunes en la Secretaría del Juzgado v publicarse en la forma prevista por el numeral 60, de tal artículo. El art. 27 establece que vencido el término de que trata el ordinal 60. del art. 22, el juicio se abre a prueba hasta por 20 días y que expirado ese término, que es común para pedir y practicar pruebas, se corre traslado común en la Secretaría, por tres días. para la presentación de alegatos, "v dentro de los diez días siguientes el juez dicta sentencia definitiva sobre reconocimiento de acreedores. graduación de créditos y demás puntos necesarios...". Y el art. 28 preceptúa que la sentencia definitiva es apelable en el efecto suspensivo, que la apelación se tramita y falla como se dispone en los arts. 502 y 504 del C. J., y que contra el fallo de segundo grado no hay recurso de casación.
- 4. El recurrente considera que esta disposición ha quedado derogada en lo referente a la inadmisibilidad del recurso de casación, y al efecto razona de la manera siguiente:

El art. 519 del C. J. señalaba taxativamente las sentencias que eran objeto de recurso, entre las cuales figuraban las de graduación de créditos en los juicios de concurso de acreedores; lógicamente las dictadas dentro de un juicio de quiebra, el cual no es otra cosa que un juicio de concurso de acreedores cuando el deudor tiene la calidad de comerciante, quedaban sujetas al recurso extraordinario; fue necesario que se dictase el Decr. No. 750 de 1940 y que de manera expresa dijera en su art. 28 que contra el fallo de segunda instancia no había lugar al recurso de casación, para que las sentencias de segundo grado proferidas en tales juicios quedasen excluídas de ese recurso; vino luego el Decr. No. 528 de 1964, el cual introdujo una reforma fundamental estableciendo la casación como norma general en la mayoría de los juicios y determinó las excepciones en las cuales

no era procedente el recurso extraordinario: "dentro de la enumeración taxativa de los juicios en los cuales no hay casación no quedó incluído el concurso de acreedores, civil ni comercial: en esta forma la norma del art. 50 del mencionado decreto restableció el recurso de casación para el juicio de la quiebra y en este sentido derogó el art. 28 del Decr. 750 de 1940": el art. 17 de la Ley 16 de 1968 volvió al sistema del C. J. en materia de casación, y enumera los juicios en los cuales cabe el recurso: en su ordinal 3o, incluvó las sentencias de graduación de créditos en los juicios de concurso de acreedores, "sin establecer diferencia alguna respecto a los concursos civiles y comerciales, es decir, sin limitar expresamente el recurso a los concursos meramente civiles, sino comprendiendo genéricamente todas las sentencias de graduación de créditos en los concursos de acreedores": la quiebra es un concurso de acreedores cuando el quebrado es un comerciante y no hay razón para excluir la sentencia de prelación de créditos dictada dentro del concurso de acreedores de un comerciante, de aquellas que pueden ser acusadas en casación; si la disposición del art. 28 del Decr. 750 de 1940 fue modificada en lo relacionado con la concesión del recurso de casación por el Decr. No. 528 de 1964, art. 50 "la modificación que la Ley 16 de 1968 hizo a la citada disposición no restableció, en ningún caso, la vigencia del mencionado art. 28, v. en consecuencia, es procedente el recurso de casación".

SE CONSIDERA

El juicio de quiebra es un juicio especial que se regía por las disposiciones del título V del libro 10. del C. de Co. T.. título que fue expresamente derogado por el art. 51 del Decr. No. 750 de 1940, el cual regula íntegramente la materia en la actualidad y determina los trámites del juicio de quiebra, en la forma atrás expresada. Este juicio es distinto del de concurso de acreedores reglamentado en el título XXXV del libro II del C. J., que también es un juicio especial.

Estima el recurrente que el art. 28 del Decr. 750 de 1940, quedó derogado en lo referente a la inadmisibilidad del recurso de casación por el art. 50 del Decr. No. 528 de 1964, el cual estableció como norma general que eran susceptibles de ser acusadas en casación todas las sentencias de segundo grado proferidas por los Tribunales Superiores en los juicios ordinarios y en los especiales cuyo fallo no admitía revisión por la vía ordinaria, con excepción de los

dictados en los juicios de que tratan los títulos 21, 22, 31, 32, 36, 37, 41, 43 y 44 del libro II del C.P.C.

Para el peticionario entre las excepciones consagradas por este último artículo, no quedó incluído el fallo de segunda instancia dictado en juicios de concurso de acreedores, civil ni comercial, de donde deduce que en los de quiebra, que constituyen el procedimiento de concurso de acreedores cuando el quebrado es un comerciante, había lugar a casación, según el art. 50 del Decr. 528 de 1964.

Conforme a este artículo, podían ser acusadas en casación, reunidos los requisitos del factor funcional de la competencia y de la cuantía, las siguientes sentencias: a) Las dictadas en juicios ordinarios; y b) Las dictadas en juicios especiales, con estas dos restricciones: 1. Que no fuesen revisables por la vía ordinaria; y 2. Que no estuviesen expresamente exceptuadas del recurso.

La sentencia en juicio especial susceptible de ser revisada por la vía ordinaria, como la de excepciones y la de pregón y remate en juicio ejecutivo (art. 1030 C. J.), y la dictada en juicio de venta de la cosa hipotecada o dada en prenda (art. 1197 ibídem) quedaban, pues, fuera del recurso extraordinario, y también la proferida en aquellos juicios especiales en que por disposición expresa se excluía dicho recurso.

Estima la Corte que entre los juicios especiales cuya sentencia no estaba sujeta a casación debían incluirse, además de los expresamente señalados en el comentado art. 50, aquellos otros en que por disposición de la ley se excluía el recurso, como el verbal (art. 1213 C. J.), el arbitral (art. 1225 ibídem) y el de quiebra (art. 28 Decr. 750 de 1940).

Se funda esta interpretación en que el Decr. No. 528 de 1964 sobre Organización Judicial y Competencia, no reguló integramente las materias a que se refiere y, en consecuencia, derogó solamente las disposiciones que le eran contrarias, como lo preceptúa su art. 70; y en la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, conforme al art. 50. de la Ley 57 de 1887.

Síguese de lo expuesto que el art. 28 del Decr. No. 750 de 1940 sobre quiebras, no fue modificado en lo referente a la inadmisibilidad del recurso de casación respecto del fallo de segunda instancia, por el art. 50 del Decr. No. 528 de 1964 (como lo considera el recurrente).

Pero es más: este último artículo fue derogado y sustituído por el 17 de la Ley 16 de 1968, el cual entró en rigor desde el 29 de marzo del mismo año, fecha de la promulgación de tal ley en el Diario Oficial No 32467 (art. 42 misma ley).

Nos. 2310, 2311 v 2312

Por consiguiente, cuando se dictó el fallo que se pretende traer en casación a la Corte, regía ya el aludido art. 17 de la Ley 16 de 1968, cuyo texto expresa:

"El art. 50 del Decr. 528 de 1964, quedará así:

"En materia civil pueden ser acusadas en casación las siguientes sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores cuando la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de \$ 100.000.00.

- "1. Las dictadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter;
- "2. Las que aprueban la partición hecha en los juicios divisorios de bienes comunes, o de sucesión, o de liquidación de sociedades disueltas; y
- "3. Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes o concurso de acreedores, y las dictadas en los juicios especiales sobre rendición de cuentas, declaración de pertenencia y oposición al registro de marcas y patentes.

"También pueden ser objeto del recurso las sentencias dictadas en segundo grado por los Tribunales Superiores, en juicios ordinarios que versen sobre el estado civil".

El artículo que se ha transcrito no incluye entre las sentencias que pueden ser acusadas en casación, las proferidas en segundo grado por los Tribunales Superiores en los juicios de quiebra que, como ya se dijo, son juicios especiales distintos de los de concurso de acreedores a que se refiere el título XXXV del libro II del C. J.

Por lo expuesto puede afirmarse que desde 1940 ha sidó tradición en la legislación colombiana excluir del recurso de casación el juicio de quiebra.

En consecuencia, siendo aplicable en el presente caso el art. 17 de la Ley 16 de 1968, dada la fecha en que se dictó el fallo contra el cual se interpuso casación en el juicio de quiebra a que se refieren estas diligencias, no era procedente conceder dicho recurso, el cual fue bien denegado por el Tribunal sentenciador.

RESOLUCION

En atención a las consideraciones que proceden, se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Emilio Pérez, Joaquín Vélez e "Inversiones Lister Limitada", contra la sentencia de ocho (8) de agosto de mil novecientos sesenta y ocho (1968), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de quiebra de la "Droguería Lister Jaramillo Mora & Cía. Limitada".

Póngase en conocimiento del Tribunal lo resuelto en esta providencia para los fines del art. 514 del C. J..

Cópiese, notifiquese y publiquese en la Gaceta Judicial.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PAPEL PARA LA ACTUACION

Para el repartimiento en los recursos de apelación y casación debe suministrarse el competente dentro del término legal, sin necesidad de requerimiento para aplicar la sanción.

Los arts. 351 y 353 del C. J., consagran sendas sanciones que no pueden confundirse ni trocarse la una con la otra. La primera norma permite el empleo de papel común para la actuación e impone al interesado el deber deº revalidar dicho papel, so pena de no ser oído en el juicio. El precepto no fija plazo alguno para efectuar la revalidación, y Je ahí que la jurisprudencia considere necesario requerir al renuente en el suministro del papel sellado antes de aplicarle la sanción mencionada. La eximencia de este requerimiento previo es efecto lógico de la no fijación de término para revalidar el papel común empleado la actuación. La carencia de este término conlleva, pues, la necesidad del requerimiento para poder llegar a aplicar la sanción de no oir en el juicio al renuente en el suministro de papel sellado. En cambio, el art. 353, en concordancia con el 3o, del Decr. 243 de 1951, señala un término de veinte días para suministrar papel competente para la actuación y no autoriza el empleo de papel común sino para el repartimiento y para imponer la sanción de declarar ejecutoriada la sentencia per falta de suministro de papel competente dentro del término expresado. Transcurrido ese término, le precluye al interesado la facultad de suministrar o de habilitar el papel y surge para el funcionario respectivo el deber procesal indeficiente de declarar ejecutoriado el fallo. Tal término es fatal y su señalamiento por la ley misma excluye la posibilided de ampliarlo o prolongarlo mediante un requerimiento provio al recurrente que no suministró en oportunidad por lo menos las dos hojas de papel competente para la actuación initial. No son, pues, semejantes las situaciones procesales que contemplan los arts. 351 y 353 del C. J., ni análogas las sanciones que estos preceptos consagran, y por tanto el requerimianto que caba y estatuye la jurisprudencia en el caso de la primera norma, no es admi-

sible ni aplicable en la situación que regula el segundo precepto.

Cumple observar también que el no suministro oportuno de papel competente, crea y consolida una situación procesal que beneficia a la parte opositora y que la Corte no puede desconocer, sino que debe respetar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

(Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 33).

Los señores Esther Sánchez viuda de Levton y Susana y Luis Enrique Levton Sánchez demandaron a los señores Alberto Pérez Falla v Gilberto Montova Gaviria ante el entonces Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá para que. en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran varias declaraciones, así: a) Que es simulada la cesión que Luis A. Levtón Samudio le hizo al nombrado Alberto Pérez Falla del crédito hipotecario que por la cantidad de \$ 200.000.00 se consignó en la Escritura No. 1977, extendida en la Notaría Novena de Bogotá el 13 de mayo de 1963. b) Que la cesión aludida encubre una donación que sólo es válida hasta la cantidad de \$2.000.00 y que se condene al demandado Montova Gaviria a restituir a la sucesión de Luis A. Leyton la suma de \$ 198.000.00 como parte del crédito mencionado y a pagar los intereses de esta suma. c) Que se condene también a los demandados a cubrir las costas procesales.

Tramitado el juicio con la oposición de los demandados, el Juez Veinte Civil Municipal de Bogotá le puso término al primer grado con la sentencia de 24 de abril de 1968, por la cual se denegaron las súplicas de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

Surtida la segunda instancia por apelación de la misma parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el fallo de 19 de octubre de 1968, por el cual se confirmó la decisión apelada y se condenó también en costas a la referida parte demandante.

Los actores recurrieron en casación y, una vez concedido el recurso, se remitió el negocio a la Corte, donde se declaró ejecutoriada la sentencia de segundo grado mediante providencia de veinte de marzo de este año, por motivo de que la parte recurrente dejó transcurrir el término respectivo sin suministrar el papel competente para la tramitación del recurso interpuesto.

La misma parte recurrente ha solicitado reposición del referido auto de veinte de marzo para que, en su lugar, se admita y se disponga tramitar el recurso. El pedimento de reposición se funda en varias razones que pueden compendiarse así:

- A) En el expediente consta que el negocio llegó a la Corte con tres hojas de papel sellado y que, por no haberse revalidado dicho papel mediante la adhesión de una estampilla de a peso a cada hoja, se declaró ejecutoriada la sentencia, lo cual equivale a no ir a la parte interesada en el recurso.
- B) La Corte tiene establecido de manera invariable que, para aplicar la sanción de no oir a una parte que establece el art. 351 del C. J., por no revalidar el papel común empleado en la actuación, es indispensable requerir antes al renuente en el suministro de papel sellado. En respaldo de este argumento el solicitante de la reposición cita y transcribe los pasos pertinentes de varias providencias de la Corte.
- C) Según el mismo peticionario, los arts. 351 y 353 del C. J., "se complementan armoniosamente, porque siendo una misma la causa de la sanción para no oir a la parte renuente, o sea la falta del suministro o habilitación de papel, las consecuencias deben ser iguales y el derecho al requerimiento igual, y si en el caso del art. 351 se requiere al moroso, con mayor razón en el art. 353, por el mayor perjuicio que se causaría al recurrente con no darle la oportunidad de habilitar el papel, mediante el requerimiento judicial que establece la ley para estos casos, a fin de que se cumpla la imposición fiscal".

- D) El Estado no tiene papel sellado de dos pesos y por tanto es de él y no de las partes la culpa consistente en la falta de suministro de tal papel. Fuera de lo cual, en este caso el negocio llegó a la Corte con papel sellado, lo que entraña un principio de cumplimiento de la carga de suministrar papel competente, y en tales circunstancias no hay razón para sacrificar la justicia al cumplimiento de un requisito puramente fiscal, sino que, por el contrario, se debe requerir a la parte para que proceda a habilitar el mismo papel con la agregación de la estampilla correspondiente.
- E) "Las disposiciones 351 y 353 del C. J., que hacen parte del mismo título del Código, que se refiere a actuación procesal, deben interpretarse con criterio erudito y mejor que nadie por nuestro más alto Tribunal de Justicia, porque, como lo dice la misma Sala de Casación Civil, las palabras de la ley no son 'mecánicas', sino funcionales, humanas, sociojurídicas, en el sentido de que debe dárseles la interpretación que resulta de su espíritu, de su fondo y de su esencia procesal, por sí mismas y en relación a otras, guardando siempre en esa interpretación, equidad y justicia, hacia los litigantes".

Para resolver se considera:

El negocio de que se trata ahora llegó a la Corte con papel sellado simple, cuando, conforme a la ley, cada hoja debía tener adherida una estampilla de a peso. Careciendo de timbres de este valor, dicho papel no era competente para iniciar y adelantar la actuación de la Corte ni la tramitación del recurso de casación. Sucedía, pues, como si en realidad no se hubiera suministrado papel para esa actuación, como lo ordena el art. 353 del C. J. Procedía en consecuencia aplicar la sanción que esta misma norma consagra por la falta de suministro de papel, sanción consistente en declarar ejecutoriado el fallo recurrido en casación. Fue precisamente esta sanción la que se aplicó en este juicio mediante el auto de veinte de marzo del año en curso.

Ahora el solicitante de la feposición de tal providencia sostiene que la sanción dicha no puede ser aplicada sin requerir antes al renuente en el suministro de papel, es decir, que en este caso debe procederse del mismo modo que la Corte ha establecido para aplicar la sanción de no oir a la parte, que consagra el art. 351 ibídem. Agrega que esta norma guarda armonía con el art. 353 y que por tanto la sanción que señala este segundo precepto no debe aplicarse en forma mecánica, sino que es tam-

bién necesario requerir antes al renuente para que suministre o habilite el papel para la actuación.

Los citados arts. 351 y 353 del C. J., consagran sendas sanciones que no pueden confundirse ni trocarse la una con la otra. La primera norma permite el empleo de papel común para la actuación e impone al interesado el deber de revalidar dicho papel, so pena de no ser oído en el juicio. El precepto no fija plazo alguno para efectuar la revalidación, y de ahí que la jurisprudencia considere necesario requerir al renuente en el suministro de papel sellado antes de aplicarle la sanción mencionada. La exigencia de este requerimiento previo es efecto lógico de la no fijación de término para revalidar el papel común empleado en la actuación. La carencia de este término conlleva, pues, la necesidad del requerimiento para poder llegar a aplicar la sanción de no oir en el juicio al renuente en el suministro de papel sellado. En cambio, el art. 353, en concordancia con el 3o. del Decr. 243 de 1951, señala un término de veinte días para suministrar papel competente para la actuación y no autoriza el empleo de papel común sino para el repartimiento y para imponer la sanción de declarar ejecutoriada la sentencia por falta de suministro de papel competente durante el plazo expresado. Transcurrido ese término, le precluve al interesado la facultad de suministrar o de habilitar el papel y surge para el funcionario respectivo el deber procesal indeficiente de declarar ejecutoriado el fallo. Tal término es fatal y su señalamiento por la ley misma excluye la posibilidad de ampliarlo o prolongarlo mediante un requerimiento previo al recurrente que no suministró en oportunidad por lo menos las dos hojas de papel competente para la actuación inicial. No son, pues, semejantes las situaciones procesales que contemplan los referidos arts. 351 y 353 del C. J., ni análogas las sanciones que estos preceptos consagran, y por tanto el requerimiento que cabe y estatuye la jurisprudencia en el caso de la primera norma, no es admisible ni aplicable en la situación que regula el segundo precepto.

Cumple observar también que el no suministro oportuno de papel competente, crea y consolida una situación procesal que beneficia a la parte opositora y que la Corte no puede desconocer, sino que debe respetar.

La ley impone en la Corte el uso de papel sellado con estampillas de un peso, y ningún recurrente en casación puede olvidar esta circunstancia sin someterse a los resultados adversos que tal olvido acarrea. Se repite que en el caso del art. 353 del C. J., no tiene cabida el procedimiento de requerir a la parte renuente para que suministre o habilite el papel necesario para la actuación, porque ello conduciría a dilatar el término preclusivo o fatal que la misma norma señala. Transcurrido este lapso sin que se haya suministrado o habilitado papel, no queda otra alternativa que aplicar la sanción que tal precepto consagra. Así se procedió en el caso presente, y como no se ha demostrado que ese proceder sea contrario a derecho, tampoco es posible acceder a reponer el proveído de veinte de marzo del año en curso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, no accede a reponer el auto de veinte de marzo de este año, por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia de diecinueve de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario de Esther Sánchez de Leyton y otros contra Alberto Pérez Falla y Gilberto Montoya Gaviria.

Cópiese y notifiquese.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA

Su naturaleza jurídica y sus efectos. Acciones declaratorias y constitutivas.

El negocio jurídico simulado puede presentarse bajo dos modalidades distintas que conducen a la clasificación peneral de la simulación en absoluta y relativa, a cada una de las cuales corresponde una estructura particular. Así, la simulación absoluta se realiza siempre que las partes, a tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ellas de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el recípreco entendimiento de que no quieren el acto que aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos. dándolo 100 inexistente. Lo ción oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, y a eso se reducen su contenido y su función. Mas como de todas maneras los presuntos contratantes han creado una apariencia llamada transitoria y exteriormente a prevalecer sobre la verdad intima, por fuerza de esa sola circunstancia, aun sin necesidad de estipulación expresa al respecto, quedan obligados entre si a llevar a cabo el acto o los actos necesarios para borrar esa falsa apariencia, y por ende, a colocar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de fingir la negociación. Sólo en este último sentido, entonces, la simulación absoluta viene a establecer un vinculo juridico entre quienes se sirven de ella.

En la simulación relativa, en cambio, no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren, autónomo en su contenido, y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas. Mas claro: en este caso el acuerdo privado no se endereza simple y únicamente

a neutralizar e enervar al contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta, con las naturales consecuencias obligacionales ya dichas dentro de este tipo de simulación, sino que, pudiendo indusive llegar a tener además esa misma finalidad, necesariamente ha de tener la de generar una relación jurídica positiva efectivamente elegida por las partes como instrumento regulador de sus respectivos intereses contractuales, cuyos efectos pueden ser análoaos o diversos a los resultantes de la declaración aparente, relación jurídica que, por otro lado, las partes habrían podido formar a la vista de los terceros o sea sin los tapujos de la simulación.

Significa lo anterior, en síntesis:

Que en la simulación absoluta el interés de las partes está concentrado primordialmente en crear, sin voluntad negocial alguna, la ficción contenida en la declaración ostensible; al paso que en la simulación relativa su interés radica fundamentalmente en el negocio que informa la declaración privada;

Que en la simulación absoluta la declaración privada tiene una finalidad enteramente negativa, cual es sólo la de neutralizar o dar por inexistente enne las partes la declaración aparente, y con el único efecto de obligarlas a reponer las cosas al estado existente al hacerse esta última; mientras que en la simulación relativa la declaración oculta constituye entre las partes una relación jurídica de sentido positivo destinada a generar entre ellas derechos y obligaciones;

Que en la simulación absoluta la declaración privada, en cuanto encaminada únicamente a dar por inexistente e ineficaz el acto de que habla la pública, y a generar como a manera de corolario la obligación restitutoria de que atrás se habló, no subsiste ni sería susceptible de subsistir por sí sola, independientemente de la declaración pública y como negocio autónomo. En

combio, la declaración privada que condensa en la simulación relativa la meta contrastual realmente querida y buscada por las partes, es susceptible de constituir un negocio jurídico autónomo; y,

Que de acuerdo con tado la anterior, en la classificación de la simulación en absoluto v relativa no entra en iveaa como factor identificante la circunstancia de que alguno o algunos de los efectos de la declaración mrivada coincidan o no con los de la astensible, para docir que la simulación será relativa sólo cuando se dé esa coincidencia, o sca cuando el verdadero negocio querido por las partes conserve alguno de los efectos jurídicos propias del aparentemente celebrado per ellas. y absoluta en el caso contrario. No. Esa circunstancia apenas puede servir, cuando se da, para identificar o perfilar más fácilmente el carácter relativo de una simulación, pero no para determinar decisivamente: que sólo cuando ello se reuna lo sea. Es cierto que en la práctica es común que tal conservación de efectos se produzca, paro la fracuencia de tal hecho no es bastante para erigirlo en criterio rector de la distinción entre los dos tipos de simulación. Para demostrar que ella es así, basta reparar en que teóricamente nada se opone a que se celebre un contrato de comodato bajo la forma de un centrato onoroso traslaticio de dominio, en cuyo caso se trataria evidentemente de una simulación relativa, no obstante que la relación do comodata efectivamente contraida excluya, es decir, no conserve ninguno de los efectos jurídicos propios del acto traslaticio arcarentemente celebrado.

No ocoge la Corte la tesis de que en punto. al ejercicio de la acción de prevalencia, puedan sin más, acudiendo a la hipótesis de la plus petitio contemplada en el art. 210 del C. J., adaptarse a un caso que se perfila como de simulación relativa, peticiones formuladas en concepto de tratarse de una simulación absoluta. Pues no obstante la natural afinidad existente entre uno y otro tipo de simulación, en realidad constituven dos especies de un mismo fenómeno genérico, y por la misma na puede decirse que entre ellas exista relación de mayor a menor, o que dentro de la una esté comprendida la otra. Como se sabe, la plus petitio se da es en relación con lo que los procesalistas llaman el objeto mediato de la acción, o sea el bien económico cuantiable al cual

ella tiende, lo cual no ocurre en el evento en consideración.

Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postulados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escopiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente la que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto el aspecto ostensible del acto persique mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, porque fingir no significa necesariamente dañar. Pero es claro, y la observación tiene sólo valor en el campo de la práctica. que como la disimulación implica generalmente un tránsito hacia el daño, y es éste el fin con el cual suele ser empleada, el negocio simulado está más propenso que cualquier otro a quedar afectado de ilicitud. Mas entonces será el daño que cause, lo que determinará la ilicitud del acto.

Quiere decir, pues, que la validez y eficaria del negocio jurídico oculto en la simulación no depende sino de que en su celebración concurran los requisitos de fondo y de forma que la ley exige para la validez de todo negocio jurídico. Faltando cualquiera de ellos, quien tenga interés legítimo estará habilitado para ejercitar la acción de nulidad tocante con aquél.

Es obvio, de otro lado, que siendo válido y eficaz el negecio celebrado mediante la utilización del mecanismo simulatorio, las partes del mismo pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones que, como consecuencia de la realmente querido por ellas, resulten a su cargo, y desde luego ejercitar las acciones judiciales pertinentes en caso de que aquéllas no sean espontáneamente satisfechas por el respectivo obligado.

Como la simulación crea una divergencia entre la apariencia y la realidad, que se traduce en la práctica en la primacía de aquélla sobre ésta, tal peculiaridad del fenómeno impone la necesidad de proporcionar un instrumento legal que permita poner las cosas en su punto, mediante la eliminación del artificio. Ese instrumento es la acción de simulación, dirigida en general a obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, es decir, de la prevalencia de la oculta respecto de la aparente. En particular, si se trata de simulación absoluta, la acción persigue la declaración de que entre las partes no se ha celebrado en realidad el negocio ostensible, no habiendo en el fondo otra relación entre los simulantes que la consistente en obligarlos a la restitución de las cosas al estado anterior; y si de la relativa, que el negocio ajus-. tado por ellas es diverso del que exteriormente aparece concertado. En vista de tales fines, con mucha propiedad nuestra jurisprudencia le ha dado a esa acción la denominación de acción de prevalencia. (G. J., No. 2210. tomo XC, pág. 357).

Teniendo como inmediato objetivo esta acción el reconocimiento de una realidad jurídica, o, mejor, producir un estatuto de certidumbre respecto de una situación contractual equívoca al menos exteriormente, no hay duda de que ella participa de la naturaleza de las acciones genéricamente llamadas declarativas, y así la Corte la ha clasificado entre éstas (G. J. 2147, tomo LXXVII, pág. 974).

En efecto, enseña la doctrina procesal que la acción declarativa es aquélla mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional la simple declaración de certeza acerca de la existencia de una determinada situación creada con anterioridad a la decisión buscada. "Este tipo de pretensiones o acciones, una de las nociones que más fundamentalmente han contribuído a la formación del concepto autónomo de acción, tiene como característica esencial la de que la petición de la parte que la constituye consiste en la mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente, no en su imposición a una persona distinta, ni en la producción de una nueva: esto es lo que se indica con la fórmula 'pretensión declarativa'. Según que lo pedido sea la declaración de la existencia o inexistencia de una situación jurídica, cabe hablar de pretensiones de declaración positivas o negativas" ("Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", tomo I, Jaime Guasp).

De conformidad con lo anterior, entonces, la acción de simulación, o de prevalencia

como es llamada en nuestra jurisprudencia, dado su carácter declarativo, no persique por sí misma sino la verificación o reconocimiento judicial de que en la ocurrencia concreta de que se trata existe una declaración de voluntad oculta que, al expresar el verdadero querer de los contratantes, deja sin contenido o altera en todo o en parte la declaración ostensible bajo la cual aquélla se refugia; es decir, que tal acción no se endereza sino a obtener la declaración de existencia de una simulación. Consistiendo en sólo eso el alcance y la finalidad de la acción declarativa de simulación, no es ella instrumento apto para lograr resultados que se encuentren más allá de esos límites. Más concretamente, resultados que sean objeto propio de acciones constitutivas o de condena, por consistir en la creación de situaciones jugalicas nuevas, o en la imposición de deberes de prestación en otro sujeto.

En este orden de ideas cabe decir, por lo tanto, que si por ejemplo en un caso de simulación relativa, se quiere judicialmente obtener consecuencias de tipo constitutivo o condenatorio susceptibles de deducirse del lado real u oculto del negocio, a la acción declarativa de prevalencia que se ejercite deberán acumularse las acciones constitutivas o de condena pertinentes. En tal hipótesis, sobra decirlo, la demanda debe contener las peticiones propias de la acción declarativa de simulación relativa, y además las peticiones adecuadas a la acción constitutiva o de condena acumulativamente ejercitada con aquélla. Si, verbigracia, por considerarse que el negocio realmente celebrado no satisface todos los requisitos legales, intrínsecos o extrínsecos, necesarios para su validez y eficacia, se pretende conseguir judicialmente la nulidad del mismo, y el restablecimiento por esta vía de las cosas al estado anterior, será indispensable que además de la correspondiente petición de declaración de prevalencia, se solicite también que se decrete la nulidad pretendida. Aspirar a lograr aquél resultado anulatorio, y tras él los consecuenciales al mismo, como sería en su caso la cancelación de la inscripción de un título traslaticio, mediante el mero ejercicio de la acción de prevalecencia, sería vano intento, así se lograse la declaración de prevalencia pretendida, pues como ya se dejó demostrado la simulación no implica de suyo nulidad, además de que el negocio real u oculto escondido bajo el aparente ha de

reputarse como válido y eficaz, como cualquier otro negocio, mientras no sea impugnado de nulidad y por sentencia declarado tal.

No sobra agregar que cuando, como en el ejemplo propuesto, a la acción declarativa de simulación se acumulan otras constitutivas o de condena relativas al aspecto oculto del negocio, la suerto de estas últimas queda dependiendo no sólo de la propia de ellas sino también de la de aquélla. Sin que la reciproca sea exacta, puesto que en dicha eventualidad bien puede prosperar la acción declarativa de simulación, y ser desestimadas las otras.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 33).

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta el 28 de septiembre de 1964 dentro del juicio ordinario de Rosalbina Pineda (hoy Blanca María Niño de Lizarazo) contra Ernesto Vargas Lara.

EL LITIGIO

Por libelo de fecha 3 de abril de 1961 la Sra. Rosalbina Pineda demandó al Sr. Ernesto Vargas Lara en solicitud de que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera: Que es absolutamente simulado o inexistente el contrato de compraventa que consta en la escritura pública número 1120 de fecha 22 de abril de 1960 otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Cúcuta, y registrada en este mismo Circuito el 4 de julio de 1960, bajo partida No. 872, fls. 241 y 242 del Libro de Registro No. 10., volumen 27 B, Matrícula No. 318 de Durania, en virtud de la cual la señora Rosalbina Pineda vendió simuladamente al señor Ernesto Vargas Lara el inmueble que en dicho instrumento público se describe y alindera y que determinaré más adelante.

"Segunda: Que se ordene, en consecuencia,

la cancelación de la mencionada escritura pública No. 1120, así como también el registro correspondiente, para lo cual se oficiará a los funcionarios respectivos.

"Tercera: Que como consecuencia también de la cancelación del referido título escriturario número 1120, el inmueble determinado y alinderado en dicho instrumento pertenece a la señora Rosalbina Pineda en su condición de poseedora y dueña.

"Cuarta: Que, en caso de oposición, se condene en costas al opositor".

Para fundamentar las anteriores peticiones se afirmó en la demanda que por escritura pública número 13 de 30 de enero de 1938, de la Notaría de Durania, la Sra. Pineda adquirió, entre otros inmuebles, uno denominado hoy "Valparaíso", situado en jurisdicción del municipio de Durania, y comprendido por los linderos que se relacionan; que sobre ese inmueble ha venido ejerciendo la Sra. Pineda. hasta la fecha de la demanda, y de manera quieta y pacífica e ininterrumpida, la posesión material; que por medio de la escritura 1120 de 22 de abril de 1960, de la Notaría 2a. de Cúcuta, registrada como se dijo atrás, la Sra. Pineda celebró un contrato de compraventa simulado con el demandado Ernesto Vargas Lara, relativo al inmueble "Valparaíso" en mención; que el referido contrato de compraventa es simulado, porque al día siguiente de otorgada la citada escritura de venta, o sea el 23 de abril de 1960, vendedora y comprador firmaron un contrato privado debidamente legalizado en el cual hicieron expresa declaración de que "dicho contrato es simulado, esto es, que no ha existido, y que sólo tiene por objeto garantizar al contratante Vargas Lara la deuda que tiene contraída a nombre de Rosalbina Pineda en letras de cambio de plazo vencido a favor del señor Alfonso Durán Villamizar por la suma de treinta mil pesos y de la señora Ilda de Rodríguez por veinte mil pesos así como diez mil pesos que la misma señora le adeuda por valor recibido"; que si bien es cierto que la compraventa se celebró para garantizar una obligación al demandado, también lo es que tal garantía no existe porque: 10. Vargas Lara no ha pagado a los acreedores las sumas de dinero adeudadas; 20. para garantizar las deudas a los acredores Durán Villamizar e Ilda de Rodríguez, la Sra. Rosalbina Pineda y su apoderado general Edmundo Peña aceptaron en favor de Vargas Lara una letra de cambio por \$40.000.00, de plazo incierto; y 3o. con ello se da una doble garantía por lo demás innecesaria.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a las peticiones formuladas en ella, y expresando que el contrato de compraventa que se impugna como simulado tiene causa lícita; que esa causa lícita, que la demanda reconoce, es suficiente para desvirtuar la simulación o inexistencia de la compraventa; que es cierto que ese contrato se celebró para garantizar no sólo las deudas de que habla la demanda, sino también otras; y que niega la doble garantía afirmada en la demanda.

Adelantado el juicio, el Juzgado a quo, Tercero Civil del Circuito de Cúcuta, le puso fin a la primera instancia por sentencia de 12 de mayo de 1964, con acogimiento total de las peticiones de la demanda. Apelada dicha providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta decidió el recurso mediante fallo de 28 de septiembre de 1964, por el cual se revoca el de primer grado y en su lugar se absuelve a la parte demandada.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal, luego de hacer una serie de consideraciones generales en torno a aspectos de la teoría de la simulación, entra a examinar en concreto el caso sub lite y empieza por destacar que la escritura 1120 de 22 de abril de 1960, de la Notaría 2a. de Cúcuta, reza un contrato de compraventa puro y simple celebrado entre la actora y el demandado. Pasa a analizar el documento privado de fecha 23 de abril del mismo año, otorgado entre las mismas partes, y hace resaltar cómo en sus cláusulas primera y segunda se desvirtúan todos los alcances y efectos del negocio jurídico de compraventa descrito en aquélla escritura, puesto que según ellas la vendedora Rosalbina Pineda no tuvo la intención de transferir el dominio y la posesión del inmueble, ni el comprador Ernesto Vargas Lara la de adquirirlos.

"Si el contrato privado oculto no contuviera más que esas dos cláusulas —dice el Tribunal— al juzgador le sería imperativo considerar, y declararlo así, que el contrato ostensible estaba afectado de simulación absoluta. Empero, como dicha contraestipulación contiene algunas otras cláusulas en las cuales se ha fijado, tan sencilla y claramente como en la segunda, la real y verdadera intención y voluntad de los contratantes al celebrar el nego-

cio jurídico a que se contrae la escritura pública. es del caso estimar que en el proceso sub judice se presenta una simulación que conlleva las características de la relativa, pues en la mayoría de las cláusulas del contrato oculto se señala la intención, la finalidad v objetivo perseguidos con aquél...". Es así como el Tribunal pone de presente que en la cláusula tercera del documento privado declaran las partes haber convenido en que la venta a que se refiere la escritura 'no tiene otro objeto que el de respaldar y garantizar la deuda que el comprador tiene contraída a nombre de la vendedora en letras de cambio de plazo vencido a favor del Dr. Alfonso Durán Villamizar por la suma de \$30.000.00 pesos y de la señora Ilda de Rodríguez, por la suma de \$20.000.00 pesos. así como la cantidad de \$10.000.00 pesos que la misma vendedora Rosalbina Pineda le adeuda a Ernesto Vargas Lara, por valor recibido'; que luego expresan que la Sra. Pineda conservará la posesión v administración del inmueble, pero que Vargas Lara tendrá la facultad de supervigilar y controlar la administración, como también la de contratar préstamos a nombre propio v con garantía en el mismo inmueble "Valparaíso", destinados a todo lo que vaya en provecho de este bien raíz y por ende de su legítima dueña; y que en la cláusula quinta se estipuló 'que una vez que la vendedora haya cubierto la suma que se garantiza por medio de la escritura va citada y cualesquiera otra suma que se hava contraído a nombre de ella, el comprador se obliga a hacerle nuevamente la escritura de venta sin ninguna condición a la vendedora misma o a la persona que ella designe'.

Estima el Tribunal que dada la intención manifiesta de los contratantes "acaso la naturaleza jurídica del contrato fue práctica y esencialmente de garantía"; que en virtud del pacto privado la Sra. Pineda se obligó a cubrir las sumas a que se refiere la escritura de venta, y las demás deudas que contrajera en favor del señor Vargas Lara, y que una vez ocurrido ésto, el señor Vargas Lara quedaba obligado a su turno a hacer escritura de venta del inmueble a la señora Pineda. Y agrega el Tribunal:

"De acuerdo con el principio general que informa nuestro derecho positivo de respeto a la autonomía de la voluntad y siendo la finalidad de la acción de simulación el desentrañar la intención y voluntad de las partes en la celebración de los negocios jurídicos, para que prevalezca, por sobre todo, esta volun-

tad sobre la declaración ficta o aparente que pueda contener el acto ostensible, la Sala no puede menos de apreciar la validez de este contrato privado que, por sus cláusulas, como se ha visto, presupone la vigencia del contrato aparente, por cuanto si se destruye legalmente éste, quedaría sin piso la obligación primordial de la vendedora determinada en la cláusula 5a, v se destruiría, a la vez, el acuerdo que consulta real y verdaderamente la cláusula 3a. del contrato oculto. De ahí por qué, en el caso de que se pudiera declarar la simulación relativa del contrato ostensible no podría ordenarse la cancelación de dicha escritura, y mucho menos su registro, ya que no obstante estar afectado el acto de dicha simulación su declaración no podría llegar hasta el extremo de hacerlo desaparecer del mundo jurídico por cuanto si ello se ordenase, prácticamente quedaría, de manera implícita, destruído el acuerdo real y verdadero de voluntades plasmado en la contra-estipulación. La jurisprudencia nacional ha estado acorde en sostener que la finalidad pretendida por quien entable una acción de simulación, es la de obtener que la intención real y determinada de los contratantes prevalezca sobre la voluntad declarada, a efecto de que sea la convención consentida v deseada la que rija las relaciones jurídicas de los contratantes. Sin embargo, en el caso de autos la Sala debe abstenerse de tomar semejante determinación por cuanto ello no se ha solicitado concretamente por el demandante".

Volviendo más adelante sobre los fines de garantía perseguidos por los contratantes, expresa el Tribunal: "El texto mismo del contrato oculto o secreto da a entender que los contratantes tuvieron la intención de darle al acuerdo celebrado en instrumento público la naturaleza jurídica de un contrato de compraventa con pacto de retroventa, pacto éste que debería cumplirse una vez acaecida la condición suspensiva del pago de las obligaciones por parte de la vendedora".

Y en consideraciones finales nota el Tribunal que "la simulación en el negocio sub lite no es absoluta sino relativa, y de este modo, surge el fenómeno de la prevalencia del contrato oculto cuyos términos, como se ha dicho, serían inocuos y nugatorios respecto de la intención y voluntad claramente manifestada por las partes, si se declarase la inexistencia del contrato público y se ordenase la cancelación de la escritura y su registro".

LA DEM NOA DE CASACION

Con fundamento en la causal primera de casación, dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambos por violación directa, cargos que, por solicitud del mismo recurrente, expresada por él al sustentar el segundo, quedaron refundidos en uno sólo.

Manifiesta en primer lugar la censura que la razón fundamental que tuvo el Tribunal para resolver lo que resolvió, fue el haber calificado como contrato de venta con pacto de retroventa el negocio objeto del juicio, y que por ello aplicó, sin citarlos, pero de manera clara e implícita, los arts. 1939 a 1943 del C. C., violándolos directamente por aplicación indebida. Y sustenta la acusación diciendo que el Tribunal aceptó en forma expresa la existencia de la plena prueba de la simulación, es decir, que no existió compraventa, que no hubo precio, ni intención de transferir el dominio, no obstante lo cual estimó que se había disfrazado como compraventa un contrato de venta con pacto de retroventa, cavendo así en flagrante contradicción al calificar jurídicamente los hechos reconocidos y declarados en la motivación como configurativos del pacto secreto. "Porque, dice textualmente, la venta con pacto de retroventa es, en primer término, una verdadera compraventa; hay precio, hay intención de transferir el dominio v de adquirirlos; sólo que se reserva el vendedor-tradente el derecho de readquirirlo, durante el término máximo de cuatro años, pero caducado este derecho o abandonado por el vendedor, la tradición del dominio permanece con todos sus efectos a favor del comprador. Cuando el vendedor ejercita el derecho de retrocomprar, hay una nueva tradición del dominio, una nueva compraventa a su favor. Pero aún entonces el contrato primitivo es real, cierto, lícito y perfecto... De manera que absolutamente todo lo contrario de lo ocurrido en el caso de autos... en que no hubo venta en forma alguna... Luego es un error monumental el haber calificado ese pacto secreto de venta con pacto de retroventa y de haberle dado al verdadero contrato ese carácter. Tal error implica la violación directa, por indebida aplicación, de los arts. 1939 a 1943 del C. C., ya citados".

Dice luego el recurrente que este error condujo al Tribunal a afirmar que ese pacto secreto era lícito y válido, pues creyó que estaba autorizado por aquellos textos civiles. Y como pensó que la vendedora retrocompraría mediante el pago de las letras mencionadas en la demanda, estimó que no podía ordenarse la cancelación de la escritura de compraventa, pese a reconocer su simulación, porque eso implicaría desconocer el acuerdo real y verdadero supuesto por el Tribunal, o sea el pacto de retroventa, aplicando así tácitamente los arts. 1939 a 1943 del C. C. ... Agrega que el mismo error condujo al Tribunal a la absurda conclusión de que pese a reconocer la simulación de la compraventa, no podía declararla, "como si esa declaración no fuera obligatoria consecuencia de su prueba", sin que importara que en su opinión la simulación fuera relativa, y se hubiera pedido la absoluta, pues en todo caso no hubo tradición del inmueble a ningún título, y no era necesario por lo tanto impetrar declaración de nulidad del pacto secreto. En tal caso, hablar de simulación absoluta, siendo relativa, equivalía a un caso de plus petitio en que el fallador debe otorgar lo menos (simulación relativa) pese a haberse pedido lo más (simulación absoluta).

Por otra parte, sigue diciendo el recurrente, es un error jurídico considerar que en el caso de autos se trata de una simulación relativa. pues ésta implica la conservación los efectos del acto aparente, pero a título distinto, o al menos parte de esos efectos; lo cual no sucede, y la simulación es por lo mismo total, cuando se hace figurar como compraventa, o sea como acto traslaticio de dominio, una simple garantía que no implica tradición, ni ánimo alguno de transmitir dominio. Insiste en que para que haya simulación relativa es indispensable que el acto aparente conserve algúnos de sus efectos, y en que si todos esos efectos son aparentes, si no queda nada de ese acto, la simulación es absoluta. "Y esto es lo acontecido en el caso de autos. Porque la garantía que se pudo pensar, destruye totalmente los efectos de la compraventa, pues, como lo reconoce el Tribunal, apenas le daba una ingerencia 'en el contròl y fiscalización de dicha administración' bien, al demandado... Dicho de otra manera. el error del Tribunal consistió, como ya se ha dicho, en creer que podía configurarse una compraventa con pacto de retroventa, manteniendo así algún efecto real el contrato aparente (pese a haber declarado que todos sus efectos habían sido desvirtuados y era inexistente)".

Razona tambien el censor en el sentido

de que al mantener el Tribunal los efectos del contrato aparente, no obstante reconocer que no los tenía, incurrió en una contradicción in integrum, que equivale a aplicar indebidamente los textos legales civiles sobre compraventa a una situación de hecho contraria a los supuestos de esas normas, violándolas por ese concepto, normas que son las de los arts. 1849, 1864. 1880 v concordantes del C. C. "Porque si no declara la simulación y ordena cancelar el registro de la escritura, es porque debe mantenerse la misma y por tanto la compraventa; lo que indirectamente equivale a aceptar que hubo compraventa, pese a que los hechos reconocidos por él la rechazan radicalmente".

Examina en seguida la demanda "el aspecto de la pretendida garantía" que el Tribunal consideró lícita y válida, y expresa que con ello se pasó por alto que las leyes civiles que regulan la manera de constituir garantías específicas sobre bienes inmuebles son solo la hipoteca v la anticresis: que por lo tanto son nulas las garantías otorgadas de otra manera; que las formalidades legales prescritas para esas garantías amparan también a terceros. v son por lo tanto de orden público económico: que son nulos los contratos que afectan al orden público y a las buenas costumbres; y que como consecuencia de todo ello, un pacto privado para constituir una garantía sobre un inmueble es absolutamente nulo. Errores estos que llevaron al Tribunal a violar, por no haberlas aplicado, las normas que regulan los requisitos para la validez de la hipoteca y de la anticresis, o sean los arts. 2434, 2435, 2437, 2440, 2442, 2458 y 2460. "No podía el Tribunal, reza a este respecto la demanda de casación. sin violar los textos civiles citados, darle valor y aplicación a una garantía que no reunía los requisitos de ninguna autorizada por la ley. Y mucho menos podía negarse a declarar una simulación (absoluta o relativa) que él reconocía plenamente probada y la imperativa cancelación del registro de tal escritura, so pretexto de amparar y hacerle producir efectos, a una garantía ilegalmente pactada y nula por tanto".

En sustentación del cargo de violación del art. 1766 del C. C., por falta de aplicación, afirma el recurrente que según el Tribunal lo pedido en la demanda fue la simulación absoluta de la compraventa, no obstante tratarse de un caso de simulación relativa, y que por ese motivo (implícito en el fallo) tampoco

podría prosperar la demanda. Tesis esta que el cargo glosa como equivocada "pues como no existe pacto secreto que pueda conservar algunos de los efectos del público... nada había que pedir en la demanda contra ese pacto. Por tanto, la cuestión se limita a que se declare que no hubo venta, ni tradición del inmueble, ni adquisición del mismo, ni contrato real".

Manifiesta a renglón seguido el recurrente que en el supuesto de que en el caso de autos se tratara en verdad de una simulación relativa, el problema procesal resultante de haber pedido la declaración de simulación absoluta sería el de una plus petitio "pero sin que se modificara la sustancia o naturaleza de la petitión, ni de la declaración respectiva...".

"O se trata de una calificación inocua, la de absoluta. Pero en ambos casos (plus petitio o calificación inocua), el Tribunal estaba en el deber de declarar la simulación. Al no hacerlo así, violó por no aplicarlo, el art. 1766 del C. C., que ordena darle aplicación al pacto privado, entre partes, y violó también por no aplicarlo, el art. 210 del C. J.". Violaciones estas que llevaron a aplicar indebidamente los arts. 1849, 1864, 1880 y concordantes del C. C., pues tácitamente se tiene como compraventa uno que no lo es.

Termina el recurrente diciendo que cuando hay error en la calificación jurídica de la acción por parte del actor, debe prevalecer la naturaleza de ésta; que si la Corte hizo prosperar demandas que pedían nulidad cuando lo que debió pedirse fue simulación, con mayor razón como en el caso de autos debe hacerse caso omiso de la impropiedad (si es que la hay) de hablar de simulación absoluta, habiéndose debido hablar de simulación relativa. No hacerlo así, sería desconocer el art. 472 del C. J., que resultó violado también".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I

1. Ha de empezarse por observar que en providencias recientes (16 de mayo y 30 de agosto del año pasado, aún no publicadas), la Corte clarificó su doctrina tradicional según la cual la simulación envuelve la combinación de dos actos jurídicos distintos, uno ostensible y otro oculto, destinado el segundo a alterar el primero (concepción dualista de la simulación), adoptando en su lugar, con fundamento en la verdadera realidad que ofrece el proceso si-

cológico del acto simulado, y en que constituye sustrato común de los arts. 1502, 1618 y 1766 del C. C., la preeminencia de la intención de las partes contratantes sobre la forma como ella aparezca exteriorizada, la tesis de que en el fenómeno simulatorio no existe sino un sólo y único acto, resultante de una misma voluntad expresada en parte con fines de mera apariencia, y en parte con fines efectivos (concepción unitaria o monista). Dijo en efecto la Corte en la segunda de las providencias atrás citadas:

"Así planteado el fenómeno en su esquema general, es contrario a la realidad síquica que lo preside, afirmar que la declaración aparentada carece de consentimiento, y que, por ende, no existe, o que dicha declaración y la otra que los agentes desean mantener oculta y que ellos han convenido en que sea eficaz en punto de sus propias relaciones, sean dos actos jurídicos diferentes, cada uno de ellos dotado de un elemento anímico o intencional distinto e independiente. La realidad es otra: en el ejercicio de su autonomía, los agentes simuladores planean una sola operación jurídica, pero convienen en que el consentimiento único por ellos prestado se traduzca en dos declaraciones parciales: una llamada a regir efectivamente las relaciones negociales, al paso que la otra queda desprovista de esa virtualidad por la voluntad de las partes. Con otras palabras: en la simulación hay un acto estructurado en dos declaraciones, ambas acordadas por los agentes, pero a una de las cuales éstos voluntariamente le restan eficacia, en el entendimiento de que, dentro de nuestro ordenamiento positivo, esa decisión, en cuanto sea lícita, está autorizada, y de que, en todo caso, su voluntad real habrá de prevalecer sobre el simple tenor de la declaración aparente".

2. Aclarado lo anterior, ciertos aspectos que afronta el recurso que se decide imponen rememorar que el negocio jurídico simulado puede presentarse bajo dos modalidades distintas que conducen a la clasificación general de la simulación en absoluta y relativa, a cada una de las cuales corresponde una estructura particular. Así, la simulación absoluta se realiza siempre que las partes, a tiempo que logran conseguir el propósito fundamental buscado por ella de crear frente a terceros la apariencia de cierto acto jurídico y los efectos propios del mismo, obran bajo el recíproco entendimiento de que no quieren el acto que

aparecen celebrando, ni desde luego sus efectos, dándolo por inexistente. La declaración oculta tiene aquí, pues, el cometido de contradecir frontalmente y de manera total la pública, v a eso se reducen su contenido v su función. Mas como de todas maneras los presuntos contratantes han creado una apariencia llamada transitoria v exteriormente a prevalecer sobre la verdad intima, por fuerza de esa sóla circunstancia, aun sin necesidad de estipulación expresa al respecto, quedan obligados entre sí a llevar a cabo el acto o los actos necesarios para borrar esa falsa apariencia. y por ende, a colocar las cosas en el estado en que se encontraban al momento de fingir la negociación. Sólo en este último sentido. entonces, la simulación absoluta viene a establecer un vínculo jurídico entre quienes se sirven de ella.

En la simulación relativa, en cambio, no basta que los contratantes declaren no querer el acto que aparentan celebrar, sino que se requiere todavía que estipulen los términos y condiciones de otro negocio que es el que verdaderamente quieren autónomo en su contenido. y cuyos efectos propios están destinados a producirse plenamente entre sus sujetos en conformidad con tales estipulaciones, aunque exteriormente los que aparezcan producidos sean los propios de la declaración ostensible empleada como cobertura de aquéllas. Más claro: en este caso el acuerdo privado no se endereza simple v únicamente a neutralizar o enervar el contenido de la declaración aparente, como sucede en la simulación absoluta, con las naturales consecuencias obligacionales ya dichas dentro de este tipo de simulación, sino que, pudiendo inclusive llegar a tener además esa misma finalidad, necesariamente ha de tener la de generar una relación jurídica positiva efectivamente elegida por las partes como instrumento regulador de sus respectivos intereses contractuales, cuvos efectos pueden ser análogos o diversos a los resultantes de la declaración aparente, relación jurídica que, por otro lado, las partes habrían podido formar a la vista de los terceros o sea sin los tapujos de la simulación.

Significa lo anterior, en síntesis:

Que en la simulación absoluta el interés de las partes está concentrado primordialmente en crear, sin voluntad negocial alguna, la ficción contenida en la declaración ostensible; al paso que en la simulación relativa su interés radica fundamentalmente en el negocio que informa la declaración privada;

Que en la simulación absoluta la declaración privada tiene una finalidad enteramente negativa, cual es sólo la de neutralizar o dar por inexistente entre las partes la declaración aparente, y con el único efecto de obligarlas a reponer las cosas al estado existente al hacerse ésta última; mientras que en la simulación relativa la declaración oculta constituye entre las partes una relación jurídica de sentido positivo destinada a generar entre ellas derechos y obligaciones;

Que en la simulación absoluta la declaración privada, en cuanto encaminada únicamente a dar por inexistente e ineficaz el acto de que habla la pública, y a generar como a manera de corolario la obligación restitutoria de que atrás se habló, no subsiste ni sería susceptible de subsistir por sí sola, independientemente de la declaración pública y como negocio autónomo. En cambio, la declaración privada que condensa en la simulación relativa la meta contractual realmente querida y buscada por las partes, es susceptible de constituir un negocio jurídico autónomo; y,

Que de acuerdo con todo lo anterior, en la clasificación de la simulación en absoluta y relativa no entra en juego como factor identificante la circunstancia de que alguno o algunos de los efectos de la declaración privada coincidan o no con los de la ostensible, para decir que la simulación será relativa sólo cuando se dé esa coincidencia, o sea cuando el verdadero negocio querido por las partes conserve alguno de los efectos jurídicos propios del aparentemente celebrado por ellas, y absoluta en el caso contrario. No. Esa circunstancia apenas puede servir, cuando se da, para identificar o perfilar más fácilmente el carácter relativo de una simulación, pero no para determinar decisivamente que sólo cuando ello se reuna lo sea. Es cierto que en la práctica es común que tal conservación de efectos se produzca, pero la frecuencia de tal hecho no es bastante para erigirlo en criterio rector de la distinción entre los dos tipos de simulación. Para demostrar que ello es así, basta reparar en que teóricamente nada se opone a que se celebre un contrato de comodato bajo la forma de un contrato oneroso traslaticio de dominio. en cuyo caso se trataría evidentemente de una simulación relativa, no obstante que la relación de comodato efectivamente contraída excluya, es decir, no conserve ninguno de los efectos jurídicos propios del acto traslaticio aparentemente celebrado.

- 3. No acoge la Corte la tesis de que en punto al ejercicio de la acción de prevalencia. puedan sin más, acudiendo a la hipótesis de la plus petitio contemplada en el art. 210 del C. J., adaptarse a un caso que se perfila como de simulación relativa, peticiones formuladas en concepto de tratarse de una simulación absoluta. Pues no obstante la natural afinidad existente entre uno y otro tipo de simulación, en realidad constituyen dos especies de un mismo fenómeno genérico, y por lo mismo no puede decirse que entre ellas exista relación de mayor a menor, o que dentro de la una esté comprendida la otra. Como se sabe, la plus petitio se da es en relación con lo que los procesalistas llaman el objeto mediato de la acción, o sea el bien económico cuantiable al cual ella tiende, lo cual no ocurre en el evento en consideración.
- 4. Por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, el negocio jurídico con simulación, no es por esta mera circunstancia inválido ni ineficaz. En razón de aquellos postúlados jurídicos, a los particulares les es permitido realizar su actividad económica escogiendo para ello los medios jurídicos lícitos que estimen más adecuados, y, por ende, alcanzar indirectamente lo que podrían directamente lograr. La simulación no es entonces, per se, causa de nulidad. Aunque toda simulación envuelve la idea de ocultamiento frente a terceros, en cuanto el aspecto ostensible del acto persigue mantener ignorada de éstos la verdad, eso sólo no permite considerarla como ilícita, porque fingir no significa necesariamente dañar. Pero es claro, y la observación tiene sólo valor en el campo de la práctica, que como la disimulación implica generalmente un tránsito hacia el daño, y es éste el fin con el cual suele ser empleada, el negocio simulado está más propenso que cualquier otro a quedar afectado de ilicitud. Mas entonces será el daño que cause, lo que determinará la ilicitud del acto.

Quiere decir, pues, que la validez y eficacia del negocio jurídico oculto en la simulación no depende sino de que en su celebración concurran los requisitos de fondo y de forma que la ley exige para la validez de todo negocio jurídico. Faltando cualquiera de ellos, quien tenga interés legítimo estará habilitado para ejercitar la acción de nulidad tocante con aquél. Es obvio, de otro lado, que siendo válido y eficaz el negocio celebrado mediante la utilización del mecanismo simulatorio, las partes del mismo pueden exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones que, como consecuencia de lo realmente querido por ellas, resulten a su cargo, y desde luego ejercitar las acciones judiciales pertinentes en caso de que aquéllas no sean espontáneamente satisfechas por el respectivo obligado.

5. Como la simulación crea una divergencia entre la apariencia y la realidad, que se traduce en la práctica en la primacía de aquélla sobre ésta, tal peculiaridad del fenómeno impone la necesidad de proporcionar un instrumento legal que permita poner las cosas en su punto, mediante la eliminación del artificio. Ese instrumento es la acción de simulación, dirigida en general a obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, es decir, de la prevalencia de lo oculto respecto de lo aparente. En particular, si se trata de simulación absoluta, la acción persigue la declaración de que entre las partes no se ha celebrado en realidad el negocio ostensible, no habiendo en el fondo otra relación entre los simulantes que la consistente en obligarlos a la restitución de las cosas al estado anterior; y si de la relativa, que el negocio ajustado por ellas es diverso del que exteriormente aparece concertado. En vista de tales fines, con mucha propiedad nuestra jurisprudencia le ha dado a esa acción la denominación de acción de prevalencia. (G. J., No. 2210, T. XC, pág. 357).

Teniendo como inmediato objetivo esta acción el reconocimiento de una realidad jurídica, o, mejor, producir un estatuto de certidumbre respecto de una situación contractual equívoca al menos exteriormente, no hay duda de que ella participa de la naturaleza de las acciones genéricamente llamadas declarativas, y así la Corte la ha clasificado entre éstas (G. J. 2147, T. LXXVII, pág. 974).

En efecto, enseña la doctrina procesal que la acción declarativa es aquélla mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional la simple declaración de certeza acerca de la existencia de una determinada situación creada con anterioridad a la decisión buscada. "Este tipo de pretensiones o acciones, una de las nociones que más fundamentalmente han contribuído a la formación del concepto autónomo de acción, tiene como característica esencial la de que la petición

de la parte que la constituye consiste en la mera constatación, fijación o expresión judicial de una situación jurídica ya existente, no en su imposición a una persona distinta, ni en la producción de una nueva: esto es lo que se indica con la formula 'pretensión declarativa'. Según que lo pedido sea la declaración de la existencia o inexistencia de una situación jurídica, cabe hablar de pretensiones de declaración positivas o negativas" ("Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", T. I, pág. 337, Jaime Guasp).

De conformidad con lo anterior, entonces, la acción de simulación, o de prevalencia como es llamada en nuestra jurisprudencia, dado su carácter declarativo, no persigue por sí misma sino la verificación o reconocimiento judicial de que en la ocurrencia concreta de que se trate existe una declaración de voluntad oculta que, al expresar el verdadero querer de los contratantes, dejan sin contenido o altera en todo o en parte la declaración ostensible bajo la cual aquélla se refugia; es decir, que tal acción no se endereza sino a obtener la declaración de existencia de una simulación. Consistiendo en sólo eso el alcance y la finalidad de la acción declarativa de simulación, no es ella instrumento apto para lograr resultados que se encuentren más allá de esos límites. Más concretamente, resultados que sean objeto propio de acciones constitutivas o de condena, por consistir en la creación de situaciones jurídicas nuevas, o en la imposición de deberes de prestación en otro sujeto.

En este orden de ideas cabe decir, por lo tanto, que si por ejemplo en un caso de simulación relativa, se quiere judicialmente obtener consecuencias de tipo constitutivo o condenatorio susceptibles de deducirse del lado real u oculto del negocio, a la acción declarativa de prevalencia que se ejercite deberán acumularse las acciones constitutivas o de condena pertinentes. En tal hipótesis, sobra decirlo, la demanda debe contener las peticiones propias de la acción declarativa de simulación relativa, y además las peticiones adecuadas a la acción constitutiva o de condena acumulativamente ejercitada con aquélla. Si, verbigracia, por considerarse que el negocio realmente celebrado no satisface todos los requisitos legales, intrínsecos o extrínsecos, necesarios para su validez y eficacia, se pretende conseguir judicialmente la nulidad del mismo, y el restablecimiento por esta vía de las cosas al estado anterior, será indispensable que además de la correspondiente petición de declaración de prevalencia, se solicite también que se decrete la nulidad pretendida. Aspirar a lograr aquel resultado anulatorio, y tras él los consecuenciales al mismo, como sería en su caso la cancelación de la inscripción de un título traslaticio, mediante el mero ejercicio de la acción de prevalencia, sería vano intento, así se lograse la declaración de prevalencia pretendida, pues como ya se dejó demostrado la simulación no implica de suyo nulidad, además de que el negocio real u oculto escondido bajo el aparente ha de reputarse como válido y eficaz, como cualquier otro negocio, mientras no sea impugnado de nulidad y por sentencia declarado tal.

No sobra agregar que cuando, como en el ejemplo propuesto, a la acción declarativa de simulación se acumulan otras constitutivas o de condena relativas al aspecto oculto del negocio, la suerte de éstas últimas queda dependiendo no sólo de la propia de ellas sino también de la de aquélla. Sin que la recíproca sea exacta, puesto que en dicha eventualidad bien puede prosperar la acción declarativa de simulación, y ser desestimadas las otras.

II

Descendiendo al caso concreto de autos, se tiene: a) Contra lo que alega el recurrente, el Tribunal sentenciador no incurrió en error al calificar como relativamente simulado el acto materia del juicio. Si bien por documento privado las partes hicieron constar que la venta contenida en la escritura 1120 de 22 de abril de 1960, de la Notaría 2a. de Cúcuta era simulada, en el sentido de que en la vendedora Rosalbina Pineda no hubo intención de transferir el dominio del inmueble "Valparaíso" objeto de aquélla, ni en el comprador Ernesto Vargas Lara la intención de adquirirlo, cierto es también que en el mismo documento dejaron claramente expresado que "han convenido en que la venta a que se refiere el instrumento que se otorgó por medio de la escritura va citada no tiene otro objeto que el de respaldar y garantizar la deuda que el comprador tiene contraída a nombre de la vendedora en letras de cambio de plazo vencido a favor de..., así como la cantidad de \$10.000.00 que la misma vendedora Rosalbina Pineda le adeuda a Ernesto Vargas Lara por valor recibido... Que una vez que la vendedora haya cubierto la suma que garantiza por medio de la estura citada, y cualesquiera otras sumas que se hayan contraído a nombre de ella, el comprador se obliga a hacerle nuevamente la escritura de venta sin ninguna condición a la vendedora misma o a la persona que ella designe". Siendo ello así, no habiéndose limitado ese acuerdo privado simplemente a desvirtuar ostensible. sino habiéndose extendido a darle a este último funciones de garantía. esta circunstancia es suficiente por sí sola para permitir deducir que la simulación no fue absoluta sino relativa. La circunstancia invocada por el recurrente de que ningún efecto propio de la declaración ostensible se conserva con la declaración oculta, v de que por lo mismo la simulación es absoluta, no es de recibo por las razones atrás expresadas.

Por lo demás, la Corte tiene dicho que la compraventa celebrada con fines de garantía, como ocurre en el evento de que aquí se tratà, "constituye un caso perfecto de simulación relativa" (Cas. LVI, 173, CVII, 202).

b) En el libelo de demanda la parte actora solicitó en primer término que fuera declarado simulado el contrato de venta contenido en la escritura pública número 1120 de 22 de abril de 1960, de la Notaría Segunda de Cúcuta, v en segundo término que a consecuencia de tal declaración se ordenase la cancelación del registro de ese instrumento, y que en virtud de esto último se declarase a la actora propietaria del inmueble objeto de aquél. Como causa petendi de estas solicitudes se adujo, en suma, la circunstancia de que por documento debidamente autenticado, por lo demás obra en autos, las partes declararon ser totalmente simulada la venta contenida en el aludido instrumento, y que el otorgamiento de éste se hizo con la finalidad de constituir en favor del adquirente simulado una garantía de obligaciones en dinero a cargo de la presunta enajenante, garantía que la demanda considera inexistente porque unas de las obligaciones garantizadas se refieren a deudas contraídas con terceros por el demandado, en beneficio de la demandante, y tales deudas no han sido satisfechas por aquél, fuera de que dichas obligaciones quedaron también garantizadas con una letra que la demandante y su apoderado general aceptaron en favor del demandado.

Se desprende de la estructuración de la demanda: 1) que aunque la simulación cuya declaración se pide en primer término se califica allí como absoluta, debe en realidad tenerse como relativa, pues a esta especie corresponde el fenómeno concreto descrito en los hechos de aquélla, v es a esa descripción, más bien que a la denominación de la acción, a lo que debe dársele trascendencia; 2) que dada la modalidad de la operación celebrada por los contratantes, la garantía cuya constitución fue el verdadero y único objeto y fin buscado por ellos, conforme a la declaración privada, consistió en colocar al demandado Vargas Lara en la condición de titular aparente del dominio sobre el inmueble "Valparaíso" en lo cual desde luego jugó un papel decisivo la inscripción en el registro de la escritura contentiva del contrato de venta simulado. pues sin dicha inscripción habría sido írrita la garantía pretendida; y, 3) que en las circunstancias indicadas, con la petición demandatoria de la orden de cancelación del registro de la escritura en que consta el contrato de venta cuva declaración de simulación se solicita en primer têrmino, lo que la parte demandante pretendió fue conseguir el aniquilamiento de la garantía pactada mediante el acuerdo privado.

De esta suerte, y por lo que a lo último respecta, cabe observar que, habida consideración a la finalidad y a los alcances propios por naturaleza de las acciones declarativas, atrás advertidos, la petición sobre cancelación de registro formulada en la demanda, con los efectos aniquilantes dichos, queda fuera de la órbita de la acción declarativa de simulación ejercitada en primer término, y en tal virtud es necesario mirarla como independiente de esta última.

c) Como no podía ser menos, en vista de la realidad ofrecida por el proceso, el Tribunal en su sentencia halló que efectivamente el contrato que reza en la escritura 1120 de 22 de abril de 1960 materia del juicio, es simulado, por simulación relativa. Pero estimó que sin embargo no podía declararlo tal, porque de hacerlo así arrasaría de contragolpe el acuerdo privado de garantía celebrado entre las partes, ya que al declarar su simulación tendría que ordenar la cancelación del registro de ese instrumento, y con ello despojar al demandado de la aparente titularidad inscrita en que precisamente consistía la garantía.

Al razonar así, el Tribunal incurrió en evidente error jurídico, pues desde el momento en que sentó la premisa de que el contrato de que habla la escritura 1120 era relativamente simulado, ha debido acoger la petición

primera de la demanda y declarar dicha simulación, declaración que, por corresponder como se ha dejado visto a una acción de mera declaración de certeza, no conllevaba necesariamente la orden de cancelación del registro del aludido instrumento y dejaba por lo mismo viva la garantía privadamente pactada. Sin que se pueda decir que para esa simple declaración carecía la parte actora de interés jurídico, porque como lo anota un comentarista, en las acciones declarativas el interés en obrar consiste en la necesidad de despejar judicialmente una situación de incertidumbre. incertidumbre que debe ser objetiva "en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros". situación ésta que, al menos frente a terceros, crea en un caso como el de autos la escritura que contenga un contrato simulado de venta de inmuebles. (Chiovenda, "Principios de Derecho Procesal Civil", T. I, pág. 224).

El razonamiento del Tribunal no era, pues, obstáculo lógico que le impidiera declarar la simulación. Lo era, sí, para acceder a la segunda petición de la demanda, es decir, a la de que se ordenara la cancelación del registro de la escritura 1120, pues ciertamente, como lo intuyó el Tribunal, en la demanda no aparece ejercitada propiamente acción alguna de impugnación contra lo pactado ocultamente por las partes, la prosperidad de la cual condujera a aquélla orden de cancelación.

Al omitir hacer la declaración de simulación de un acto que halló ser simulado, dejó el Tribunal de aplicar los arts. 1766, 1849 y 1880 del C. C., citados en la demanda de casación como infringidos por ese concepto. El recurso, por consiguiente, está llamado a prosperar.

Aunque lo anterior pueda hacerlo superfluo, no sobra poner de presente, así sea sólo para fines de rectificación doctrinaria, que el Tribunal incurrió también en error de juicio al calificar como venta con pacto de retroventa al negocio realmente querido por las partes en el caso sub judice, pues es jurídicamente imposible, por sustracción de materia, que haya venta con pacto de retroventa donde no hay venta.

Al entrar a obrar la Corte como juzgador de instancia, con base en las mismas razones que conducen a la casación de fallo recurrido habrá de mantener la declaración de simulación hecha por el Juzgado a quo en la sentencia de primera instancia, pero en el sentido de que la simulación declarada es relativa y no absoluta. Como va se dejó expresado atrás. la circunstancia de que en los hechos de la demanda haya quedado perfilada como relativa la simulación invocada, prevalece sobre la calificación de absoluta que se le hava dado a la acción. Y como tanto tratándose de simulación absoluta como de simulación relativa se busca ante todo poner en descubierto la verdadera voluntad de las partes secretamente declarada por ellas, nada impide que en las circunstancias notadas se declare como relativa la simulación demandada.

En cuanto a la segunda petición de la demanda, o sea la de cancelación del registro de la escritura 1120, habrá de ser negada por las razones atrás insinuadas, esto es, porque tal petición no corresponde a efecto o consecuencia natural y propia de la acción declarativa de simulación incoada, sino que lo sería sólo de alguna acción de impugnación que contra la garantía ocultamente pactada por las partes se hubiera ejercitado en la demanda, y esto no sucedió.

Y en lo tocante con la petición tercera, la circunstancia de que ella se hubiera formulado subordinándola a la suerte favorable de la petición segunda, suerte que como acaba de decirse habrá de ser adversa, es suficiente para que no pueda ser expresamente acogida. Lo cual no obsta, sin embargo, para que se entienda que el reconocimiento en este caso de ser relativamente simulada la venta de que habla la escritura 1120 tantas veces citada, habrá de implicar de suyo que inter partes está radicado en cabeza de la actora el dominio sobre el inmueble que fue materia del mencionado instrumento.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de segunda instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, con fecha veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y, como juzgador de instancia, revoca la de primer grado y, en su lugar,

RESUELVE

Primero. Declárase relativamente mulado el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número mil ciento veinte (1120) de veintidos (22) de abril de mil novecientos sesenta (1960), de la Notaría Segunda de Cúcuta, otorgada por Rosalbina Pineda y Enrique Vargas Lara como aparentes vendedora y comprador, respectivamente, pues lo que con ello quisieron efectiva y realmente tales otorgantes fue constituir la garantía de que da cuenta el documento privado suscrito por ellos con fecha veintitrés (23) de abril de mil novecientos sesenta (1960), cuyo original obra a fls. 7 del cdno. 10. de este expediente.

Segundo.- Niéganse las demás peticiones

formuladas en la demanda, en particular la que solicita la cancelación de la mencionada escritura número mil ciento veinte (1120) de veintidós (22) de abril de mil novecientos sesenta (1960), y la de su registro.

Tercero.- Sin costas en las instancias ni en casación.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario

RECURSO DE HECHO. - DESLINDE

La sentencia proferida en juicio especial de deslinde no es susceptible de casación.

El art. 519 del C. J. señalaba las sentencias que podían ser objeto del recurso de casación, y entre ellas no figuraba la que ponía término al juicio especial de deslinde, o sea el fallo del Tribunal, por el cual se aprueba el lindero señalado en la diligencia de apeo.

Más tarde, el art. 50 del Decr. No. 528 de 1964 vino a regular la misma materia, o sea, a señalar las sentencias que pueden ser acusadas mediante el recurso de casación, y posteriormente el art. 17 de la Ley 16 de 1968 modificó el texto del citado art. 50 del Decr. 528.

Conforme a lo prescrito por el mentado art. 17 de la Ley 16 de 1968, el fallo dictado por un Tribunal en el juicio especial de deslinde no figura entre los que pueden ser impugnados por la vía del recurso de casación y por tanto ese fallo no es susceptible de este recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava).

(Aprobación: mayo 27/69. - Acta No. 36).

La señora Ana Marchena de Salas promovió un juicio de deslinde contra Blanca Marchena Conde ante el Juez Civil Municipal de Soledad para que se fijara el lindero o línea divisoria entre una porción de terreno perteneciente a la actora y otra de propiedad de la demandada, situadas ambas porciones en el barrio llamado "El Porvenir", de la citada población de Soledad.

La demandada no contestó el libelo ni formuló oposición al juicio de deslinde, y el ocho de marzo de 1968 el Juez del conocimiento, acompañado de peritos, practicó la diligencia de apeo y señaló la línea divisoria entre las citadas dos porciones de terreno. Transcurridos más de diez días sin que se formulara oposición al lindero fijado, el mismo Juez de la causa, mediante fallo de quince de abril del año expresado, declaró en firme dicho lindero y dispuso inscribir tal sentencia en el correspondiente libro de Registro.

La misma demandada se alzó contra la sentencia aprobatoria del deslinde y, surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla profirió el fallo de 29 de octubre de 1968, por el cual se confirmó la decisión apelada.

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación la aludida parte demandada, recurso que le fue denegado mediante auto de once de febrero del año en curso, por considerar el Tribunal que dicho fallo no es susceptible de impugnación por esa vía extraordinaria.

Por habérsele denegado el recurso aludido, la demandada recurrió de hecho ante la Corte para que se le conceda tal recurso. Oportunamente se presentó la recurrente ante la Corte a sustentar el de hecho.

Para resolver se considera:

El art. 519 del C. J. señalaba las sentencias que podían ser objeto del recurso de casación, y entre ellas no figuraba la que ponía término al juicio especial de deslinde, o sea el fallo del Tribunal, por el cual se aprueba el lindero señalado en la diligencia de apeo.

Más tarde, el art. 50 del Decr. No. 528 de 1964 vino a regular la misma materia, o sea, a señalar las sentencias que pueden ser acusadas mediante el recurso de casación, y posteriormente el art. 17 de la Ley 16 de 1968 modificó el texto del citado art. 50 del Decr. 528.

Conforme a lo prescrito por el mentado art. 17 de la Ley 16 de 1968, el fallo dictado por un Tribunal en el juicio especial de deslinde no figura entre los que pueden ser impugnados por la vía del recurso de casación y por tanto ese fallo no es susceptible de este recurso.

El recurrente de hecho sostiene que la Ley 16 de 1968 no estaba vigente cuando se pronunció el fallo que ahora se pretende recurrir en casación y que de consiguiente esa Ley no es aplicable a la misma sentencia de que aquí se trata.

La sentencia que se pretende recurrir en casación fue dictada por el Tribunal el 29 de octubre de 1968. El art. 42 de la citada Ley 16 dispone que ésta entra a regir desde el día de su promulgación, la cual se produjo con la inserción de la misma Ley en el Diario Oficial del 29 de marzo de 1968, según lo dispuesto por el art. 52 del C. R. P. y M. Desde esta última fecha entró en vigor la ley mencionada, y el fallo se pronunció exactamente siete meses después, o sea que cuando tal sentencia fue dictada hacía siete meses que estaba en vigencia la referida Ley 16 y le era aplicable al mismo fallo.

De acuerdo con lo expuesto, la sentencia proferida en el juicio especial de deslinde de Ana-Marchena de Salas contra Blanca Marchena Conde, no es susceptible de ser acusada mediante el recurso de casación, y debe por tanto concluirse que el Tribunal obró conforme a derecho al denegar el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra ese fallo.

En razón de lo dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, declara bien denegado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio especial de deslinde propuesto por Ana Marchena de Salas contra Blanca Marchena Conde.

Transcríbase esta providencia al Tribunal Superior de Barranquilla para su conocimiento y para que conste en los autos.

Cópiese, notifíquese y archívense estas diligencias.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

FILIACION NATURAL

- 1. La excepción de prescripción debe alegarse expresamente.
- 2. El art. 763 del C.J., en su inciso 20, no es norma sustancial.
- 1. El corgo no puede presperar perque está desarrollado sobre un presupuesto absolutamente falso, es decir, sobre un error de hecho que no existe: el de que el fallo de segunda instancia hizo caso omiso de la excepción de prescripción oportunamente propuesta. Que tal error no existe; se advierte de inmediato con solo observar que el recurrente pretende hozerlo derivar de una afirmación que por si sola lo excluye, o sea la de que dentro de las mal llamadas excepciones de "carencia de acción" y "genérica del artículo 329 del C. J.", está implicada la excepción de prescripción. Como si, por un lado, aquellas fueran en realidad excepciones, que no lo son según lo tiene definido y reiterado la jurisprudencia; y como si, de otro, la prescripción no requiriera ser expresamente alegada para poder ser reconocida, según lo ordenan textos tan claros al respecto como los de los arts. 2513 del C. C. y 343 del C. J. Frente a verdades tan diáfanas como éstas, aparece vano y baldio pretender que meras denominaciones como aquellas, vacías de tedo contenido y no constitutivas por lo mismo de pretensiones exceptivas ciertas y verdaderas, puedan llevar en su seno la invocación de una prescripción.
- 2. La norma legal citada como quebrantada (art. 673 del C. J.) inciso 20. ne tiene el menor asomo de sustancial, limitada como está simplemente a dar al juez una facultad parcial en materia de la declaratoria oficiosa de tachas comprobadas de testigos, y teniendo como tiene por destinatario exclusivo al juez, en cuanto tal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: mayo 27/69. - Acta No. 36).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por uno de los demandados contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el juicio ordinario de filiación natural promovido por Graciela Orozco contra la sucesión de Isaías Valencia, representada por sus herederos.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Primero del Circuito Civil de Manizales demandó Graciela Orozco a la sucesión de Isaías Valencia V., representada por Bernardo, Carmen Tulia, José María, Gabriel y Marco Tulio Valencia Valencia, y Luis Angel, Virgilio, Servio Tulio, Noemy, Orfany, Teresa, Gilma y Rosa Elena Valencia Gallego, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones: a) Que Graciela Orozco es hija natural de Isaías Valencia V.; b) Que en tal virtud es heredera de mejor derecho que el de las personas que han sido declaradas herederas en el juicio de sucesión del citado Isaías Valencia, y que a ella corresponde la totalidad de la herencia; y c) Que al obtener Graciela Orozco el reconocimiento de hija natural de Isaías Valencia, los herederos a quienes se hubieren distribuído los bienes deben ser condenados a que devuelvan a aquella la totalidad de los mismos.

Como hechos fundamentales de las peticiones anteriores se adujeron los que el Tribunal sintetiza así: En la Parroquia de la Inmaculada Concepción de Manizales, el 4 de abril de 1933 fue bautizada una niña nacida el 10 de marzo del mismo año, a quien se dio el nombre de Graciela, hija natural de María Orozco; esta última llegó con sus padres y hermanos a una finca de Isaías Valencia y José Dolores del mismo apellido, en donde sostuvo relaciones sexuales estables y notorias con el citado Isaías Valencia, las que empezaron en 1930 y finalizaron en 1936 o 1937; de tales relaciones se dieron cuenta no sólo los padres, her-

manos y familiares de María Orozco, sino los padres v demás familiares del Isaías Valencia, por habitar todos en la casa principal de la finca: igualmente trabajadores de la propiedad indicada conocieron las mismas relaciones; fruto de las mismas fue la niña Graciela, que nació mucho tiempo después de los ciento ochenta días de iniciadas v no después de los trescientos de terminadas. Cuando la madre natural de Graciela se separó del lado de Isaías Valencia, éste la llevó para la casa de sus padres José Dolores y María Francisca Valencia. Isaías Valencia puso a Graciela a estudiar en la escuela de "Alto Bonito", sufragando todos los gastos de la educación, y una vez que hubo terminado allí sus estudios, la trasladó a Manizales habiéndola entrado a estudiar en diversos establecimientos, todo costeado de su propio peculio. Isaías Valencia siempre trató a Graciela como a su verdadera hija, veló por ella en todo sentido, sosteniéndola de alimentación, alojamiento, vestido y educación, y como tal la presentó a sus familiares, a sus amigos v relacionados, v en general al círculo social que lo rodeaba. Graciela fue a vivir a Bogotá hacia el año de 1950, contra el consentimiento de Valencia, pero, pasada la contrariedad que a éste le produjo dicho viaje, ambos sostuvieron una correspondencia en la cual Isaías trataba a Graciela como a su verdadera hija, haciéndole manifestaciones propias solo de un padre. Igualmente, antes de viajar a Bogotá, Valencia llevaba a Graciela a pasar vacaciones a su finca, y paseaba con ella por las vecindades. Isaías Valencia falleció en Manizales el 15 de mayo de 1961, sin haber otorgado testamento y siendo soltero, y su juicio de sucesión se abrió y en él fueron declarados herederos las personas que se citan como demandadas. Con base en estos hechos se invocaron como causales de filiación las de los numerales 30. 40. y 50. del art. 40. de la Lev 45 de 1936.

Algunos de los demandados no contestaron la demanda. Otros la contestaron oponiéndose a lo pedido, negando los hechos básicos, y proponiendo las excepciones que denominaron de "inexistencia de la obligación" y "carencia de acción", fundadas en que "la sucesión del señor Isaías Valencia nada le debe a la demandante, de lo que ella demanda", y "la general del art. 329 del C.J".

Por medio de sentencia de fecha 10 de octubre de 1964 el Juzgado a quo le puso fin a la primera instancia absolviendo a la parte demandada de todos los cargos formulados en la demanda. Por apelación interpuesta por la actora, el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad ésta que por sentencia de 24 de junio de 1965 resolvió el recurso revocando totalmente la anelada y disponiendo lo siguiente: "Primero.- Se declaran no probadas las excepciones propuestas. Segundo.- Se declara que Graciela Orozco nacida el 10 de marzo de 1933, es hija natural de Isaías Valencia Valencia, fallecido en esta ciudad el 15 de junio de 1961. Tercero.- Se declara que la citada Graciela Orozco, en su calidad de hija natural del citado Isaías Valencia Valencia, es su heredera legitimaria en los términos del inciso 2o. del art. 20 de la Ley 45 de 1936. Cuarto.- En consecuencia. Graciela Orozco, como hija natural de Isaías Valencia Valencia, tiene derecho preferente a los demandados a que se le adjudiquen los bienes en el juicio de sucesión de su padre natural, pudiendo intervenir en él para los efectos legales. Quinto.- Si al quedar ejecutoriada la presente providencia los bienes sucesorales de Isaías Valencia Valencia va hubieren sido distribuídos a quienes han sido declarados como herederos en el juicio de sucesión, los demandados están en la obligación de restituir los bienes a la demandante Graciela Orozco. Sexto.- En el supuesto anterior, los demandados señores Bernardo, Carmen Tulia, José María, Gabriel y Marco Tulio Valencia Valencia, Luis Angel, Virgilio, Servio Tulio, Nohemy, Orfani, Teresa, Gilma y Rosa Helena Valencia Giraldo, deberán pagar a la demandante, y como poseedores de buena fe, los frutos percibidos a partir de la contestación de la demanda, los cuales se cuantiarán por el procedimiento indicado en el art. 553 del C. J. Séptimo.- En firme este fallo, dése cuenta de la anterior declaración al señor Cura Párroco de la Inmaculada Concepción de Manizales y a uno de los Notarios de esta ciudad, para los efectos previstos en los artículos 370 del C. C. y 33 del Dcr. 1003 de 1939. Octavo.- Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada".

LA SENTENCIA ACUSADA

La sentencia del Tribunal estudia en su orden las causales de filiación invocadas en la demanda. La primera de ellas, o sea la tercera del art. 40. de la Ley 45, la desecha por cuanto, redargüída de falsa la prueba literal aducida al efecto, el incidente respectivo se decidió en contra de la parte demandante. En cuanto a la segunda, el Tribunal luego de hacer algunas consideraciones generales en torno a las condiciones que la jurisprudencia exige para admitir la prueba de las relaciones sexuales estables v notorias, entra a examinar la producida en autos, constituída por prueba testimonial, y llega a la conclusión, conforme con la del Juzgado a quo, de que ella no reúne cabalmente aquellas condiciones, para rematar diciendo: "No obstante lo dicho, a pesar de que los testimonios no reunen las condiciones intrínsecas absolutamente necesarias para que pueda hacerse la declaración de filiación de esta causal, es lo cierto que sí dejan en la mente del fallador cierta crèencia moral que, aunque no llega a la certidumbre, crea por lo menos la posibilidad de que los hechos havan ocurrido como se relatan, creencia moral que contribuirá mucho a reforzar la segunda de las causales que pasa a analizarse".

Entra en seguida el Tribunal a examinar la posesión notoria del estado civil de hija natural invocada por la actora en la demanda, y a vuelta de estudiar en abstracto ese fenómeno y las particularidades de la manera de acreditarlo, pasa a extractar las declaraciones de los testigos Evelio de Jesús Valencia, Nemesia Sánchez de L., José Horacio Amaya, Alicia Sánchez de L., Dioselina Sánchez, Laura Ligia Sánchez, María Jesús Marín, Moisés Sánchez, Teresa de Jesús Serna Duque, Elías Orozco y Miguel Angel Orozco, y en relación con el conjunto de ellos expresa que a su juicio demuestran la posesión notoria de estado civil a que se refieren en las condiciones exigidas por el art. 60. de la Ley 45 de 1936, "porque del conjunto de los testimonios se deduce sin lugar a duda. es decir, en forma irrefragable, que el Sr. Isaías Valencia trató a la demandante como a su hija, que provevó a su educación, subsistencia y establecimiento, que como a tal la presentó a sus deudos y amigos y en general al vecindario...; y es indudable también que era de fama pública y de conocimiento general el tratamiento que como hija daba a Graciela el citado Isaías Valencia. Son especialmente claros sobre el particular los testigos Evelio de Jesús Valencia, José Horacio Amaya y Laura Ligia Sánchez: los otros testigos analizados dan detalles parciales de los distintos aspectos de la posesión notoria en forma que puede decirse que ella quedó establecida en forma clara y categórica... Y tres por lo menos de los testigos son también categóricos en afirmar que esa posesión duró, en forma continua por lo menos diez años... Si algunos (de los testigos presentados) dan declaraciones incompletas, es lo cierto que sus testimonios se complementan unos con otros en forma tal que del conjunto sí aparece con plena certeza la realidad de la posesión notoria". Más adelante el Tribunal discrimina la prueba en relación con cada uno de los hechos legales constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, y los halla demostrados en particular. Y aludiendo al elemento "educación", expresa: "Es cierto que la mayor parte de los testigos que vivían en la región de 'Alto Bonito', cuando ocurrieron los hechos, al ser preguntados dicen que no les consta directa y personalmente los estudios hechos por Graciela en Manizales, pero sin embargo, como ya se dijo, varios de ellos sí pudieron constatar el hecho porque visitaban con frecuencia la casa de los padres de Isaías Valencia a donde éste la había traído con el fin de que continuara dichos estudios". Estudiando luego el Tribunal las pruebas presentadas por la parte demandada, que encuentra inconsistentes, se refiere en concreto a las declaraciones de Carmen Tulia Valencia y de Lorenzo Carrera, para decir, en cuanto a la de primera, que "es inaceptable por ser parte en el pleito y no haber sido presentado por la única parte que tenía derecho a ello, según la norma del inciso 2o. del art. 672 del C. J.". Y en cuanto a la del segundo, que se encuentra en el mismo caso de la de aquélla, por tratarse del esposo de ésta. Examina por último el Tribunal las excepciones de "carencia de acción, inexistencia de la obligación y la denominada genérica", para observar que habiéndose llegado a la conclusión de que la demandante es hija natural de Isaías Valencia, "es apenas obvio que sí existe para los demandados la obligación de responder por las consecuencias jurídicas de ese hecho". De la de "carencia de acción" dice que no es excepción, porque la excepción es un hecho liberatorio, y la proposición de aquella no es planteamiento de hecho alguno de esa clase. Y termina expresando, respecto de la "genérica", que no encuentra probado ningún hecho exceptivo de los que pueden ser declarados de oficio.

LA DEMANDA DE CASACION

Acusa la sentencia por ser violatoria de ley sustancial, esto es, por la causal primera, y desarrolla los cargos en dos capítulos, en el primero de los cuales formula un cargo, y dos en el segundo.

Primer cargo.- Empieza diciendo el recurrente que el apoderado en las instancias de su representada propuso en tiempo las excepciones de carencia de acción y la general del art. 329 del C. J., las cuales declaró no probadas el Tribunal diciendo que al haber llegado él a la conclusión de que sí existe la filiación natural invocada en la demanda, "es apenas obvio que sí existe para los demandados la obligación de responder por las consecuencias jurídicas de ese hecho". Dice el censor que este razonamiento del fallo es inadmisible, por cuanto el Tribunal tomó "una senda diferente a la propuesta por el señor apoderado de la parte demandada... El fallador no entra a estudiar este planteamiento (el de las excepciones perentorias aludidas) que lo coloca en el campo de la prescripción extintiva de la acción, sino que deja de lado el meollo del problema y se dedica a fundamentar la existencia de la obligación al través de la prueba testimonial". Pasa luego el recurrente a exponer cómo, a su juicio, y de conformidad con los arts. 2535 y 2536 del C. C., la acción de investigación de la paternidad natural está sometida a prescripción extintiva, que es hoy de 20 años conforme a la Ley 50 de 1936, art. 10., y aplicando dicha tesis al caso de autos encuentra que cuando la actora ejercitó su acción, ésta ya se encontraba extinguida por prescripción. "Luego a todas luces es evidente, expresa, que el Tribunal Superior de Manizales incurrió en error de hecho al no tener en cuenta las excepciones de carencia de acción y la genérica consagrada en el art. 329 del C. J. Excepciones que fueron propuestas en tiempo y en forma debida... y que el Tribunal desechó al decir que 'habiéndose llegado a la conclusión de que sí está suficiente- º mente establecida la filiación natural de la demandante' se abstiene de considerarla. De todo lo anterior queda establecido que el Juzgador violó la ley sustativa al no darle curso legal a las excepciones perentorias propuestas... violando así la ley sustantiva, por error de derecho, error que implica la violación de las siguientes disposiciones legales: el art. 329 del C. de P.C., por inaplicación. Los arts. 2535 y 2536 del C. C., por inaplicación".

CONSIDERA LA CORTE

El cargo, tal como viene formulado, es susceptible de reparo por aspectos relacionados con la técnica de casación. En efecto, su fundamentación no ofrece la claridad y precisión requeridas por el art. 531 del C. J., y aun hasta podría calificarse de contradictoria, pues se dice en ella, unas veces, que la omisión del Tribunal al no haber tenido en cuenta la excepción de prescripción que se invoca como oportunamente interpuesta, es constitutiva de error de hecho, v otras, de error de derecho. Atendiendo a que la estructuración del cargo denuncia que en verdad el que se alega es un error de hecho, y a que la alusión que allí se hace al error de derecho es apenas incidental o marginal, la Corte obrando sin excesivo rigor podría dar por irrelevante este defecto. Pero sucede que además de ese existe otro que sí es insalvable, cual es el de que ninguna de las tres disposiciones legales citadas como violadas tienen por sí sola, ni combinadas entre sí, contenido sustancial consagratorio de derechos subjetivos, y es sabido que solo el quebrantamiento de normas que tengan este carácter, cuvo señalamiento en la demanda de casación es ineludible, da vado a cargos en casación por el canal de la causal primera.

En verdad, el art. 329 del C. J., que el cargo señala en primer término como infringido por el Tribunal, sólo tiene la definición del concepto procesal de la excepción. Y los arts. 2535 y 2536, que son las normas que el cargo indica como violadas, se limitan a determinar y regular las circúnstancias de orden temporal que la prescripción extintiva debe reunir para que pueda ser aceptada como tal. Normas de la índole de las citadas, ha dicho la Corte "no son susceptibles de quebranto para fines de la casación, porque la idea de ley sustancial obra sobre normas atributivas o declarativas de derechos, y no sobre las que contengan la descripción legal de los fenómenos" (LXII, 736).

Pero al margen de lo anterior, que sería suficiente para rechazar el cargo, es de observar que ni aun sin el defecto anotado podría estar llamado a prosperar, pues él está desarrollado sobre un supuesto absolutamente falso, es decir, sobre un error de hecho que no existe: el de que el fallo de segunda instancia hizo caso omiso de la excepción de prescripción oportunamente propuesta. Que el tal error no existe. Se advierte de inmediato con sólo observar que el recurrente pretende hacerlo derivar de una afirmación que por sí sola la excluye, o sea la de que dentro de las mal llamadas excepciones de "carencia de acción" y "genérica del art. 329 del C. J.", está implicada la excepción de prescripción. Como si, por un lado, aquellas fueran en realidad excepciones, que no lo son según lo tiene definido y reiterado la jurisprudencia: v como si, de otro, la prescripción no requiriera ser expresamente alegada para poder ser reconocida, según lo ordenan textos tan claros al respecto como los de los arts. 2513 del C. C. y 343 del C. J. Frente a verdades tan diáfanas como estas, aparece vano y baldío pretender que meras denominaciones como aquellas, vacías de todo contenido y no constituídas por lo mismo de pretensiones exceptivas ciertas y verdaderas, puedan llevar en su seno la invocación de una prescripción.

Todo lo cual viene a significar en el fondo que lo que el recurrente busca en realidad es aprovechar el recurso de casación para hacer valer soslayadamente un medio defensivo que cree tener a su favor, pero cuya oportunidad de aprovechamiento se daba solo en las instancias del juicio. Y la Corte tiene dicho que una prescripción no alegada en las instancias, constituye medio nuevo en casación, y como tal inadmisible. (XXI, 360; XL, 430; XLIV, 298).

En consecuencia se rechaza el cargo.

Segundo cargo. Se formula por violación de lev sustancial a virtud de error de derecho en la apreciación de las declaraciones de Carmen Tulia Valencia de Carrera y de Lorenzo Carrera. Expone el recurrente que estos testimonios son contestes en afirmar que "la señora María Orozco les regaló a su hija Graciela Orozco por no tener con qué sostenerla"; y que dicha niña creció "y duró a nuestro lado toda la vida hasta hace unos seis años", y que ellos cuidaron de ella "no como hija natural de Isaías Valencia", pues como ellos allí lo dicen "nunca tuvimos conocimiento de que fuera hija de él". Agrega que estos dos testimonios constituyen plena prueba según el art. 697 del C. J., pero que el Tribunal los rechazó de oficio por encontrarlos afectados de parcialidad, violando con ello el texto del art. 673 del C. J., según el cual las tachas por parcialidad de los testigos no pueden ser declaradas de oficio por el juez, de suerte que al obrar en tal forma el Tribunal infringió "una norma sustantiva cual es la contenida en el inciso segundo del art. 673 del C. de P. C., por error de derecho en la apreciación de la prueba".

Se considera:

Es ostensible la defectuosa formulación del cargo. "La norma legal citada como quebrantada no tiene el menor asomo de sustancial, limitada como está simplemente a dar al juez una facultad parcial en materia de la declaratoria oficiosa de tachas comprobadas de testigos, y teniendo como tiene por destinatario exclusivo al juez, en cuanto tal". El error del

recurrente en considerar dicha norma como sustancial para efectos del recurso de casación, quizás explique el que haya omitido indicar, faltando al deber que le correspondía, cuál habría sido el sentido a él favorable en que habría repercutido en la decisión del litigio la prueba materia del cargo, en el supuesto de que el Tribunal no la hubiera rechazado, y sobre todo cómo esa prueba habría debido prevalecer sobre la que el mismo Tribunal tomó en consideración para fundar su decisión.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Tercer cargo. Se aduce, como el anterior, por violación de ley sustancial a consecuencia de haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación de la prueba, pero referido dicho error a los testimonios que sirvieron de apoyo a las conclusiones finales de la sentencia.

El cargo lo sustenta el censor diciendo que el Tribunal aceptó y acogió el criterio del Juzgado a quo "en el sentido de que la prueba testimonial traída al juicio por la parte actora no sirve para demostrar las relaciones sexuales estables y notorias por cuanto al producirse la ratificación de esos testimonios y verificarse el contrainterrogatorio..., esa prueba se volvió de simple referencia". Y que en relación con este mismo punto el Tribunal agregó que si bien esa prueba no era satisfactoria para poder declarar la filiación con base en las relaciones sexuales estables y notorias, "es lo cierto que sí dejan en la mente del fallador cierta creencia moral que, aunque no llega a la certidumbre, crea por lo menos la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido como se relatan". A lo cual comenta el recurrente que si las declaraciones no servían para demostrar la causal fundada en las relaciones sexuales estables y notorias, tampoco podían servir para demostrar la causal de posesión notoria del estado civil de hijo natural, "pues es claro que a cada una de las causales corresponde un sistema probatorio diferente". Destaca más adelante el censor cómo la posesión notoria está regulada en su prueba por los arts. 398 y 399 del C. C., y como según esta última disposición, la prueba testimonial al respecto debe ser irrefragable, para poner de presente que esta exigencia no se compadece con la menguada opinión que al Tribunal le mereció la prueba aquí practicada cuando dijo que ella apenas le creaba "la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido como se relatan", de lo cual concluye que el Tribunal incurrió en error de derecho "al valerse de dicha endeble prueba para declarar la filiación natural", pues le atribuyó un valor que legalmente no le corresponde, con violación del art. 399 del C. C., que exige que los testimonios sean fidedignos e irrefragables (la prueba resultante de ellos). Afirma a continuación, repitiendo conceptos del fallo de primera instancia, que los testigos no dan la explicación pertinente de lo que exponen cuando dicen que Isaías Valencia atendió a la subsistencia, educación y establecimiento de la actora, y que con ocasión de la ratificación de las declaraciones respectivas y del contrainterrogatorio a que los testigos fueron sometidos, "esa prueba se volvió de simple referencia". Sobre este último particular el cargo transcribe apartes aislados de las declaraciones rendidas por Elías Orozco Loaiza, Moisés Sánchez Agudelo, Miguel Angel Orozco, Héctor Manuel Loaiza, Nemesia Sánchez, María de Jesús Marín de Gómez. Dioselina Sánchez v Teresa de Jesús Serna de Duque, en que éstos explican su conocimiento de algunos de los hechos sobre que declaran diciendo que les fueron relatados por terceros, sobre lo cual expresa: "Luego en conclusión se pretendió demostrar la posesión notoria del estado civil de hijo natural con una serie de testimonios mediatos o de mera referencia que se encuentra en franca pugna con el art. 698 que dice: 'no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído de otros'". Remata el recurrente el cargo diciendo que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial aludida, por violación de los arts. 698 del C.J. v 399 del C.C. lo que lo condujo a aplicar indebidamente el numeral 50. del art. 40. de la Lev 45 de 1936.

Se considera:

Dos son, sintéticamente considerados, los aspectos distintos por los cuales se ataca en este cargo la valoración que el Tribunal le dio a la prueba testimonial por él tenida en cuenta para dar por acreditada la posesión notoria del estado civil de hijo natural afirmada por la actora en su demanda: a) por haberle dado el carácter de irrefragable y como procedente de testigos fidedignos, a una prueba que el mismo Tribunal estimó débil e insuficiente para demostrar la causal de relaciones sexuales estables y notorias; y b) por haberle dado valor probatorio a unas declaraciones que apenas son de oídas.

Así concretados los términos de la acusación, una somera comparación entre el conjunto de la prueba materia de objeción dentro de cada uno de los aspectos dichos, de un lado. con la que efectivamente tuvo en cuenta el Tribunal para fundar su fallo, de otro, de inmediato pone de presente que tanto por el uno como por el otro de los aspectos mencionados el cargo es incompleto, en el sentido de que su alcance no abarca la totalidad de la prueba en que dicho fallo se apoya, sino apenas una porción de ella. No más de lo cual resulta que en el supuesto de que el recurrente tuviera razón en sus censuras, y a juicio de la Corte no la tiene, el cargo no podría prosperar por la sencilla razón de que la conclusión final de la sentencia continuaría, en tal hipótesis, encontrando cimentación en la prueba no combatida por el recurso.

En efecto, por lo que se refiere al primero de los aspectos del cargo arriba mencionado, él está dirigido contra los testimonios que el Tribunal halló deficientes para acreditar la causal de relaciones sexuales estables y notorias, pero aceptables como simples corroborantes de la prueba demostrativa de la posesión notoria. testimonios que son los de los testigos Nemesia Sánchez, Moisés Sánchez A., Teresa Serna Duque, Elías Orozco v Miguel Angel Orozco. Pero resulta que la prueba de dicha posesión notoria la encontró el Tribunal no solo en las declaraciones de los testigos citados, quienes además , sobre las relaciones depusieron sexuales, sino también en las de los testigos Evelio de Jesús Valencia, José Horacio Amaya, Alicia Sánchez de Loaiza, Dioselina Sánchez, Laura Ligia Sánchez v María Jesús Marín, testimonios éstos que, por lo tanto, quedaron por fuera del aspecto del cargo que se examina.

Y por lo que se relaciona con el segundo aspecto del mismo cargo, ocurre algo similar. Los testimonios que la censura señala como carentes de todo valor probatorio en este caso por ser de oídas o de mera referencia, son los de Elías Orozco, Moisés Sánchez, Miguel Angel Orozco. Héctor Manuel Loaiza, Nemesia Sánchez, María de Jesús Marín Gómez. Dioselina Sánchez v Teresa de Jesús Serna. Pero como va se dijo, el Tribunal derivó su convicción no solo de estos testimonios (excepto el de Héctor Manuel Loaiza, que no fue tenido en cuenta para nada), sino también de los de Evelio de Jesús Valencia, José Horacio Amaya, Laura Ligia Sánchez y Alicia Sánchez de Loaiza, los cuales por consiguiente no son objeto del reparo aludido. Siendo de anotarse, por otra parte, que fueron los testimonios de los tres primeros de los testigos últimamente citados los que más influencia tuvieron en la convicción, según se deduce del pasaje de la sentencia en que, al concretarse el balance de la prueba, se hace mención expresa y especial a lo declarado por ellos.

Por lo demás, como ya se dejó insinuado atrás, la Corte estima que el Tribunal no incurrió en los errores que se le atribuyen. No en el que se contempla bajo el primer aspecto del cargo, porque nada se oponía a que el Tribunal, después de estimar que no lo convencía lo declarado por los testigos respecto a hechos relacionados con la causal de relaciones sexuales estables, hallara convincente lo dicho por esos mismos testigos acerca de hechos pertinentes a la causal de posesión notoria de estado civil de hijo natural. Tratándose en uno y otro caso de hechos de naturaleza distinta, es claro que la poderación de los unos no tenía por qué comprometer la delos otros.

Y no incurrió tampoco en el error que se le imputa en el segundo aspecto del cargo, porque la circunstancia de que un testigo diga, en relación con un determinado hecho, que tuvo conocimiento de él en virtud de haberlo sido relatado por un tercero, no significa, como es obvio, que respecto de otros hechos sobre los cuales también deponga, y a propósito de los cuales no se dé aquella circunstancia, su testimonio hava de considerarse también como de oídas. Si en el caso de autos algunos de los testigos, en general refiriéndose al hecho de que Isaías Valencia atendió a la educación de la actora, dicen que tuvieron conocimiento de ello por referencias de terceros, no ocurre lo mismo acerca de otros hechos constitutivos de posesión notoria de estado civil que también

afirman. El Tribunal, por lo demás, reparó en lo que de oídas tenían esas declaraciones, haciendo la salvedad correspondiente, y así dijo en uno de los apartes de su fallo: "Es cierto que la mayor parte de los testigos que vivían en la región de 'Alto Bonito', cuando ocurrieron los hechos, al ser repreguntados dicen que no les consta directa y personalmente los estudios hechos por Graciela en Manizales, pero sinembargo, como ya se dijo, varios de ellos sí pudieron constatar el hecho porque visitaban con frecuencia la casa de los padres de Isaías Valencia a donde éste la había traído con el fin de que continuara dichos estudios".

En consecuencia, el cargo no prospera.

RESOLUCION

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha veinticuatro (24) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este juicio ordinario propuesto por Graciela Orozco contra la sucesión de Isaías Valencia V., sobre filiación natural.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

FILIACION NATURAL

1.-La valoración de las pruebas referentes a la posesión notoria del estado civil es del arbitrio del juez de instancia. 2.- Técnica de casación.

hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural lo acreditan plenamente, es materia que sometida queda, de manera preponderante, al discreto juicio de los juzgadores de instancia, por referirse a inferencias cuyo alcance aprecia el fallador a su prudente arbitrio. En casación la Corte no podría variar la estimación hecha por el Tribunal de la prueba de la notoria posesión de estado, sino en el caso de que éste hubiera cometido un error evidente de hecho, o una de derecho en su valoración.

1. La relativa a apreciar si las pruebas de los

- 2. En el recurso extraordinario no es procedente acusar el fallo por errores de apreciación mediante un planteamiento global del problema probatorio, porque ella no puede entrar, oficiosamente, en el estudio de elementos de prueba que el recurrente no le cite de manera concreta en la respectiva censura.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.
- (Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).
- (Aprobación: mayo 30/69. Acta No. 38).

Contra la sentencia de 8 de septiembre de 1966, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, interpuso casación la parte demandada. Concedido el recurso por el sentenciador, admitido en la Corte y cumplido el trámite legal, se decide ahora sobre su mérito.

ANTECEDENTES

a) José Vélez Alvarez murió en Fontibón el 19 de julio de 1958. Había otorgado testamento cerrado el 10 de agosto de 1956, el cual fue abierto en el Juzgado Octavo Civil de Circuito de Bogotá, previas las diligencias correspondientes. En él manifestó que todos los bienes pertenecían a la sociedad conyugal formada con Josefina Bautista Vergara, a quien instituyó como heredera universal;

b) En el Juzgado Tercero Civil del mismo Circuito se abrió el juicio de sucesión del nombrado José Vélez Alvarez por auto de 25 de noviembre de 1958, y se reconoció a Josefina Bautista en su condición de cónyuge sobreviviente y de heredera universal del causante;

c) Bernardo Pineda o Vélez, hijo natural de

- Ana Elvia Pineda, demandó a la viuda de Vélez, en su doble carácter de cónyuge sobreviviente y de heredera testamentaria de su marido, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas: 1a. Que el actor es hijo natural de José Vélez Alvarez; 2a. Que, en consecuencia, tiene derecho a concurrir al juicio de sucesión de su padre, como heredero letigimario, en su aludida condición de hijo natural; 3a. Que igualmente tiene derecho a que se le reconozca la cuota hereditaria que la ley asigna a los hijos naturales; 4a. Que se reforme el testamento cerrado otorgado por el causante "por haberse preterido a mi mandante como heredero legitimario"; 5a. Que el actor es dueño de la cuota herencial correspondiente, sobre los bienes inventariados dentro del juicio de sucesión de José Vélez Alvarez, su padre natural: 6a. Que la demandada Josefina Bautista V. de Vélez, está obligada a entregar al demandante la cuota hereditaria que a éste corresponde "en la mortuoria de su padre", con los frutos producidos por dicha cuota y los que hubiera podido producir administrando los bienes con mediana inteligencia y cuidado; y 7a. Que debe pagar las costas del juicio.
- d) Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así: José Vélez Alvarez vivió maritalmente, bajo un mismo techo, con Ana Elvia Pineda, por los años de 1932 y siguientes, primero en jurisdicción de Pacho, después en Zipaquirá y luego en Suesca en una finca de pro-

piedad del Banco Central Hipotecario; entre los amantes existieron, de manera notoria, relaciones sexuales estables, como fruto de las cuales nació Bernardo Pineda o Vélez, después de transcurridos 180 días desde cuando empezaron tales relaciones; Vélez Alvarez proveyó hasta su muerte a la subsistencia, alimentación, vestuario, educación y establecimiento de Bernardo desde cuando éste nació y lo presentó ante parientes, amigos y relacionados y ante su propia cónyuge, como hijo suyo; los deudos, amigos y relacionados de Vélez Alvarez y, en general, el vecindario de Pacho, Zipaquirá, Suesca y Fontibón reputaron al actor como hijo natural del causante, en virtud del tratamiento que éste le dio durante toda su vida, el cual duró más de diez años continuos; cuando José Vélez Alvarez estuvo con su esposa en la hacienda de "Tintalito", en jurisdicción de Fontibón, como administrador de la misma, llevó a Bernardo Pineda a dicha hacienda a que conviviera con él y su mujer: Josefina Bautista de Vélez tiene la posesión de los bienes de su difunto esposo, como cónyuge sobreviviente y por haber sido instituída heredera universal de su marido en el testamento que éste otorgó.

e) La demandada se opuso a las pretensiones del actor alegando la esterilidad de su marido.

El Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento del negocio, cerró la primera instancia con sentencia de 23 de junio de 1965, mediante la cual resolvió:

"Primero. Declárase que Bernardo Pineda o Vélez, hijo natural de la señora Elvia Pineda, es hijo natural de José Vélez Alvarez, muerto en Fontibón, D. E. el día 19 de julio de 1958;

"Segundo.- Declárase que Bernardo Pineda o Vélez, hijo natural de José Vélez Alvarez, tiene derecho como heredero forzoso, de asistir al juicio de sucesión de éste último, y de participar como tal en la distribución de la masa de los bienes relictos;

"Tercero.- Como consecuencia de las declaraciones anteriores, el señor Bernardo Pineda o Vélez, tiene derecho a que se le reconozca en la sucesión de su padre José Vélez Alvarez, la cuota hereditaria que la ley reconoce al hijo natural reconocido o declarado como tal, en su calidad de legitimario;

"Cuarto. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declara reformado el acto testamentario otorgado por el señor José Vélez Alvarez, según la escritura número cuatro mil doscientos ochenta y una (4281) de trece (13) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956) de la Notaría Cuarta de Bogotá, en forma cerrada, por haberse preterido al demandante como heredero legitimario. Líbrense las comunicaciones del caso al señor Notario 40. de este Circuito y al senor Registrador de Instrumentos PP. y PP. del mismo Circuito;

"Quinto. Como consecuencia de las declaraciones procedentes, el demandante es dueño de su cuota herencial, como heredero legitimario del señor José Vélez Alvarez, sobre los bienes inventariados ya dentro del juicio de sucesión del expresado señor, que se adelanta o adelantaba en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, y determinado todo por su situación y linderos en los literales a), b), c), d) y e), de la petición quinta del libelo de demanda;

"Sexto. Condénase a la sucesión demandada, representada por la señora Josefina Bautista vda. de Alvarez o por quien administre los bienes sucesorales, a restituir al demandante la cuota herencial que al mismo le corresponda en la mortuoria de su padre José Vélez Alvarez, junto con todos los frutos producidos por dicha cuota y no solamente los producidos, sino también aquéllos que hubiera producido con mediana inteligencia y cuidado;

"Séptimo.- Inscríbase esta sentencia en el libro respectivo del estado civil; y

"Octavo. Condénase a la parte demandada en las costas del juicio. Tásense":

f) Por apelación de esta parte el Tribunal Superior de Bogotá conoció del juicio en segundo grado y lo decidió mediante fallo de 8 de septiembre de 1966, en la forma siguiente: confirmó los numerales primero, segundo, tercero, quinto, séptimo y octavo de la sentencia recurrida; revocó los numerales cuarto y sexto de la misma y condenó en costas a la parte apelante.

Esta es la sentencia materia del presente recurso de casación.

II

CONSIDERACIONES DEL FALLO ACUSADO

Estima el Tribunal que las causales invocadas para la declaración judicial de paternidad natural, son las indicadas en los numerales 40. y 50. del art. 40. de la Ley 45 de 1936. No encontró prueba suficiente en relación con la causal cuarta, mas al examinar la quinta, dice en qué consiste la posesión notoria del estado de hijo na-

tural, según el art. 60. de la Ley 45 citada, y cómo debe probarse conforme a los arts. 398 y 399 del C. C. aplicables a la filiación natural por mandato del art. 70. de la misma ley.

Analiza luego los testimonios de Jesús Vélez Alvarez, Antonio Vélez Alvarez, Librada Acuña de Quintero, Alejandro Quintero y Rosa María Torres de Jacobo, y concluye que constituyen prueba suficiente para acreditar la notoria posesión de estado de hijo natural alegada por el actor.

Después de referirse a lo que dice cada uno de los testigos citados, expresa el fallo acusado:

"Teniendo, pues, en cuenta los anteriores principios, la circunstancia de que con las partidas de estado civil que obran en autos se encuentra acreditado que los dos testigos primeramente mencionados son hermanos del pretenso padre natural, y las afirmaciones que ellos y los otros declarantes hacen al respecto, debe concluirse que ese estado de hijo natural que se invoca se ha revelado y ha sido observado de modo público y continuo, durante diez años por lo menos, por parientes y amigos. En efecto:

"Los testigos Vélez Alvarez, coincidiendo en la razón de su dicho acerca de los objetivos a que el presunto progenitor José Vélez Alvarez proveyó en favor del demandante Bernardo Pineda, y de la circunstancia de que ellos y los amigos de aquél lo hubiera reputado como hijo suyo, relatan, según ha quedado visto, que conocen a Bernardo Pineda desde hace más de veinte años, que es sobrino de los testigos, que desde su más tierna infancia y por un término mayor de diez años, José Vélez Alvarez proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento con el solícito cuidado del padre para con el hijo, y que como tal lo presentaba a sus parientes y amigos.

"Los otros testigos dan datos tales como el de que José Vélez Alvarez le solicitó a José Adolfo Acuña que fuera padrino de bautismo de Bernardo; que cuando la madre natural se ausentó, José Vélez Alvarez dejó a Bernardo al cuidado de la señora Garzón para que lo acabara de criar, y luego lo llevó a donde el padrino José Adolfo Acuña para que a su cargo (de José Vélez) lo tuviera, y que en toda la región Bernardo Pineda era conocido como hijo de José Vélez y éste así lo presentaba.

"De manera que de conformidad con lo anterior se debe concluir que se encuentra acreditada la causal a que se refiere el numeral 50. del art. 40. de la Ley 45 de 1936, y debe prosperar, por consiguiente, la acción de filiación natural de que se trata.

"Contra la anterior conclusión no obsta la alegada esterilidad de José Vélez Alvarez, porque como bien lo dice el a quo, aún en el supuesto de que ésta existiera el 20 de mayo de 1946, no implica que subsistiera (sic) para la época de la concepción de Bernardo Pineda".

En cuanto a la acción de reforma del testamento, el sentenciador tuvo en cuenta, para negarla, lo dispuesto en el art. 1276 C. C., según el cual el haber sido pasado en silencio un legitimario debe entenderse como una institución de heredero en su legítima; y respecto de la entrega de la cuota hereditaria correspondiente al actor, expresó que no existiendo prueba de que se hubiese practicado la partición y adjudicación de los bienes sucesorales de José Vélez Alvarez, resulta improcedente la súplica de la demanda en el particular.

IV

LA IMPUGNACION

Se expresa así el recurrente: "Causal de casación. Invoco la primera del art. 52 del Decreto Legislativo 528 de 1964 en sus tres aspectos, el primero como principal y los otros dos como subsidiarios, así: a) Infracción directa; b) Aplicación indebida por error de hecho y de derecho: c) Interpretación errónea. Y señalo como violados por el Tribunal, en cualquiera de esos tres aspectos, el numeral 50. del art. 40. y los arts. 60. y 70. de la Ley 45 de 1936, más los arts. 398 y 399 del C. C.".

Violación directa.- Por este aspecto el recurrente, a intento de fundar el cargo, diserta acerca de la notoria posesión de estado de hijo natural y de cuáles son las exigencias legales para darlo por acreditado en juicio. Dice que la sola afirmación de los declarantes, si no suministran hechos precisos acerca de la subsistencia, educación y establecimiento del hijo por parte del pretenso padre, "no es suficiente ni admisible para aceptar una posesión notoria de hijo natural"; y que patentizados los hechos materiales en que consiste esa notoria posesión de estado "es indispensable demostrar que han durado diez años continuos por lo menos".

En seguida y advirtiendo que según doctrina de la Corte, al quebranto de ley sustancial que en casos como el presente dé base para la casación del fallo acusado, no puede llegarse "sino por la vía de la apreciación probatoria", entra

a hacer una crítica de los testimonios aducidos por la parte demandante y a los cuales se refiere el fallo acusado como fundamento demostrativo de la notoria posesión de estado de hijo natural invocada en la demanda. Se refiere a pasos de algunas de las declaraciones de Librada Acuña, Alejandro Quintero, Eleuterio Penagos, María del Carmen Villanueva, Rosa María Torres de Jacobo, Jesús Vélez Alvarez y Antonio Vélez Alvarez y estima que no demuestran, como lo entendió el sentenciador, la causal quinta del art. 40. de la Ley 45 de 1936, porque los declarantes no deponen acerca de hechos concretos sobre la subsitencia, educación v establecimiento del pretendido hijo, ni tampoco se amerita con esos testimonios que dichas circunstancias hubiesen durado diez años continuos por lo menos. Concluve la censura con la afirmación de que en tales condiciones el Tribunal infringió directamente las disposiciones citadas en el cargo, al reconocer "al demandante como hijo natural".

La Corte considera:

No obstante que el recurrente habla de violación directa de ley sustancial, en el desarrollo del cargo derivó la censura hacia el ámbito del quebranto indirecto a consecuencia de error de hecho en la ponderación de las declaraciones en que el Tribunal fundó su decisión estimatoria de la demanda, como quiera que al referirse a ellas considera que no demuestran, como lo entendió el sentenciador, la notoria posesión de estado alegada por el actor, pues que los declarantes no deponen acerca de hechos concretos sobre la subsistencia, educación y establecimiento del pretendido hijo.

Conviene ver, por consiguiente, lo que dicen los declarantes en el particular:

Librada Acuña de Quintero.- Expresa que conoció a José Vélez Alvarez como administrador
de la hacienda de "San Carlos" en el Municipio
de Suesca; que llevaba vida marital con Ana Elvia Pineda en la misma casa de la hacienda; que
José Adolfo Acuña, hermano de la declarante,
fue padrino de bautismo de Bernardo, habiendo
sido buscado por el mismo José Vélez para que
le prestara ese servicio; que el nombrado José
atendía a Bernardo en su alimentación y vestuario, tratándolo como hijo; que reconoció la
paternidad públicamente "pues a todos les decía que era hijo de él y Bernardo era reconocido
como hijo del señor Vélez Alvarez"; que en un
tiempo José entregó al menor "a la señora Anto-

nia Garzón de Crespo para que lo acabara de criar, y después lo sacó de allí y lo tuvo donde el padrino o sea donde mi hermano José Adolfo Acuña y con mi hermano estuvo como dos o tres años, y mi hermano se lo entregó nuevamente a su padre el señor José Vélez Alvarez";

Alejandro Quintero. Dice que José Vélez presentaba a Bernardo como hijo; que se lo entregó a José María Acuña "para que lo tuviera en su casa". Aclara el testigo que a José María lo llamaban José Adolfo, y que era el padrino de Bernardo; que éste era conocido en toda la región como hijo de José Vélez Alvarez y de Ana Elvia Pineda, "porque tanto él como ella decían que era su hijo"; que José Adolfo Acuña tuvo a su cargo al menor Bernardo Pineda por cuenta de José Vélez, "quien en todo tiempo atendió a su alimentación, vestuario y educación";

Eleuterio Penagos.- Conoció a José Vélez porque éste vivió en Suesca siendo administrador de la hacienda de "San Carlos"; en la región se decía que José Vélez tenía relaciones con Ana Elvia Pineda; en varias ocasiones los vio juntos; era fama que hacían vida marital y todos decían que Bernardo era hijo de José Vélez.

María del Carmen Villanueva viuda de Acuña.- Afirma que conoció a Bernardo Pineda "cuando lo trajo el papá don José Vélez allí a la casa de nosotros"; que al nombrado José lo conoció como administrador de la hacienda de San Carlos, en donde duró por más de cuatro años; que Vélez frecuentaba mucho la casa de la testigo porque su marido José adolfo Acuña era el padrino de Bernardo; que José vivía con Elvia Pineda, v que se trataban como marido v mujer; que cuando "trajo al niño Bernardo Pineda o Vélez don José nos lo dejó ahí en la casa de nosotros, para que lo acabáramos de criar y lo pusiéramos a la escuela... él sí nos dijo que lo traía de Bogotá, que allá había nacido... y que era hijo de una mujer que él tenía que se llamaba Elvia Pineda"; que tiempo después José Vélez trasladó a Bernardo a Bogotá y que éste, después de muerto José, volvió a Suesca y le contó que la viuda Josefina, "esposa del finado José, no le quería entregar lo que le correspondía de herencia".

Rosa María Torres de Jacobo.- Refiere igualmente que conoció a José Vélez en Suesca; que el nombrado Vélez "tomó la alimentación en la casa de nosotros por mucho tiempo; que vivía con Elvia Pineda, primero en casa de Nemesio Mestizo "y después se fueron para la hacienda de San Carlos y allí vivieron bastante tiempo

como marido y mujer"; que tenían un niño llamado Bernardo que "lo sacaban aquí al pueblo"; que después Elvia se fue "y entonces don José se lo dio a la señora Carlota Garzón para que se lo acabara de criar"; que en Suesca todo el mundo sabía que José y Elvia vivían como marido y mujer y que Bernardo era hijo de ellos porque lo trataban como tal; que luego se llevaron al muchacho, como de trece años, para Bogotá "para la casa de la señora Josefina de Vélez; y que le consta "que don José velaba por Bernardo como si fuera padre legítimo, le daba todo lo que necesitaba y le costeó estudio, aquí lo tuvieron estudiando como hasta cuarto":

Jesús Vélez Alvarez v Antonio Vélez Alvarez, hermanos de José. Declararon en Fontibón, lugar de su residencia. Dijeron que conocían "de vista, trato v comunicación a Bernardo Pineda Vélez, por ser sobrino" de los declarantes; que su hermano José "en vida y por un término mayor de diez años", trató a Bernardo como a su propio hijo, "siendo la persona que proveyó a su subsistencia desde su más tierna infancia": que lo avudó en su educación y establecimiento "con el interés y solícito cuidado, propios del padre para con el hijo"; que José presentaba a Bernardo como hijo suvo, ante parientes, amigos y relacionados, por lo cual ellos lo tuvieron como hijo de aquél; que en virtud del trato que su hermano José le daba a Bernardo, tanto en privado como en público, los declarantes lo consideran como sobrino y en tal carácter lo han seguido tratando; y que hacia el año de 1945, cuando José estuvo como administrador de la hacienda de "Tintalito", convivía con su señora Josefina Bautista, "y allí mismo en su compañía vivía Bernardo Pineda, recibiendo el trato familiar de hijo de José Vélez Alvarez, tanto de parte de la señora Josefina Bautista como de José, y en tales condiciones el joven Bernardo era sentado a la mesa con su padre".

De estas declaraciones dedujo el sentenciador que estaba suficientemente acreditada la notoria posesión de estado de hijo natural de Bernardo Pineda respecto de José Vélez Alvarez. Esta conclusión es respetable para la Corte porque, como ella lo viene repitiendo, lo relativo a apreciar si las pruebas de los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural lo acreditan plenamente, es materia que sometida queda, de manera preponderante, al discreto juicio de los juzgadores de instancia, por referirse a inferencias cuyo alcance aprecia el fallador a su prudente arbitrio. En casación la Corte no podría variar la estimación hecha por el Tribunal de la prueba de la notoria pose-

sión de estado, sino en el caso de que este hubiese cometido un error evidente de hecho, o uno de derecho en su valoración.

En el sub lite el sentenciador no dejó de ver los testimonios obrantes en los autos y en los cuales se fundó para dar por establecida la causal quinta del art. 40. de la Ley 45 de 1936, invocada en la demanda inicial del juicio; por el contrario, los tomó en consideración, los analizó y no les hizo variar su sentido, esto es, los vio tal como obran en los autos. Por consiguiente, no cometió el error de hecho a que se refiere la censura y, en consecuencia, el cargo no prospera.

Cargos por aplicación indebida de la ley a causa de errores de hecho y de derecho, y por interpretación errónea.

La censura expresa: "Como otro aspecto de la violación de la ley que se ha perpetrado aquí, en forma subsidiaria de la infracción directa expuesta, propongo la aplicación indebida del numeral 50. del art. 40., arts. 60. y 70. de la Ley 45 de 1936 y arts. 398 y 399 del C. C. Tal aplicación indebida emana de error de hecho y de derecho más en interpretación errónea de estos preceptos".

Los cargos de que se trata se hacen consistir, como lo expresa el censor, en errores de hecho y de derecho en la apreciación de los mismos testimonios a que se refiere el cargo anterior y que el Tribunal tuvo en cuenta en su fallo. El impugnante dice que "no debe repetir aquí la crítica" que hizo de esos testimonios "en las páginas 3 y 4 de este escrito, a ella me remito y también a sus conclusiones. Me limito a recordar las conclusiones". Y repite que no están probados los hechos de la subsistencia, educación y establecimiento del demandante por parte de su pretendido padre, para dar por establecida la posesión de hijo natural que invoca, "pues los declarantes solamente dan su impresión personal, sin determinar las circunstancias de modo y tiempo"; que en relación con los testimonios de Jesús y Antonio Vélez Alvarez, "hasta pudiera admitirse que certifican un período de diez años, pero no son el conjunto de testimonios fidedignos que pide la ley"; que basta leer las declaraciones con que se ha pretendido acreditar la notoria posesión de estado para ver que es manifiesto el error de hecho cometido en los autos; que igualmente el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las declaraciones tomadas en cuenta por el Tribunal, porque les dio un valor que legalmente no les corresponde, de conformidad con los arts. 398 y 399 del C. C.; que el fallador no adoptó el criterio de certeza, que es el legal, en la valoración de tales pruebas, sino uno de verosimilitud, y que con ese fundamento ilógico les atribuyó a los testimonios un valor demostrativo que no les corresponde; y que en esta forma interpretó erróneamente los artículos de la ley sobre la notoria posesión de estado de hijo natural, quebrantando así las disposiciones sustanciales citadas por el censor.

Se considera:

Como se observa por el planteamiento mismo de la censura y su desarrollo, trátase aquí de cargos por aplicación indebida e interpretación errónea de ley sustancial, a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de los testimonios en que se fundó el fallador para despachar la demanda en forma favorable a las pretensiones de la parte actora.

La Corte ha advertido reiteradamente que en casación no pueden alegarse simultáneamente los dos errores, el de hecho y el de derecho, en un mismo cargo y respecto de una misma prueba, porque el de hecho mira a la prueba como elemento material del proceso, por creer el Tribunal que no existe un medio probatorio que sí existe. o que existe una cuando falta, y el de derecho supone la existencia de la prueba, parte de esa base, pero se le asigna un valor que no tiene conforme a la tarifa. Por consiguiente, para que aparezca el error de derecho, es necesario tomar en cuenta la prueba existente en el proceso tal como es y desde el momento en que esa labor se efectúa, no hay lugar al error de hecho, el cual implica desconocer, como ya se dijo, una prueba que obra en autos, o reconocer como existente en ellos una que no consta en el proceso.

Ha dicho también la Corte que en el recurso extraordinario no es procedente acusar el fallo por errores de apreciación mediante un planteamiento global del problema probatorio, porque ella no puede entrar, oficiosamente, en el estudio de elementos de prueba que el recurrente no le cite de manera concreta en la respectiva censura. En la que es objeto de estudio el impugnante dijo apenas remitirse a los testimonios relacionados en el cargo que se despachó anteriormente, porque estimó que no debía repetir la argumentación que sobre el particular formuló en dicho cargo, limitándose a expresar que con tales declaraciones no se demostraban los hechos constitutivos de la notoria posesión de estado, que el Tribunal reconoció.

Lo dicho pone de manifiesto la falta de técnica en la formulación de esta censura, que hace ineficaces los cargos en ella formulados, los cuales se rechazan, en consecuencia.

RESOLUCION

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 ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio.

Sin costas en el recurso por no aparecer causadas.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajar do Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

CASACION

1. Se declara designo al recurso por ineptitud estensible de la demanda. - 2. El art. 209 del C. J. es norma simplemente instrumental e de procedimiento y no sustancial.

De conformidad con el numeral la. del ont. 52 del D.L. 528 de 1964. la causal de casazión allí contemplada se reliere a la violoción directo o indirecto de ley sustancial endusivamente. Sobre tal base, es obvie que la precedencia en un caso determinado del recurso por dicha causal, está condicionada a que el cargo respectivo contra la sentencia acusada se haga consistir en violación de una norma legal concreta cuya materia o contenido la haga encajor dentro de la categería especial de preceptos que la dectrina clasifica como sustanciales, por oposición a les l'amades instrumentales, adjetives e rituales. En consecuencia, si la infracción de ley que se invoca versa sobre una disposición extraña a la jerarquía de las sustanciales, hasiándose así manifiesta la falta de idoneidad de la acusación y la pérdida de tada perspectiva de prosperidad de ella, vendría a redundar en inútil desgaste de actividad jurisdiccional el continua: la tramitación del recurso, por la cual en tal evento la aconsejable es asimilar la situación a la que se crea cuando no se formula oportunamente la demanda de casación, pues a tanto equivale no presentar la demanda como presentar una cuya ineptitud sea estensible. Y es esa precisamente la solución que para un caso como el considerado adopta nuestra ley, puesto que en el art. 63 del Dar. 528 ella manda que on la demanda de casación se citen "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", y en el art. 65 ibídem da oportunidad a la Corte para examinar la demanda por su aspecto formal, para verificar "si se ajusta a los requisitos exigidos por el art. 63", ordenando a continuación que "si la demanda no reúne los requisitos legales... se declarará desierto el recurso".

En algunas ecosiones la Certe calificó como norma sustantiva la contenida en el art. 209 del C. J., quo es sabido versa sobre la possibilidad de ojercitar acumulativamente en

una misma demanda varias acciones. (LV. 45, y LXXXIII, 863), lo cierto es que tal doctrina fue recogida posteriormente por la misma Certe, adoptando el parecer opuesto, o sea el de que se trata de norma simplemente instrumental o de procedimiento, como indudablemente lo es si se repara en que ella-solo atiende a la satisfacción de conveniencias de orden procesal, y únicamente está destinada a producir efectos en el interior del proceso y no fuera de él, y por ende no en campo del derecho sustancial. En efecto, en sentencia de 26 de agosto de 1959. G. J. Nos. 2215 y 2216, t. XCI, pág. 466, dijo: "Pero la indebida aplicación del art. 209 del C. J., no debe reclamarse en casación con base en el ordinal 10. del art. 520 del C. J. porque agual no es una norma sustantiva, dado que no consagra el derecho ni la consiguiente acción cuyo cumplimiento se impetra en la demanda... Dicho artículo tiene un carácter meramente procesal, puesto que se limita a fijar las formalidades que ha de cumplir el libelo en el cual se acumulen o ejerciten al mismo tiempo varias acciones, como son la competencia del Juez para conacer de tedas, la compatibilidad entre ellas y la misma especie de juicio o de procedimiento judicial. Cuestiones son éstas que, según los términos del mismo artículo, miran al ejercicio simultáneo de varias acciones...".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: junio 9/69. - Acta No. 41)

Antonio Ospina O., como cesionario de Ana de J. Izquierdo v. de Escobar, llamó a juicio ante el Juzgado Municipal de Supía a Jesús Mejía Ossa y Guillermo Cárdenas Tirado en reivindicación de unos semovientes, y pidiendo además la nulidad del juicio de prenda, relativo a esos mismos semovientes, promovido por Guillermo Cárdenas contra Jesús Mejía Ossa.

Por sentencia de 14 de junio de 1968, el Juzgado a quo le puso fin a la primera instancia declarándose "inhibido para decidir sobre la existencia del derecho material pretendido". Subido el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riosucio, por apelación interpuesta por la parte actora, el ad quem mediante sentencia de 8 de noviembre siguiente resolvió confirmar lo resuelto por el inferior en cuanto a la acción de nulidad ejercitada en la demanda, y revocarla "en cuanto se inhibe para fallar sobre el fondo de la acción reivindicatoria implorada, por considerar que no existe inconveniente alguno para desatar el fondo de tal cuestión".

Contra el fallo de segunda instancia interpuso la parte actora el recurso de casación, oportunamente concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

Por escrito de 16 de mayo del año en curso, y dentro del término que disponían al efecto, la parte recurrente dijo presentar la correspondiente demanda de casación. De conformidad con lo dispuesto en el art. 65 del D. L. 528 de 1964, procede ahora resolver acerca de la conformidad de dicho escrito con las exigencias que la admisibilidad de una demanda de casación debe reunir según el art. 63 ibídem.

Conforme se ve del numeral 1o. del art. 52 del D. L. antes citado, la causal de casación allí contemplada se refiere a la violación directa o indirecta de ley sustancial exclusivamente. Sobre tal base, es obvio que la procedencia en un caso determinado del recurso por dicha causal, está condicionada a que el cargo respectivo contra la sentencia acusada se haga consistir en violación de una norma legal concreta cuya materia o contenido la haga encajar dentro de la categoría especial de preceptos que la doctrina clasifica como sustanciales, por oposición a los llamados instrumentales, adjetivos o rituales. En consecuencia, si la infracción de ley que se invoca versa sobre una disposición extraña a la jerarquía de las substanciales, haciéndose así manifiesta la falta de idoneidad de la acusación y la pérdida de toda perspectiva de prosperidad de ella, vendría a redundar

en inútil desgaste de actividad jurisdiccional el continuar la tramitación del recurso, por lo cual en tal evento lo aconsejable es asimilar la situación a la que se crea cuando no se formula oportunamente la demanda de casación, pues a tanto equivale no presentar la demanda como presentar una cuya ineptitud sea ostensible. Y es esa, precisamente, la solución que para un caso como el considerado adopta nuestra ley, puesto que en el art. 63 del Dcr. 528 ella manda que en la demanda de casación se citen "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", y en el art. 65 ibídem da oportunidad a la Corte para examinar la demanda por su aspecto formal, para verificar "si se ajusta a los requisitos exigidos en el art. 63", ordenando a continuación que "si la demanda no reune los requisitos legales..., se declarará desierto el recurso".

En el caso concreto de que aquí se trata ocurre que en la demanda de casación presentada por el recurrente se dice formular dos cargos contra la sentencia recurrida, ambos dentro del ámbito de la causal primera, por violación de ley sustancial producida de manera directa, según el primer cargo, e indirecta, conforme al segundo, pero indicando como disposición concreta violada, tanto en el uno como en el otro, exclusivamente, el art. 209 del C. J.

Ahora bien, sin desconocer que en algunas ocasiones la Corte calificó como norma sustantiva la contenida en el citado art. 209 del C. J., que es sabido versa sobre la posibilidad de ejercitar acumulativamente en una misma demanda varias acciones, (LV, 45 y LXXXIII, 863), lo cierto es que tal doctrina fue recogida posteriormente por la misma Corte, adoptando el parecer opuesto, o sea el de que se trata de norma simplemente instrumental o de procedimiento, como indudablemente lo es si se repara en que ella sólo atiende a la satisfacción de conveniencias de orden procesal. y únicamente está destinada a producir efectos en el interior del proceso y no fuera de él, y por ende no en campo del derecho sustancial. En efecto, en sentencia de 26 de agosto de 1959. G. J. números 2215 y 2216, tomo XCI, pág. 466, dijo: "Pero la indebida aplicación del art. 209 del C. J. no debe reclamarse en casación con base en el ordinal 1o. del art. 520 del C. J. porque aquel no es una norma sustantiva, dado que no consagra el derecho ni la consiguiente acción cuvo cumplimiento se impetra en la demanda... Dicho artículo tiene un carácter meramente procesal, puesto que se limita a fijar las formalidades que ha de cumplir el libelo en el cual se acumulen o ejerciten al mismo tiempo varias acciones, como son la competencia del Juez para conocer de todas, la compatibilidad entre ellas y la misma especie de juicio o de procedimiento judicial. Cuestiones son estas que, según los términos del mismo artículo. miran al ejercicio simultáneo de varias acciones... No siendo atacable en casación la sentencia recurrida por violación directa de los artículos citados del C. J., infiérese que la impugnación posible tiene que ser la de haberse dejado de aplicar los preceptos sustantivos que regulan la cuestión sub judice...". Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte, dándole aplicación al ya citado art. 65 del Dcrt. 528 de 1964, declare desierto el recurso de casación a que se refiere la demanda que se califica mediante la presente providencia.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

REIVINDICACION PARA LA SUCESION Y PARA LA SOCIEDAD CONYUGAL

No se pueden amalgamar bajo una misma censura las imputaciones de error de hecho y de derecho. El art. 1802 del C. C. es aplicable a las expensas hechas durante la sociedad conyugal y no a las mejoras puestas por un poseedor distinto de los cónyuges.

El cargo adolece del defecto, tantas veces castigado por la jurisprudencia, de amalgamar bajo una misma censura las imputaciones por error de hecho y de derecho en la estimación de determinada prueba, ensayando una conjunción contraria a la lógica del recurso. Porque, si un medio de convicción, presente en el juicio, no ha sido estimado; o si por el contrario lo ha sido uno sólo existente en la creencia del sentenciador, pero no en la realidad del proceso, que son las hipótesis dentro de las cuales se contiene el error fáctico, mal pudo el juzgador infringir las reglas de valoración, ni acerca de aquellas prueba real que no hubo de sopesar porque no la vio, ni respecto de esotra imaginaria que no era valorable por no existir en el juicio. Es que el yerro específico de derecho o valoración probatoria supone que el fallador haya previamente acertado en la percepción objetiva del medio, requisito sin el cual no podría éste ser ponderado en la balanza de los valores legales. Lo que en síntesis quiere decir que el ataque por el yerro valorativo en la estimación de una prueba, implica, en principio, sustracción de censura por error de hecho en la apreciación de la misma. Conservando, pués, cada una de estas transgresiones del raciocinio su propia autonomía, resulta inadmisible la pretensión del recurso, de deducir el error de derecho del de hecho en la estimación de las pruebas.

En la especie del litigio, se trata de mejoras puestas por un poseedor distinto de los cónyuges y con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. Y aunque ese tercero sea un adquirente de gananciales de la cónyuge sobreviviente en relación con el inmueble, ello en nada hace variar la solución del problema, cuya materia, como está dicho, es la de mejoras puestas por persona que fue ajena a la sociedad conyugal y después de la extinción de la misma.

Entonces, es flagrante, como indebida, la aplicación del art. 1802 a la especie del litigio, violado abiertamente; y, en consecuencia, fueron infringidos, por falta de aplicación en lo pertinente, los arts. 965, 966 y 967 del C. C., rectores de las prestaciones mutuas relativamente a expensas y mejoras, en la reivindicación, y que el recurrente cita como quebrantados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: junio de 1969.- Acta No. 39).

Se decide el recurso de casación interpuesto por una y otra parte contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 4 de septiembre de 1964, en el juicio ordinario seguido por la viuda y herederos de Abel Alvarez Brochero frente a Ricardo Angel Londoño.

I ANTECEDENTES

Por medio de la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943, otorgada en la Notaría de La Dorada, Fidelino Torres R. dijo vender a Abel Alvarez B. "todas las mejoras, como son casa de habitación, enramada de cubierta de un trapiche de madera con su fondo y horno, fondo que es de lámina de cobre, sementeras de pasto con cercas de alambre de puas, plantaciones, cañales, yucales, rozas de maíz, rastrojeras y montañas, mejoras éstas que —dice tal instrumento— están sobre terrenos baldíos de la Na-

ción y que componen la finca rural denoninada "Las Horquetas" u "Ojo de Agua", quedando determinado por este último nombre, situado todo en la vereda de San Antonio, jurisdicción del Municipio de Puerto Liévano y alinderada tal mejora así: por el norte con mejoras del señor Eladio Clavijo; por el sur, con mejoras de Alzarias Mora, José María León, y Pablo Triana; por el oriente, con mejoras de Blas Soto y Bernabé Triana, y por el occidente con mejoras de Luis Eduardo Baos".

Luego, Abel Alvarez, ya dentro de su matrimonio con Natalia Gálvez, contraído el 14 de julio de 1945 (fls. 3 v 20. cdno. 1), compró a "The Colombia Railways and Navegation Company Limited", por la escritura número 471 de 18 de diciembre de 1947, de la Notaría de La Dorada, "el derecho de dominio sobre la superficie o sueldo de un lote de terreno dentro del cual existen mejoras de propiedad del comprador denominadas 'Ojo de Agua', situado en jurisdicción del Municipio de Puerto Salgar (Cundinamarca). deslindado dicho lote así: Por el oriente, con mejoras de propiedad de Eladio Clavijo deslindadas dichas mejoras por un caño denominado 'Caño del Cementerio'. Por el occidente, con mejoras de propiedad de Pablo Triana, Bernabé Triana v deslindando dichas mejoras un caño sin nombre; por el norte con mejoras del ya citado Eladio Clavijo y Luis E. Bahos, por un camino denominado 'Pilones' que va a caer a la quebrada de las 'Horquetas'; y por el sur, con mejoras de propiedad de Segundo Marroquín, Ricardo Marroquín, Blas Soto e Inocencio Torres, lindando con estos en línea transversal". En esta escritura se declara que el suelo materia de esta venta hace parte de un lote de mayor extensión denominado "Vuelta de la Madre de Dios" o "Guarumo", cuyo título de dominio es la escritura número 324 de 3 de marzo de 1915, pasada en la Notaría 1a. de Barranquilla, por medio de la cual se liquidó la "Empresa de Navegación Fluvial", correspondiendo en la liquidación a "The Colombia Railways and Navegation Company Limited" el globo "Vuelta de la Madre de Dios" o "Guarumo".

Fallecido Abel Alvarez el día 2 de mayo de 1950 (fl. 4 ibid.), su cónyuge sobreviviente Natalia Galvis (sic), por medio de la escritura número 28 de 25 de marzo de 1953, dijo dar "en venta real" a Ricardo Angel Londoño, "el derecho de dominio y la posesión que la exponente tiene en una finca de campo ubicada en la vereda de 'San Antonio' conocida con el nombre de 'Ojo de Agua' en jurisdicción del Municipio

de Puerto Salgar", haciendo "constar que la venta que la exponente hace, es de la mitad de la finca ya dicha, que le corresponde como gananciales en la sociedad (sic) intestada e ilíquida de su finado esposo el señor Abel Alvarez Brochero" y comprendida dentro de linderos más o menos iguales a los que se acaban de enunciar. En esta última escritura se dice que "hubo la vendedora el relacionado inmueble como gananciales en su calidad de esposa legítima de su finado esposo el señor Abel Alvarez Brochero" quien lo adquirió por compra a Fidelino Torres mediante la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943. de la Notaría de La Dorada, y se agrega que, "además del título citado", el mismo Alvarez Brochero "adquirió la propiedad que vende (la otorgante) hov o sea el terreno donde están situadas las mejoras" por compra hecha a la Colombia Railways and Navegation Company Limited, que consta en la escritura 471 de 18 de diciembre de 1947 sobredicha.

En la antecitada escritura número 28 de 25 de marzo de 1953, expresa la vendedora Natalia Galvis viuda de Alvarez que "desde esta misma fecha hace al comprador entrega real y material del terreno vendido, con todas sus acciones y derechos, servidumbres activas y pasivas", y Ricardo Angel Londoño acepta la venta, por estar a su satisfacción.

Finalmente, en el juicio de sucesión de Abel Alvarez, adelantado ante el Juez Promiscuo de La Dorada hasta ponerlo en estado de efectuar la partición, por auto de 11 de mayo de 1955 declaróse a Ricardo Angel Londoño, en los términos de la escritura No. 28 de 25 de marzo de 1953, subrogado "de los derechos y acciones que correspondan o puedan corresponder a la señora Natalia Galvis, en la sucesión del señor Abel Alvarez, en su condición de cónyuge supérstite, derechos y acciones vinculados a una finca de campo ubicada en la vereda de 'San Antonio' y conocida con el nombre de 'Ojo de Agua' y cuyas características y demás especificaciones se relacionan en el citado instrumento".

II EL LITIGIO

En relación con estos antecedentes y otros hechos, Natalia Galvis v. de Alvarez diciendo obrar en su calidad de madre legítima de los menores impúberes Luis Alberto, José Abel y Alvaro Alvarez Galvis, demandó, ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, a Ricardo Angel Londoño, para que se otorgaran, en beneficio de la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero, representada por sus hijos legítimos, los ya nombrados impúberes, las siguientes determinaciones:

1a. Declarar que la finca rural "Ojo de Agua", incorporada actualmente a un inmueble llamado "El Diamante", "pertenece exclusivamente a la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero, representada por sus legítimos herederos";

2a. Declarar que la misma finca, "por ser bien unicamente herencial, no se halla sujeto al régimen de gananciales de la sociedad conyugal disuelta de Abel Alvarez Brochero con la señora Natalia Galvis, porque la causa de adquisición de tal inmueble fue anterior al matrimonio":

3a. Condenar al demandado, "a restituir a favor de la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero, representada por sus legítimos herederos" la dicha finca rural denominada "Ojo de Agua", con todas sus mejoras y anexidades, "o bien condenar al mismo demandado a restituir en las condiciones anotadas, a favor de la sucesión aludida, la cuota determinada que a ella le corresponda en el inmueble en referencia, cuota que puede ser la mitad, tres cuartas partes o más, según lo probado en el proceso, y en el evento que se reconozca algún valor a la escritura No. 28 mencionada en el hecho 11o, de esta demanda";

4a. Condenar igualmente al demandado, a pagar a favor de la referida sucesión intestada, "los frutos naturales y civiles del inmueble materia de la restitución o de la cuota que corresponda a la sucesión, en la cuantía que se establezca en el proceso, o bien de acuerdo con lo dispuesto en el art. 553 del C. J. desde el 25 de marzo de 1953, hasta el día en que se realice la restitución";

5a. Declarar que la misma sucesión "no se halla obligada a pagar mejoras o expensas realizadas en la finca de 'Ojo de Agua', por el demandado señor Ricardo Angel Londoño, por estar signada su conducta de mala fe y no admitirse prueba en contrario de ella"; y

6a. "Condenar al demandado al pago de las costas procesales.

Luego, bajo el epígrafe de "Petición Subsidiaria", dice la actora que, para "el evento de que el demandado reconozca el derecho de dominio a la universalidad sucesión y declare no ser poseedor de la finca de 'Ojo de Agua'", solicita, como alternativa o subsidiaria de la petición tercera, "se haga la condena allí impetrada de restitución del inmueble 'Ojo de Agua' o cuota determinada de él, con fundamento en lo dispuesto en el art. 971 del C. C., en las mismas condiciones anotadas en la mencionada petición de condena, presentada como principal".

En su contestación, el demandado, refiriéndose a los hechos del libelo, dijo aceptar algunos, no constarle otros y negar los demás, como también desconocer todo derecho a la parte demandante, oponerse a sus pretensiones y proponer las excepciones de prescripción, en sus especies de agraria y ordinaria, la de ilegitimación para obrar y la que llamó genérica o innominada.

Con aducción de pruebas, surtióse la primera instancia a que recayó fallo del Juez 1o. Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 20 de marzo de 1964, cuya parte decisoria reza:

"Primero. - Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

"Segundo. Declarar que la cuota parte correspondiente a la mitad de la finca rural denominada 'Ojo de Agua', incorporada actualmente dentro del inmueble 'El Diamante', alinderada en la parte motiva de esta sentencia, pertenece a la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero, representada por sus legítimos herederos.

"Tercero.- Negar la súplica segunda de la demanda, por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

"Cuarto. Condenar al demandado Ricardo Angel Londoño a restituir a favor de la sucesión de Abel Alvarez Brochero dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cuota parte correspondiente a la mitad de la finca rural denominada 'Ojo de Agua', ubicada en jurisdicción del Municipio de Puerto Salgar, Departamento de Cundinamarca, alinderada y determinada al comienzo de este fallo.

"Quinto.- Condenar, asimismo, al señor Ricardo Angel Londoño a pagar a la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero, representada por sus herederos, los frutos naturales y civiles, correspondientes a la mitad del inmueble 'Ojo de Agua', desde el día en que entró en posesión de esa cuota o sea desde el día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres

(1953) hasta el día en que se verifique la restitución. La restitución deberá efectuarse de acuerdo con la tasación hecha por los peritos García y Peña, quienes estuvieron plenamente de acuerdo, o sea a razón de \$4.200.00 anuales, cantidad esta que corresponde a la mitad de ocho mil cuatrocientos pesos (\$8.400.00) en que fueron avaluados los frutos anuales de la totalidad de la finca.

"Sexto.- Ordenar que en cuanto a las mejoras que hayan podido realizarse en la cuota parte materia de la restitución se tengan en cuenta las reglas de los arts. 995, 996 y 997 del C. C., lo cual implica el que los demandantes no están obligados a pagar las mejoras útiles y voluptuarias.

"Séptimo. Condenar en las tres cuartas partes de las costas causadas a la parte actora, ya que las peticiones de la demanda no prosperaron totalmente (art. 20. ordinal 10. del Decr. 243 de 1951). Tásense por la Secretaría".

Por apelación de ambas partes, abrióse el segundo grado del juicio, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 4 de diciembre de 1964, en que se resuelve:

"10.- Confirmar los numerales primero, tercero y quinto de la parte resolutiva del fallo apelado.

"20.- Revocar el numeral segundo resolutivo de ese fallo para disponer en su lugar que la finca 'Ojo de Agua', deslindada como aparece en la parte motiva de esta sentencia, pertenece a la sucesión de Abel Alvarez Brochero y a la sociedad que existió entre éste y Natalia Galvis vda. de Alvarez y no de manera exclusiva a la citada sucesión como se pretende en la súplica primera de la demanda.

"30.- Revocar el numeral cuarto de la sentencia apelada y resolver en su lugar: condénase al señor Ricardo Angel Londoño a restituir a la sucesión de Abel Alvarez Brochero, dentro de los seis días siguientes al pronunciamiento por el Juez del conocimiento del auto de obedézcase y cúmplase, la totalidad del inmueble 'Ojo de Agua', identificado por los linderos que se detallan al principio de este fallo.

"40.- Revocar el numeral sexto de la providencia apelada para disponer, en cambio, que el reconocimiento y pago de mejoras se hará con sujeción a lo dispuesto en el art. 1802 del C. C. y que el monto de ellas se determinará en incidente posterior al juicio, tal como se vio en la parte motiva de esta sentencia.

"50.- Revocar el numeral séptimo del fallo apelado para condenar al demandado al pago de la totalidad de las costas del juicio.

"60.- En los anteriores términos quedan resueltas las apelaciones interpuestas por demandantes y demandado contra el fallo de primer grado.

"70.- Sin costas en esta instancia por haber prosperado, en forma parcial, los recursos de alzada interpuestos por las partes".

Y deducido también por ambas, contra la sentencia del Tribunal, el recurso de casación, se procede a definirlo en el presente acto.

III

CONSIDERACIONES DEL PRONUNCIAMIENTO IMPUGNADO

Después de observar que la acción intentada en este juicio es la reivindicatoria que consagra el art. 946 del C. C. y que los demandantes piden para la sucesión de Abel Alvarez Brochero, "alegando la calidad de herederos del dueño del inmueble, calidad que acreditaron plenamente con las copias de las partidas del estado civil que acompañaron a su libelo", el Tribunal desecha el reparo propuesto contra la legitimación en causa de los mismos. Rechaza también la excepción de prescripción ordinaria, por no haber alcanzado a transcurrir el término indispensable para su consumación.

Luego, encarando los argumentos deducidos en la apelación de la parte actora, el sentenciador razona, en lo sustancial, así:

Que en el caso del litigio, Abel Alvarez Brochero "únicamente era dueño, antes de su matrimonio, de las mejoras que se encontraban en el inmueble 'Ojo de Agua'", como lo acredita la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943; y que la propiedad del suelo en donde se encuentran plantadas estas mejoras, la adquirió él, "dentro del matrimonio que había contraído el 14 de julio de 1945 con Natalia Galvis (partida fl. 3 cdno. 10)", como lo demuestra la escritura 471 de 18 de diciembre de 1947.

De lo cual deduce que, si el título de adquisición del inmueble "Ojo de Agua" fue la compra hecha por el causante de los demandantes dentro de su referido matrimonio, "tal bien debe considerarse como social", puesto que la calidad de colono que al dicho causante le dio el acto de la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943, antes de su matrimonio, "no fue la causa de la adquisición del predio en referencia".

"Ademas, como en autos no aparece demostrado que la posesión que pudo tener sobre el predio 'Ojo de Agua' Abel Alvarez antes de casarse
lo hubiera favorecido con una prescripción o transación consumadas dentro del matrimonio, o
que en su favor hubiera tenido operancia alguno de los casos previstos por el art. 1792 del C. C.
para constituírlo en propietario del inmueble en
cita, éste debe considerarse como perteneciente a
la sociedad conyugal, razón por la cual hizo bien
el a quo en negar la súplica segunda de la
demanda".

Y a continuación, el juzgador razona así:

"Empero, la circunstancia de que el predio 'Oio de Agua' tenga la calidad de social, no significa que el demandado se haya convertido en copropietario de la mitad de dicho inmueble en virtud de la enajenación que de sus gananciales le hizo la convuge superstite mediante la escritura número 28, de fecha 25 de mil novecientos cincuenta y tres (sic), otorgada ante la Notaría del Circuito de Victoria, que en copia se acompañó a la demanda, pues, tal instrumento sólo le pudo dar al demandado la calidad de cesionario de los derechos que por concepto de gananciales le corresponden a Natalia Galvis vda. de Alvarez en la sucesión de su difunto esposo y no la de dueño de la mitad del predio 'Ojo de Agua', ya que como lo ha dicho la H. Corte:

"La venta de derechos y acciones en una sucesión no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en la escritura de venta, porque esta determinación solo se puede hacer en la partición' (Casación 12 noviembre 1935, XLII, 189; 22 marzo 1944, LVII, 119; 2 mayo 1944, LVII, 357; 30 marzo 1945, LIX, 919; Sent. S. de N. G., 28 marzo 1952, LXXI, 626; cas. 21 abril 1953, LXXIV, 689; 10 septiembre 1958, LXXXIX, 60; 17 septiembre 1958, LXXXIX, 114)".

"Por manera que si el demandado no tiene la calidad de propietario de la mitad del inmueble objeto de este juicio, la cual sólo podrá adquirir cuando en el sucesorio de Abel Alvarez se apruebe la partición de bienes no hay causa legal alguna que justifique a don Ricardo Angel Londoño para poseer la mitad del inmueble 'Ojo de Agua', razón por la cual el fallo impugnado debe ser modificado para condenar al demandado a restituir la totalidad de dicho inmueble y no la mitad de él como lo dispone la sentencia apelada".

Y pasando a estudiar los argumentos propuestos en la apelación del demandado, considera al Tribunal lo siguiente:

Que, como al estudiar el recurso de la parte actora, se dejó establecido que el reo debe restituir la totalidad del inmueble "Ojo de Agua", no hay para qué volver sobre sus pretensiones relativas a la revocación del proveído del a quo, en el punto.

Y en lo tocante con los numerales 50. y 60. de la parte resolutiva del mismo fallo, en que se contiene los pronunciamientos sobre prestaciones mutuas, observa el Tribunal:

Que "si el inmueble en cita tiene la calidad de social, la mitad de él le habrá de ser adjudicado a la cónyuge supérstite a título de gananciales y la otra mitad a los herederos de Abel Alvarez a título de herencia. Téngase en cuenta que en el sucesorio de este causante no se encuentra inventariado un bien distinto de las mejoras existentes en el inmueble 'Ojo de Agua', según lo acreditan las copias de tal proceso, que se encuentra en la etapa de partición, allegadas durante el término probatorio de este juicio, que igualmente dan cuenta de que don Ricardo Angel Londoño va se encuentra reconocido como subrogatario de la cónyuge supérstite en los derechos que a ésta le corresponden a título de gananciales, y se concluirá que la forma como se habrá de distribuir entre herederos y cesionario el inmueble en cita es la de mitad para unos y mitad para el otro.

"Y si a los herederos se les habrá de adjudicar la mitad del inmueble en referencia, ellos tienen derecho a la mitad de los frutos que tal bien ha producido según lo preceptuado por el numeral 30. del art. 1395 del C. C.".

"Por lo tanto, si el demandado entró a usufructuar el inmueble 'Ojo de Agua' desde el día 25 de marzo de 1953, fecha de la escritura por medio de la cual la cónyuge supérstite le hizo cesión de sus gananciales, aquél se encuentra en la obligación de restituir a los demandantes la mitad de los frutos que dicho inmueble haya producido desde el día mencionado. Y como respecto del valor de esos frutos estuvieron de acuerdo dos peritos en dictámenes debidamente fundamentados y explicados, la determinación que contiene el numeral quinto resolutivo de la sentencia apelada es legal y debe sostenerse.

"Y no se piense que así como el demandado fue solamente condenado a restituir la mitad de los frutos también lo ha debido ser a restituir la mitad del inmueble 'Ojo de Agua' únicamente, pues mientras la propiedad de tal inmueble sólo se puede adquirir mediante la adjudicación que de él se haga en el juicio de sucesión del causante Abel Alvarez y no con el otorgamiento de la escritura mediante la cual la cónyuge supérstite hizo cesión de sus gananciales, los frutos que el inmueble en cita produjo con posterioridad a la muerte del causante los adquieren los herederos sin necesidad de adjudicación alguna".

Finalmente, en lo referente al numeral 60. resolutivo de la sentencia apelada, tocante con el pago de mejoras que haya puesto el demandado, el Tribunal considera:

Que "si en virtud de la cesión que de sus gananciales le hizo la viuda de Alvarez al demandado, éste pasó a ocupar en el terreno patrimonial el lugar de aquélla, don Ricardo Angel Londoño se encuentra amparado por el artículo 1802 del C. C...

"Por lo tanto, las recompensas que por mejoras o expensas haya hecho el demandado en el inmueble que debe restituir, le serán liquidadas de acuerdo con la norma antes transcrita, en incidente posterior a este juicio, ya que como en él no hay base suficiente para hacer un pronunciamiento en concreto, tiene aplicación en el caso sub lite el art. 480 del C. J.

"Se impone, pues, la revocatoria del numeral sexto citado, para disponer en su lugar que el pago de las mejoras que haya podido hacer el demandado en el inmueble que debe restituir, se hará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1802 del C. C. y no como se indica en el numeral dicho del fallo apelado; agregándose a lo dicho que don Ricardo Angel Londoño no recibirá indemnización alguna por las mejoras de toda clase que haya hecho en la parte del inmueble 'Ojo de Agua' y que se le adjudique en el sucesorio de Abel Alvarez".

IV

EL RECURSO DE CASACION DE LA PARTE ACTORA

Consta de tres cargos, aducidos en el ámbito

de la causal pri: ra, a cuyo examen se atenderá en el orden e.: que vienen planteados, advirtiéndose que el libelo fue contestado oportunamente por la parte opositora.

Primer cargo. Propuesto por quebranto directo del art. 1792 del C. C., a causa de falta de aplicación del mismo, atribuída a su errónea interpretación, se desenvuelve con el razonamiento cuya sustancia cabe recoger así:

Que según este precepto, "la especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se hava adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella". Principio éste en aplicación del cual el mismo texto relaciona varios casos, sin hacer de ellos una enumeración taxativa, pero que permiten precisar con exactitud la voluntad concreta de la ley. Así que, cuando la norma habla "de la causa o título de la adquisición", se está refiriendo a cualquier antecedente jurídico anterior al matrimonio, en cuva virtud el cónyuge poseía la especie, y no al título oneroso en razón del cual la hava hecho después verdaderamente suya, y que sería una causa segunda, productiva de efecto con dependencia de la primera. "Aquí los vocablos 'causa o título' vienen a ser indicadores del origen o fundamento, anterior al matrimonio, de las especies poseídas, el hecho o la situación jurídica antecedente". Lo cual se infiere de los casos que contempla el dicho precepto legal, de los que son relevantes los referidos bajo sus ordinales 10. y 20. La norma se inspira en los principios que gobiernan el régimen de gananciales, como son el de la "colaboración entre esposos" y el de que "los patrimonios propios de ellos no pueden enriquecerse sin causa justa".

Intenta apoyarse en algunas citas de tratadistas, luego de lo cual alega que "en la sentencia acusada, el Tribunal no fijó el exacto alcance y contenido del mencionado texto legal. En efecto, confundió la causa segunda con el origen o motivo de ésta, cuando dijo que la causa o título de adquisición del inmueble de 'Ojo de Agua' fue un contrato de compraventa celebrado por el causante dentro del matrimonio. No consideró que la calidad de poseedor material que de dicho inmueble tenía el causante Abel Alvarez, antes del matrimonio, fue la causa o título de adquisición a que se refiere el primer inciso del artículo en examen, el origen o fundamento de la escritura No. 471 vista a los fls. 9 ss. del cdno. 1o... el Tribunal confundio las dos situaciones jurídicas que contempla el art. 1792: la causa primera con la segunda, la causa o título de adquisición con el título oneroso que viene a tener la calidad de causa segunda". Consideró que la norma contempla casos taxativos, con lo que restringió la interpretación de la misma. "En efecto, si se aplica la tesis del Tribunal, en el numeral 10, del art. 1792, se diría que la causa o título de adouisición no fue la posesión material, anterior al matrimonio, sino la prescripción o la transacción". Mas, en el caso sub lite, "la causa o título de adquisición que tuvo Abel Alvarez, para adquirir la posesión inscrita del fundo de 'Oio de Agua', fue única v exclusivamente la calidad de colono, de poseedor material de dicho inmueble, con anterioridad del matrimonio, situación que implica que dicho bien no tiene la calidad de ganancial, no está sujeto al régimen de los gananciales".

Tal la argumentación, de que se vale el impugnante para llegar a la conclusión de que el Tribunal infringió el art. 1792 del C. C.

Se considera:

El cargo, por su organización misma corresponde al primero de los modos de violación directa de la lev sustancial, o sea al de su quebranto por inaplicación. Y, aunque el acusante dice atribuir ésta a interpretación errada de la preceptiva, no resulta que haya entendido colocar su censura bajo la provección de la tercera de las formas de infracción directa del derecho sustancial o sea la específicamente consistente en la aplicación, con equivocada inteligencia, del precepto llamado a la solución de la litis. Sino que alargó su crítica en orden a sostener que se dejó de aplicar la disposición que señala al caso del pleito, por causa de una interpretación errónea de la misma, lo que implica una posición acusatoria diferente. De lo contrario, es decir, si el impugnador hubiera atacado en un solo cargo por falta de aplicación de la lev sustancial y por aplicación con interpretación errónea de la misma, habría incurrido en antinomia que podría dar lugar al rechazo de la acusación por defecto de técnica.

Aclarado así este punto liminar, entra la Corte a ocuparse del cargo en su fondo, sirviéndole a este fin las siguientes razones:

Lo primero que se observa es que el Tribunal, acogiéndose con fidelidad al texto de las escrituras número 203 de 9 de septiembre de 1943 y número 471 de 18 de diciembre de 1947, en-

contró que por la primera Abel Alvarez únicamente compró unas mejoras de Fidelino Torres R. puestas en el terreno de "Ojo de Agua", inmueble éste cuya propiedad no era del plantador de las mismas; y que por la segunda de tales escrituras, el dicho Alvarez compró a The Colombia Railways and Navegation Company Limited el dominio del suelo en referencia. De lo cual, el sentenciador dedujo que Abel Alvarez adquirió el predio "Ojo de Agua" por virtud del segundo de estos contratos, que no por el primero.

Y, como en el momento de adquirir, a título de compraventa, la propiedad del suelo, Abel Alvarez estaba casado con Natalia Galvis, la conclusión legal del razonamiento tenía que ser, a la luz del art. 1781 del C. C. ord. 50., la de que el inmueble entró al haber de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de los dichos esposos. Cabe observar aquí que este precepto, aunque no citado expresamente por el juzgador, fue el directamente aplicado por éste, sin que por parte del recurrente en casación se hubiese deducido reparo formal por el empleo de esa norma.

Ahora, volviendo al tema sobre que gira la censura, de falta de aplicación del art. 1792 ibid., falta que se pretende debida al hecho de haber considerado el Tribunal que la causa o título de la adquisición del inmueble "Ojo de Agua" radicó, no en el contrato de adquisición de unas mejoras celebrado en 1943, sino en el de la adquisición del dominio del terreno mediante la compra de que trata la escritura de 1947, tiénese que el recurrente no logra hacer prevalecer su análisis de la cuestión, sobre el realizado por el juzgador.

Para éste, lo que el acusante llama causa primera de la adquisición del terreno, fue un simple contrato de adquisición de mejoras, pero no del terreno que correspondía en el ánimo de las partes a un dominio extraño. Ciertamente, en ese contrato se declaró que el terreno era de propiedad nacional y tal reconocimiento, referido a lo principal, que es el suelo, excluía la posibilidad de que el título de adquisición de lo accesorio, que eran las mejoras, diese origen a la adquisición de aquél, invirtiendo contra jure la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Quiere decir que hasta el día 18 de diciembre de 1947, Abel Alvarez no había adquirido otros derechos que los de Fidelino Torres en relación con las susodichas mejoras, que no le daban título dominical sobre el terreno; y que sólo por la compra hecha a "The Colombia Reilways and Navegation Company Limited", mediante la escritura número 471 de la fecha últimamente citada, vino a haber la propiedad del predio.

Ni habría lugar al supuesto de que, mediante la ocupación con las mejoras adquiridas por Abel Alvarez según la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943, se hubiera iniciado para éste la gestación de un derecho a la adjudicación del terreno, calificado de baldío en ese instrumento, porque semejante hipótesis, lejos de haber llegado a tener realización alguna, quedó descartada por fuerza del contrato consignado en la escritura número 471 de 18 de diciembre de 1947, en donde Abel Alvarez, al adquirir a título de compraventa la propiedad del terreno, aceptó el hecho de que sobre éste tenía título de dominio, su vendedora The Colombia Railways and Navegation Company Limited, por haberlo ella adquirido en la liquidación de la Empresa de Navegación Fluvial, según la escritura número 324 de 3 de marzo de 1915 de la Notaría 1a. de Barranquilla, que es título a cuvo registro efectuado el 12 de julio de 1918 en el Libro Primero, se refiere el Registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas, en su certificado visible al fl. 54 del cdno. 2o.

Así las cosas, resulta cierto, cual lo consideró el sentenciador, que la compra de las mejoras por Abel Alvarez, siendo soltero, conforme al negocio de 1943, no fue la causa jurídica de la adquisición del fundo "Ojo de Agua", sino que el verdadero título de ésta radica en la compra que del mismo terreno hizo Alvarez, dentro de su matrimonio con Natalia Galvis, por la escritura de 1947, sin que este último acto tuviera su generación en el primero.

Entonces, el fallo no vulneró por falta de aplicación el art. 1792 del C. C., ninguna de cuyas hipótesis toca con la especie del pleito, todas las cuales están inspiradas en el principio de que participan del carácter de bienes propios de un cónyuge, no solo aquellos cuya adquisición ha sido perfeccionada antes del matrimonio, sino también aquellos cuyo título de adquisición, aunque revivido o consumado dentro de la unión conyugal, ha tenido su fundamento o cuando menos el inicio de su causación antes de contraerse el vínculo.

Ni la definición que de este punto se deja hecha implicaría un enriquecimiento sin causa de la sociedad conyugal Alvarez-Galvis a costa del haber propio del marido premuerto, en lo relativo a las mejoras que en el momento de comprar el terreno existieran de las habidas por él antes de su matrimonio. Porque el estatuto del régimen patrimonial entre cónyuges (art. 1781 ibid.) le daría al dicho marido o a sus sucesores mortis causa el derecho a la recompensa correspondiente al crédito por el valor de esas mejoras que, en virtud del modo de la accesión, hubieron de ser incorporadas a la propiedad del suelo (art. 739 ibid.).

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo de que se trata.

Segundo cargo.- Formulado por violación indirecta del art. 1792 del C. C., a causa de errores de hecho y de derecho en la estimación de pruebas, su planteamiento viene hecho así:

10.- Que "erró de hecho el Tribunal, al no percatarse" de las declaraciones contenidas en la escritura número 203 de 9 de septiembre de 1943, de la Notaría de La Dorada, acerca de que el vendedor Fidelino Torres declaró allí que hubo las mejoras que vende, "porque ha hecho los descuajes de montañas y cultivos todo a sus propias expensas y personal trabajo y en terrenos baldíos de la Nación, sobre los cuales eiercido todos aquellos actos que dan derecho al dominio como son derribas de montañas. corte de maderas, plantando y edificando, todo con ánimo de señor y dueño, sin estorbo de nadie y sin que haya tenido a nadie como dueño de los mentados terrenos... Que de hoy se desprende del dominio y posesión que ha tenido por más de quince años, derechos todos que cede a favor del señor Abel Alvarez B., a quien hoy mismo le hace entrega real y material de ellos...":

20.- Que "erró de hecho el Tribunal, al no percatarse" de las declaraciones contenidas en la escritura número 471 de 18 de diciembre de 1947, de la misma Notaría, relativas a que la compañía vendedora allí mencionada dijo transferir a tal título a Abel Alvarez "el derecho de dominio sobre la superficie o suelo de un lote de terreno dentro del cual existen mejoras de propiedad del comprador, denominadas 'Ojo de Agua'... Que el precio de esta venta es el de la suma de ciento veinte pesos (\$120.00), que el vendedor declara haber recibido de manos del comprador a su entera satisfacción. Afirmando el comprador que el lote materia de esta venta tiene una cabida de ochenta hectáreas... El comprador está ocupando materialmente el lote objeto de esta venta y por lo tanto lo da por recibido a su entera satisfacción...";

3o.- Que "erró igualmente el Tribunal, al no percatarse de las declaraciones contenidas en la cláusula segunda de la escritura pública No. 28, de la Notaría de Victoria", en donde Natalia Galvis v. de Alvarez, al vender al demandado la mitad de la finca "Ojo de Agua" a título de gananciales, dijo que "hubo la vendedora el relacionado inmueble como gananciales en su calidad de esposa legítima de su finado esposo el señor Abel Alvarez Brochero, que e. p. d. y éste lo hubo por compra hecha al señor Fidelino Torres P., por medio de escritura pública número doscientos tres (203), de fecha nueve (9) de s ptiembre de mil novecientos cuarenta y tres (1043); pasada en la Notaría de La Dorada..."; y

40.- Que erró el Tribunal — "error de hecho"—, "al no percatarse" de los testimonios de José Mosquera Ocoro, Evelio Murcia y Bernabé Triana P., que deponen en relación con la posesión material de la finca "Ojo de Agua".

El recurrente dice sustentar el cargo así:

Que las declaraciones contenidas en las escrituras públicas relacionadas prueban plenamente que el antecedente de contenido jurídico, "en virtud del cual Abel Alvarez B. adquirió la posesión inscrita sobre los fundos de la finca rural denominada 'Ojo de Agua', fue directamente la circunstancia de que ese fundo se venía poseyendo materialmente desde el año de 1935, como consecuencia de la ocupación de terrenos incultos. Tales declaraciones hacen plena fe, en los términos de los arts. 1759 y 1765 del C. C., en armonía con el art. 603 del C. J. El demandado es causahabiente, y su derecho ha pretendido fundarlo en los títulos ya citados..."; y

que "los testimonios de José Mosquera O. Evelio Murcia y Bernabé Triana, que no examinó el Tribunal, prueban plenamente los términos de los arts. 688 y 697 del C. J., que los terrenos de la finca de 'Ojo de Agua' en el momento de la fundación de ésta, se hallaban incultos, cubiertos de selvas vírgenes y que Fidelino Torres y Abel Alvarez B. fueron los sucesivos poseedores de ellos, de acuerdo con la doctrina de los arts. 778 y 2521 del C. C. Prueban igualmente que la posesión ejercida sobre dicho fundo fue la material, económica, prevista en los arts. 981 del C. C. y 10. de la Ley 200 de 1936...".

Para el impugnante todos estos elementos de prueba demuestran en conjunto que "Abel Alvarez B. sustituvó legítimamente en la posesión material y económica del fundo en disputa al señor Fidelino Torres, en el año de 1943. dos años antes de contraer matrimonio, hecho jurídico, causa o título de adquisición primaria, que justificó la adquisición posterior de la posesión inscrita por la insignificante suma de ciento veinte pesos moneda corriente, precio que demuestra que los titulares de la posesión inscrita, residentes en la ciudad de Londres, reconocían la inferioridad jurídica en que se hallaban para proponer acciones de dominio y reivindicatorias... Abel Alvarez B. hizo verdaderamente suyas las tierras de 'Ojo de Agua', por la suma de \$ 120.00, en virtud de una compraventa, título oneroso, porque existía un antecedente iurídico anterior al matrimonio, constitutivo de la causa o título de adquisición anterior a la sociedad conyugal: ser poseedor material y económico del fundo, desde el año de 1935, fenómeno que lo favorecía con una prescripción agraria de corto tiempo, según el art. 12 de la Ley 200 de 1936...". Es situación que se comprende en los numerales 10, y 20, del art. 1792 del C. C.

Y concluye el cargo afirmando que, como consecuencia de los errores de hecho en la estimación probatoria, que ha intentado puntualizar, el Tribunal quebrantó indirectamente los arts. 1792, 1759 y 1765 del C. C., por falta de aplicación, y los artículos 472, 593, 603, 688 y 687 del C. J.

Se considera:

Este cargo no se acomoda a la técnica requerida:

Ante todo, el cargo adolece del defecto, tantas veces castigado por la jurisprudencia, de amalgamar bajo una misma censura las imputaciones por error de hecho y de derecho en la estimación de determinada prueba, ensayando una conjunción contraria a la lógica del recurso. Porque, si un medio de convicción, presente en el juicio, no ha sido estimado; o si por el contrario lo ha sido uno sólo existente en la creencia del sentenciador, pero no en la realidad del proceso, que son las hipótesis dentro de las cuales se contiene el error fáctico, mal pudo el juzgador infringir las reglas de valoración, ni acerca de aquella prueba real que no hubo de sopesar porque no la vio, ni respecto de esotra imaginaria que no era valorable por no existir en el juicio. Es que el yerro específico de dereche o valoración probatoria supone que el fallador haya previamente acertado en la percepción objetiva del medio, requisito sin el cual no podría éste ser ponderado en la balanza de los valores legales. Lo que en síntesis quiere decir que el ataque por yerro valorativo en la estimación de una prueba, implica, en principio, sustracción de censura por error de hecho en la apreciación de la misma, conservando, pues, cada una de estas transgresiones del raciocinio su propia autonomía, resulta inadmisible la pretensión del recurso, de deducir el error de derecho del de hecho en la estimación de las pruebas.

Mas, si la Corte, en vía de amplitud, haciendo caso omiso de la deformación advertida, entra en la materia del cargo, para despacharlo bajo el aspecto que parecería prevalecer en él, de censura por errores de hecho en la apreciación de las escrituras públicas y de los testimonios a que el impugnante se refiere, encuentra que éste, luego de transcribir ciertos pasajes de aquellos instrumentos y de referirse superficialmente a las deposiciones testificales aludidas, se limita a hacer afirmaciones de carácter general, en orden a que su propio juicio se sustituya al del juzgador, pero sin demostrar, como lo exige la ley del recurso (ord. 1o. art. 520 C. J. v ord. 1o. art. 52 Decr. 528 de 1964), el error de hecho concreto y manifiesto, o sea la contraevidencia en que el sentenciador hubiera incurrido en la apreciación de cada uno de los medios susodichos.

Cuanto muestra la lectura de la sentencia en su integridad, es lo contrario: Que el sentenciador vio las escrituras como ella son, para sacar de su texto, tomado en su objetividad misma, la conclusión jurídica de que el predio "Ojo de Agua" entró al haber de la sociedad conyugal Alvarez-Galvis, conclusión acogida en el despacho del cargo anterior, y que el demandado entró a sustituir a la cónvuge sobreviviente Natalia Galvis de Alvarez, por venta que ésta le hizo del derecho que a título de gananciales le correspondía en el mismo inmueble; y que aunque el Tribunal no se refiere expresamente a las declaraciones de los testigos sobre posesión, las conclusiones del fallo, tanto en cuanto al carácter de bien social del predio, como en lo tocante al rechazo de la prescripción en sus varios aspectos invocada por el demandado, habrían tenido que ser las mismas en el supuesto no presumible de que el sentenciador hubiera ignorado tales testimonios: porque la posesión de las mejoras por parte de Fidelino Torres y que éste cedió a Abel Alvarez Brochero no conllevaba, según quedó visto en el despacho del cargo anterior, el ánimo de dueño del terreno; porque este ánimo que sí abrazó Abel Alvarez Brochero al comprar el predio a The Colombia Railaways Navegation and Company Limited, incorporó la posesión del inmueble a la sociedad conyugal de Alvarez con Natalia Galvis; porque, entonces, muerto Abel Alvarez, esa posesión quedó en cabeza de sus herederos, los menores Alvarez-Galvis, y de la cónyuge sobreviviente Natalia en quienes vinieron a personifi-Galvis. carse la sucesión del finado y la dicha sociedad conyugal; porque, por lo mismo, al vender luego a Ricardo Angel Londoño. Natalia Galvis viuda de Alvarez un derecho de mitad de la finca. correspondiente, según tal acto, a sus gananciales en la sociedad conyugal ilíquida, mediante la escritura de 25 de marzo de 1953, y entrar el comprador en la posesión material de la finca, mal podía éste sumar su propia posesión a la anterior que no era exclusiva de Natalia Galvis de Alvarez, sino que correspondía también, como acaba de decirse, a los herederos de Abel Alvarez Brochero, de quien Ricardo Angel Londoño no es causahabiente en manera alguna: porque, como lo anotó el Tribunal en su proveído, mirando al del a quo. "tampoco la excepción de prescripción está llamada a prosperar en este juicio, pues, si el demandado principió a poseer en el año de 1953, tal como lo confesó al responder afirmativamente a la pregunta octava del pliego de posiciones que absolvió en este proceso, y si la demanda le fue notificada en el año de 1962, es claro que no había alcanzado a transcurrir el término que se exige para la consumación de una prescripción ordinaria..."; y, finalmente, porque el acusante, en lo atinente a la prescripción agraria que invoca, no ha demostrado que las declaraciones de testigos a que alude establezcan el cumplimiento integral de las condiciones exigidas por el art. 12 de la Lev 200 de 1936 para la consumación de esa usucapión especialísima, y que, por lo tanto, el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho evidente al no tomar en cuenta esas declaraciones en materia de tal prescripción, la que, de otro lado, no podía correr contra los menores demandados, en virtud de lo dispuesto en la última parte del parágrafo del dicho art. 12, cuando dice que ella "se suspende en favor de los absolutamente incapaces y de los menores adultos".

Todo lo hasta aquí discurrido pone en eviden-

cia que el recurso no ha mostrado el quebranto de ninguna de las disposiciones de derecho sustancial incluídas entre las varias de diversas categorías que se relacionan en este capítulo de la censura, motivo por el cual se desecha el cargo.

Cargo tercero. Propuesto por violación directa del art. 1802 del C. C., a causa de su aplicación indebida, y de los arts. 965, 966 y 967 ibidem, por falta de aplicación, este cargo se desarrolla así:

Que el Tribunal, al revocar el numeral 60. del fallo del a quo relativo al tratamiento en materia de las mejoras que hubieran podido realizarse por el demandado, en lo correspondiente a la cuota parte materia de la restitución, y disponer, en cambio, que el reconocimiento y pago de mejoras se hará con sujeción a lo dispuesto en el art. 1802 del C. C., infringió este precepto, sólo llamado a gobernar las relaciones patrimoniales entre cónyuges y a definir situaciones existentes en el momento de disolverse la sociedad convugal. pero no las relaciones de un poseedor vencido en juicio reivindicatorio, obligado a restituir un bien a sus legítimos propietarios, las cuales están sujetas al régimen de las prestaciones mutuas instituído en los arts. 961 y ss. del C. C. Con base en tal razonamiento, la censura acerca de este punto concluye impetrando "casar el numeral 40. de la sentencia acusada y confirmar el numeral 60. de la sentencia de primer grado".

SECONSIDERA

Tiene razón el acusador. La norma del art. 1802 del C. C. es clara. Según éste, la sociedad conyugal es acreedora a "recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá solo el importe de éstas".

Como lo afirma el recurrente, el art. 1802 solo está llamado a regular situaciones patrimoniales entre cónyuges, existentes en el momento de la disolución de la sociedad.

Primordialmente, la indebida aplicación del art. 1802 surge de que si, como lo decidió la sentencia recurrida, el inmueble "Ojo de Agua" entró al haber de la sociedad conyugal Alvarez-Galvis, conclusión que queda en pie en el recurso extraordinario, el dicho art. 1802 resulta ajeno al caso, como que tal texto lo único que regula es la hipótesis de las expensas hechas durante la sociedad en bienes propios de cualquiera de los cónyuges.

Por lo demás, en la especie del litigio, se trata de mejoras puestas por un poseedor distinto de los cónyuges y con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. Y aunque ese tercero sea un adquirente de gananciales de la cónyuge sobreviviente en relación con el inmueble, ello en nada hace variar la solución del problema, cuya materia, como está dicho, es la de mejoras puestas por persona que fue ajena a la sociedad conyugal y después de la extinción de la misma.

Entonces, es flagrante, como indebida, la aplicación del art. 1802 a la especie del litigio, violado abiertamente; y, en consecuencia, fueron infringidos, por falta de aplicación en lo pertinente, los arts. 965, 966 y 967 del C. C., rectores de las prestaciones mutuas relativamente a expensas y mejoras, en la reivindicacion, y que el recurrente cita como quebrantados.

La prosperidad del cargo impone la casación de la sentencia en cuanto al numeral 40. de su parte resolutiva, para que en su lugar se disponga, en vía de instancia, que el reconocimiento y pago de las expensas y mejoras a que tenga derecho el demandado se efectúe con sujeción a las disposiciones correspondientes del capítulo de las prestaciones mutuas, en el título de la reivindicación del Libro II del C. C.

V

EL RECURSO DE CASACION DE LA PARTE DEMANDADA

Formalizado en libelo contestado oportunamente, se compone de tres cargos, ambos del resorte de la causal primera, que se despacharán en el orden de su proposición.

Primer cargo.- El recurrente, luego de advertir que el fallo en una de sus declaraciones determina que la finca "Ojo de Agua" "pertenece a la sucesión de Abel Alvarez Brochero y a la sociedad que existió entre éste y Natalia Galvis vda. de Alvarez y no de manera exclusiva a la citada sucesión como se pretende en la súplica primera de la demanda", censura el que luego de esta declaración, "la siguiente (nume-

ral 30.) que es consecuencial, no armonice con ella, pues condena al demandado a restituir la totalidad de la finca 'Ojo de Agua' a la sucesión de Abel Alvarez Brochero, o sea que omitió a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada entre dicho señor en vida y Natalia Gálvez o Galvis de Alvarez...".

Y formaliza así su acusación:

"Al ordenar el fallo la restitución de la finca a la sucesión y no decretarla también a la sociedad conyugal, a pesar de que ha reconocido el dominio de ésta sobre la mitad del bien y de que el derecho radica ya no en la cónyuge sobreviviente sino en su cesionario como surge de las piezas del expediente que cita, violó en primer lugar los arts. 946 y 950 del C. C., pues no los aplicó en la parte que dicen que la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de una cosa, y que puede reivindicar quien tiene la propiedad de ella, porque teniendo la propiedad de la finca nombrada tanto la herencia de Abel Alvarez Brochero o sus herederos en tal calidad, como la sociedad convugal, como lo dice el fallo, la restitución que es precisamente el fin de la reivindicación, la decreta solo a favor de la primera.

"Es evidente que la sociedad conyugal puede actuar en juicio una vez disuelta, sea en relación con terceros o aun entre los mismos cónyuges o sus sucesores...

"En síntesis: si se reconoció que el dominio del bien reivindicado pertenece a la sucesión de Abel Alvarez Brochero y a la sociedad conyugal que tuvo con Natalia Alvarez, la cual cedió sus derechos de gananciales a Ricardo Angel Londoño quien ha sido reconocido como subrogatario en el juicio de sucesión, la restitución de la finca reivindicada debe hacerse no solamente a la sucesión sino a la sociedad conyugal apersonada por el cónyuge sobreviviente, hoy su cesionario, y los herederos del difunto.

"Además, violó por falta de aplicación el art. 22 de la Ley 95 de 1890 en cuanto dispone que cada comunero puede representar a la comunidad, ya que teniendo tal carácter Ricardo Angel Londoño en la comunidad universal emanada de la disolución de la sociedad conyugal Alvarez-Galvis como cesionario o subrogatario de la cónyuge, no reconoce dicha representación para recibir la cosa reivindicada. Y también violó por igual motivo, el art. 1670 del C. C. que dispone que la subrogación traspasa al nuevo acreedor los derechos y acciones del antiguo, entre ellos la representación

de la comunidad mencionada, pues el fallo parte de la base de que Ricardo Angel es subrogatario de Natalia de Alvarez, como lo dice el auto respectivo dictado en el juicio de sucesión de Abel Alvarez Brochero".

Se considera:

No cabe duda de que la sentencia acusada tiene por finalidad el decretar la reivindicación del predio "Ojo de Agua", propósito culminante en el ordinal 30. de lo resolutivo, al condenar a Ricardo Angel Londoño a restituir a la sucesión de Abel Alvarez Brochero la totalidad del inmueble. Lo cual significa que el Tribunal aplicó los arts. 946 y 950 del C. C., de los cuales el primero define sustancialmente la acción de dominio y el segundo determina a quién corresponde dicha acción. Sólo mediante el empleo de esas normas pudo el juzgador otorgar la pretensión deducida por la parte actora.

Mas, el motivo del cargo hecho a éste, de falta de aplicación de los dichos textos sustanciales respecto de la sociedad conyugal Galvis-Alvarez, motivo consistente en que según el recurrente la condena contra el demandado a restituir la finca "Ojo de Agua" sólo está decretada en favor de la sucesión de Alvarez Brochero, con exclusión de la dicha sociedad conyugal, no es fundado por las consideraciones que a continuación se expresan:

La razón central del fallo, inspirada en la diferencia entre el patrimonio propio o personal de cada cónyuge y el patrimonio de la sociedad conyugal, que asume sus perfiles definitivos en el momento de disolverse la misma sociedad, estriba en que, como ya se vio en la solución del recurso de la parte actora, el predio "Ojo de Agua" ingresó al haber de la sociedad conyugal Alvarez-Galvis.

Por donde, pensando el sentenciador que disuelta la sociedad, correspondía la atribución de su haber líquido o gananciales, en una mitad a la sucesión del causante representada por sus herederos y en la otra mitad a la cónyuge supérstite o a quien sus derechos represente, concluyó, como lo hizo en el ordinal 2o. de la parte resolutiva del pronunciamiento, que el inmueble "pertenece a la sucesión de Abel Alvarez Brochero y a la sociedad que existió entre éste y Natalia Galvis vda. de Alvarez y no de manera exclusiva a la citada sucesión".

Y si esta determinación sale ilesa en el recur-

so extraordinario, pues que no fue desvirtuada por el ataque de la actora, y la contraparte la alega como argumento en su provecho, resulta que el ordinal 3o. resolutivo de la sentencia, en cuanto condena al demandado "a restituir a la sucesión de Abel Alvarez Brochero" la totalidad del inmueble "Ojo de Agua", armonizándolo con la determinación inmediatamente anterior, y teniendo en cuenta que en la comunidad universal abierta por muerte de uno de los cónyuges viene a producirse una conjunción entre el haber de la sociedad conyugal y el haber del difunto, no conlleva otro sentido que el de que la restitución del bien, alli impuesta al demandado, ha de hacerse a esa comunidad universal que bajo el nombre de sucesión, ahora empleado en sentido genérico, abarca el conjunto de intereses y de titulares llamados a participar en la solución de la causa mortuoria, tanto por razón de gananciales en la sociedad conyugal de que el finado fue miembro y que se liquida con la herencia (arts. 1398, 1821 y 1832 C. C.), como por virtud de las asignaciones hereditarias. Quiere decir que Ricardo Angel Londoño tendrá que hacer la restitución que del inmueble se le impuso, a la comunidad universal personificada por los herederos del causante Abel Alvarez Brochero, como titulares de la herencia, en cuyo patrimonio se encontrarían los gananciales correspondientes al de cujus en la sociedad conyugal disuelta, y por el propio demandado como cesionario de los gananciales de la cónyuge supérstite Natalia Galvis, que es otra de las bases fundamentales del fallo, hasta el punto de que en ella descansa la confirmación del ordinal 50. de la resolución del a quo, de condena contra Angel Londoño a pagar a los herederos de Abel Alvarez Brochero los frutos correspondientes solamente a la mitad del inmueble.

Entonces, no pudo tampoco ser infringido por falta de aplicación el art. 22 de la Ley 95 de 1890, en cuanto dispone que cada comunero puede representar como parte y ser tenido como tal para lo relativo a su derecho. Porque la decisión en pasaje alguno le desconoce al demandado su carácter de adquirente de los gananciales de la cónyuge sobreviviente, sino que, antes bien, en la motivación respectiva le atribuye semejante carácter. Así lo demuestran pasos tales del pronunciamiento, aquellos en que se afirma que "tal instrumento —la escritura número 28 de 25 de marzo de 1953— sólo le pudo dar al demandado la calidad de cesionario de los derechos que por concepto de gananciales le corresponden a Natalia Galvis vda, de Alvarez en la sucesión de su difunto esposo y no la de dueño de la mitad del predio 'Ojo de Agua'"; que, según ya se dijo, "el demandado Ricardo Angel Londoño adquirió por compra que le hizo a la cónyuge supérstite los gananciales que a ésta le corresponden en la sociedad conyugal que existió entre aquella y el causante de los demandantes"; y que las copias del juicio de sucesión de Abel Alvarez "dan cuenta de que don Ricardo Angel Londoño ya se encuentra reconocido como subrogatario de la cónyuge supérstite en los derechos que a ésta le corresponden a título de gananciales". Y es de advertir ahora que estas conclusiones del Tribunal acerca del alcance del contrato contenido en la escritura número 28 de 25 de marzo de 1953, no han sido objeto de acusación formal de ninguna de las partes en el recurso extraordinario. Por lo mismo, tal acto mantiene aquí el sentido en que lo tomó el juzgador.

Así, pues, entendido el ord. 3o. de la resolución, en armonía con el 2o., como atrás está dicho, y en acuerdo con la motivación que sirve de sustancia a tales determinaciones, no resulta de éstas otra conclusión práctica que la que propugna el propio recurrente cuando sostiene que "la restitución de la finca reivindicada debe hacerse no solamente a la sucesión sino a la sociedad conyugal apersonada por el cónyuge sobreviviente, hoy su cesionario, y los herederos del difunto".

Y si es esto lo que se aprehende a través de los dichos ords. 20. y 30. de la decisión, no se encuentra que por ella se haya vulnerado el referido art. 22 de la Ley 95 de 1890.

Como tampoco se infringió el art. 1670 del C. C., no solo por cuanto se deja visto, sino, ante todo, porque el precepto versa sobre la subrogación en el orden de los crétidos o derechos personales, cuestión ajena al asunto de la controversia.

Las razones expuestas imponen la desestimación del cargo.

Segundo cargo. Mirando al pasaje de la motivación en que se dice por el Tribunal que los herederos de Abel Alvarez Brochero tienen derecho a la mitad de los frutos que el bien ha producido, según lo preceptuado por el numeral 30. del art. 1395 del C. C. alega el recurrente que "es obvio que deben aparecer demostrados en el juicio los frutos producidos durante todo el período que abarca la condena, o sea desde la escritura de 25 de marzo de 1953 hasta la sentencia, ya que ellos deben comprobarse, pues

se trata de frutos percibidos y no de los que hubieran podido percibirse estando el demandado al frente del predio, como sucede con los que se reconocen como prestaciones mutuas.

"Es evidente que los herederos no reciben más frutos que los que efectivamente produzcan los bienes de la sucesión, por lo cual si ellos no los causan nada recibirán. En cambio, en las prestaciones mutuas el poseedor vencido responde inclusive de frutos que no se han producido pero se hubieran podido producir, lo cual no desempeña papel en este caso porque, repito, el Tribunal para la condena en frutos tomó como base el art. 1395 y no el 964 del C. C., que no es materia de censura en casación por ninguna de las partes.

"Si no existe prueba de los frutos percibidos, que son los únicos que operan en el enfoque dado por el sentenciador, pero éste se basó para hacer la condena líquida en los dictámenes de los peritos García y Peña, dictámenes a los que les dio el valor de prueba plena, pues implícitamente estimó que reunían los requisitos previstos en el art. 721 del C. J., a pesar de que ellos recaen principalmente sobre frutos que hubieran podido percibirse, surge un error de derecho en la apreciación de dicha prueba que no demuestra el monto de los frutos realmente percibidos sino de los que se hubieran podido percibir, los cuales no pueden tenerse en consideración, como quedó explicado antes.

"Al proceder en la forma dicha el Tribunal quebrantó el citado art. 721 del C. J. por darle el valor de prueba plena sobre el monto de frutos percibidos a un dictamen que versa sobre frutos que se hubieran podido percibir, por lo cual ha debido, si encontró probada en abstracto con base en otros medios la existencia de frutos, remitir a su liquidación siguiendo el art. 480 del C. J., mediante el incidente previsto en el art. 553, en vez de hacer condena líquida.

"El error de derecho apuntado llevó al Tribunal a violar por indebida aplicación el art. 1395 del C. C. respecto al monto de los frutos de la mitad de la finca en que consistió la condena.

"La Corte al casar la sentencia deberá en mi opinión obrar en la forma expuesta, dentro del límite de la condena hecha por el Tribunal, en virtud de la reformatio in pejus, ya el actor acepta tal condena, vale decir que en las bases para hacer la liquidación deberá establecer

que el monto de frutos efectivamente percibidos no podrá sobrepasar el dado por los dos peritos que sirvió de pauta al Tribunal, así como el contenido del cargo siguiente, pues la cantidad aceptada por él es errónea en parte, como lo demostraré en dicho cargo".

Se considera:

El cargo está propuesto por infracción indirecta del art. 1395 del C. C., a causa de error de derecho en la estimación del dictamen pericial sobre el punto de frutos. Y la censura, como lo muestra la transcripción antes hecha, se hace consistir en que tal prueba "no demuestra el monto de los frutos realmente percibidos sino de los que se hubieran podido percibir" y que "el Tribunal quebrantó el citado art. 721 del C. J. por darle el valor de plena prueba sobre el monto de frutos percibidos a un dictamen que versa sobre frutos que se hubieran podido percibir".

Como se ve, se trataría, no de que el sentenciador le hubiera dado al dictamen en sí mismo considerado un valor que no le atribuye la ley, que en ello consistiría para el caso, el yerro de valoración, sino que, versando la peritación "sobre frutos que se hubieran podido percibir", diese por probado con ellas "el monto de frutos percibidos". Lo que reduciría el caso a una cuestión de error de hecho o contraevidencia en la conclusión sacada de la prueba. Pero, como no fue esta la vía en la cual se dedujo la acusación, la Corte no podría oficiosamente cambiar el argumento en que se informa para estudiar el reparo en su fondo.

Se desestima, así, la censura.

Tercer cargo. Propuesto por violación del art. 1395 del C. C., a causa de aplicación indebida en lo pertinente del mismo, como consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación del dictamen de los peritos Héctor García Peña y Calixto Peña, se desenvuelve así.

Que el sentenciador hizo descansar la condena en frutos, en los dictámenes de los referidos peritos, el segundo de los cuales, como todo lo indica, acogió el del primero. Así el segundo o sea Calixto Peña se limitó a decir: "Valor de los frutos a que se refiere el cuestionario, desde la fecha marzo de 1953 hasta la fecha de la inspección ocular, los fijo en la suma de \$50.400.00. Desde la fecha de la inspección ocular practicada el día 18 de julio de 1962, los frutos los fijo a razón de setecientos pesos mensuales o sea la cantidad de \$8.400.00 anuales.

"Las conclusiones en cifras son iguales, pues el perito García señaló el monto de los frutos de toda la finca hasta el 18 de julio de 1962, en \$50.400.00 y de ahí en adelante a razón de \$8.400.00 por año.

"Como la condena recae sobre los frutos producidos de la mitad de la finca el Tribunal confirma la del Juez, el cual la decretó a razón de \$ 4.200.00 por año a partir del 25 de marzo de 1953, aunque por razones distintas, como ya se advirtió.

"Mas Juez y Tribunal no pararon atención en que el monto de los frutos calculados para toda la finca por el perito García y que siguió el perito Peña, no fue de \$8.400.00 para todos los años corridos desde marzo de 1953 en adelante, ya que tal perito especifica otras cifras para las anualidades transcurridas desde el 25 de marzo de aquel año hasta 1960, por lo cual solamente la que estimó para 1961 y 1962 fue la que hizo extensiva a los años subsiguientes.

"Así las cosas, la condena está acorde con el dictamen a partir de 1962 en que se calculó el arrendamiento a \$10.00 por cabeza de ganado, lo cual da \$8.400.00 por año, o sea \$4.200.00 por la mitad de la finca. Pero los años anteriores hasta el 25 de marzo de 1953 en que comienza la prestación a cargo del demandado tiene un valor diferente: en efecto, para 1953 a 1955 se señaló la cantidad de \$3.00 por cabeza de ganado, lo que arroja un total de \$5.040.00 por frutos de toda la finca; para 1955 a 1957 se señaló la cantidad de \$5.00 por cabeza, lo que arroja un total de \$8.400.00, y para los años de 1957 a 1960, se señaló la cantidad de \$8.00 por cabeza, lo que arroja un total de \$ 20.160.00 (cdno. 2, fl. 31).

"Estos períodos implican conforme el dictamen de los dos peritos un total de \$23.600.00 como frutos de toda la finca, o sea \$11.800.00 para la mitad de ella.

"Y como tal cálculo lo pasó por alto el Tribunal, quien extendió la suma de \$8.400.00 como valor de los frutos de toda la finca, o sea la de \$4.200.00 de la mitad, al período de 1953 a 1960, incurrió así en un error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, porque ignoró la prueba del monto verdadero de ellos en dicho espacio, no obstante obrar en el proceso".

Tal la demostración que del error de hecho-

aduce el impugnante, para imputar consecuencialmente al Tribunal el quebranto, por indebida aplicación, del art. 1395 en cita; y, por donde concluye que, si se casare la sentencia por este cargo, en su opinión, la Corte "deberá reducir la condena correspondiente al lapso corrido del 25 de marzo de 1953 hasta 1960, a la cantidad de \$11.800.00, dejándola intacta de ahí en adelante, o sea a razón de \$4.200.00 por cada anualidad".

Se considera:

Dispuso el fallo del Juez a quo en el ord. 50. de su parte resolutiva, condenar al demandado a pagar a la sucesión intestada de Abel Alvarez Brochero representada por sus herederos, los frutos naturales y civiles correspondientes a la mitad del inmueble "Ojo de Agua", desde el día en que entró en posesión de esa cuota o sea desde el 25 de marzo de 1953 hasta el día en que se verifique la restitución: v que ésta "deberá efectuarse de acuerdo con la tasación hecha por los peritos García y Peña, quienes estuvieron plenamente de acuerdo, o sea a razón de \$4.200.00 anuales, cantidad esta que corresponde a la mitad de ocho mil cuatrocientos pesos (\$8.400.00) en que fueron avaluados los frutos anuales de la totalidad de la finca":

Esta determinación del a quo la hizo suya el Tribunal, al confirmarla en el ordinal primero de su resolución; y sólo ha sido atacada en casación por la parte demandada dentro de los límites a que se contrae el cargo que se ventila.

Ahora bien: la censura hace ver que el sentenciador, al valerse de los dictámenes de los peritos García y Peña, para fijar la tasa anual del valor de los frutos, erró de hecho cuando entendió esos dictámenes en el sentido de que desde el día 25 de marzo de 1953, en adelante, esa tasa fue invariable, tomando como módulo de la misma, para todo el lapso anterior a la fecha de la inspección ocular, o sea del 18 de julio de 1962 hacia atrás hasta el 25 de marzo de 1953, la cuantía que los peritos fijaron para el tiempo posterior al día de esa inspección.

Efectivamente: es palmar que el perito Héctor García, calculando los frutos civiles en razón del arrendamiento para pastura de ganados, los estimó en \$5.040.00 para los años de 1953 a 1955; en \$8.400.00 para los años de 1955 a 1957; en \$20.160.00 para los años de 1957 a 1960; y en \$16.800.00 para los años de 1960 a 1962, obteniendo para todo ese tracto así compuesto un monto de \$50.400.00. En se-

guida agregó: "Desde la fecha de la inspección ocular (18 de julio de 1962), tales frutos los fijó a razón de diez pesos (\$10.00) mensuales por cabeza, o sea en total \$700.00 mensuales. que da un total por año de \$8.400.00" (fl. 31 cdno. 20.). Y a su turno el perito Calixto Peña, que actuaba como tercero, se identificó en el punto con el perito García, conceptuando así: "Valor de frutos. Valor de los frutos a que se refiere el cuestionario, desde la fecha marzo de 1953 hasta la fecha de la inspección ocular, los fijo en la suma de \$50.400.00. Desde la fecha de la inspección ocular practicada el día 18 de julio de 1962, los frutos los fijo a razón de setecientos pesos mensuales (\$ 700.00), o sea la cande ocho tidad mil cuatrocientos (\$ 8.400.00) anuales" (fl. 65 ibid.).

Si pues, los dos peritos García y Peña totalizaron acordemente, como valor de los frutos, para el lapso transcurrido desde marzo de 1953 hasta la fecha de la inspección ocular (18 de julio de 1962), la suma de \$50.400.00, cuya mitad debida a la herencia del causante Alvarez Brochero valdría \$ 25.200.00, con ello no vino a corresponder la decisión del juzgador de que los frutos de ese tiempo pertenecientes a los dichos herederos se les pagasen a razón de \$4.200.00 anuales. Porque a esta tasa los frutos de tal lapso, comprensivo de 9 años 3 meses v 23 días, valdrían para la herencia la suma de \$ 39.118.33. es decir con un exceso de \$ 13.918.33 sobre la resultante del dictamen pericial en que entendió fundarse el Tribunal.

Es así evidente, con evidencia aritmética, el error de hecho cometido por el sentenciador en la apreciación del dictamen pericial de que se trata. Y como ese yerro lo llevó a imponer al demandado, con fundamento en el art. 1395 del C. C., una condena al pago de frutos en cuantía superior a la correspondiente a los herederos del causante Abel Alvarez Brochero, según el mismo precepto, resulta así infringido éste por su indebida aplicación en el caso.

Lo que significa que el fallo por este aspecto deberá también ser casado.

VΙ

CONDIDERACIONES PARA LA SENTENCIA DE REEMPLAZO

Tocante a la condena al demandado por frutos, en cuanto el cargo por error de hecho en la apreciación del dictamen de los peritos García y Peña, que ha prosperado en casación, conlleva la aceptación por la parte recurrente de las bases adoptadas por éstos, en las cuales se fundó el mismo cargo, la Corte no tiene motivo para separarse de esas bases y, en consecuencia, informará en estas la condena que haga en el particular, a partir del 25 de marzo de 1953, fecha inicial aceptada por el propio recurso para la cuenta de tales frutos.

Por lo que hace al pago de expensas y mejoras a cargo del demandado, éste no podrá ser condenado como poseedor de mala fe en lo relativo al tiempo anterior a la notificación de la demanda, porque el Tribunal no le asignó esa calidad. Ni tampoco de sus declaraciones puede deducirse esta determinación, como quiera que lo único que en la motivación se expresó sobre el particular fue que el demandado "no recibirá indemnización alguna por las mejoras de toda clase que hava hecho en la parte del inmueble 'Ojo de Agua' y que se le adjudique en el sucesorio de Abel Alvarez". Y es que, fuera de que el demandado mal podría tener derecho a que se le paguen mejoras en relación con la parte que en el inmueble le corresponda, si la frase hubiera entendido referirse a las mejoras relativamente a la parte que de la finca corresponda a los herederos de Abel Alvarez B., eso no definiría la cuestión de la buena o mala fe del demandado, dado que ni aun el poseedor de buena fe tiene derecho al pago de las mejoras voluptuarias. Entonces, por la sentencia de segunda instancia no se privó a Ricardo Angel Londoño de la presunción de buena fe que consagra el art. 769 del C. C.; y como por este extremo no fue atacada en casación por la parte actora la sentencia, semeiante situación, en el punto, ha de mantenerse en la decisión de la Corte.

Respecto de costas, de acuerdo con los principios en el particular, se condenará al demandado a la mitad de las de la primera instancia, por haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda; y no habrá condena en costas, ni en la segunda instancia, ni en el recurso extraordinario, por haber sido acogidos, también parcialmente respecto de cada una de las partes, los recursos de alzada y de casación que por ambas fueron interpuestos.

Al infirmarse el pronunciamiento del Tribunal, tendrá que reformarse el del juez de primer grado en lo correspondiente. Pero, en obsequio a la unidad de texto, se revocará toda su parte resolutiva, para en la decisión de instancia que se pronuncia por esta superioridad, formular las determinaciones de uno y otro fallo que no sufran modificaciones de fondo, con las que concurrirán las nuevas determinaciones que por este proveído toma la Corte.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha cuatro (4) de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), y como juzgador de instancia, revoca la de primer grado y, en su lugar, resuelve:

Primero. Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada;

Segundo.- Declarar que la finca "Ojo de Agua", determinada como aparece en las escrituras número cuatrocientos setenta y uno (471) de diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), de la Notaría de La Dorada, y número veintiocho (28) de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), de la Notaría de Victoria, pertenece a la sucesión de Abel Alvarez Brochero y a la sociedad conyugal que existió entre éste y Natalia Galvis viuda de Alvarez, y no de manera exclusiva a la citada sucesión como se pretende en la súplica primera (1a.) de la demanda;

Tercero.- Negar, en consecuencia, la súplica segunda (2a.) de la demanda;

Cuarto. Condenar a Ricardo Angel Londoño a restituir a la sucesión de Abel Alvarez Brochero, dentro de los seis (6) días siguientes al pronunciamiento por el Juez de primer grado del auto de obedézcase y cúmplase, la totalidad del inmueble "Ojo de Agua" de que trata la declaración inmediatamente anterior, siendo entendido, como se dijo atrás, que para los efectos de esta condena se considerará como sucesión a la comunidad universal compuesta por la sociedad convugal Alvarez-Galvis y por la herencia de Abel Alvarez Brochero, ambas ilíquidas, y teniendo al demandado como causahabiente de Natalia Galvis viuda de Alvarez en los derechos que por ésta y en lo tocante con sus gananciales le fueron cedidos mediante la citada escritura número veintiocho (28) de veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953), o sea que, para el efecto de esta restitución, la dicha comunidad universal estará apersonada por los herederos del difunto y por el propio demandado cual cesionario de la cónyuge sobreviviente, en los términos de la escritura que se acaba de citar.

Quinto. - Condenar a Ricardo Angel Londoño a pagar a los herederos de Abel Alvarez Brochero, demandantes, los frutos correspondientes a la mitad del inmueble "Ojo de Agua", en los siguientes términos: la suma de veinticinco mil doscientos pesos (\$25,200,00) moneda legal, por valor de los frutos correspondientes al tiempo transcurrido del veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta v tres (1953) al diez y ocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962); y la cantidad que resulte por el mismo concepto de frutos desde el día diez v ocho (18) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962) en adelante hasta cuando se efectúe el pago, a razón de cuatro mil doscientos pesos (\$ 4.200.00) por cada año;

Sexto.- Imponer a los herederos de Abel Alvarez Brochero, el pago a favor del demandado Ricardo Angel Londoño, con arreglo a los arts. 965, 966 y 967 del C. C., de las expensas y mejoras hechas por el mismo Angel Londoño a partir del día veinticinco (25) de marzo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) en adelante y que accedan a la parte que de la finca "Ojo de Agua" se les asigne a los dichos herederos en la división de la misma finca, siendo, por lo tanto, entendido que el demandado Angel Londoño recibirá el tratamiento de poseedor de buena fe desde la fecha que se acaba de citar hasta el día veinte (20) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962) en que le fue notificada la demanda incoativa del juicio (fl. 32 cdno. 2), y que de esta última fecha en adelante será tratado como poseedor de mala fe;

Séptimo. Condenar al demandado al pago de la mitad de las costas de la primera instancia.

Sin costas a cargo de ninguna de las partes en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

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

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava, José María Esguerra Samper, Conjuez.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

SEPARACION DEFINITIVA DE BIENES AMANCEBAMIENTO

Su prueba

El amancebamiento consiste en las relaciones sexuales permanentes o estables entre dos personas que no son casadas entre sí. Constituve, pues, una situación social más o menos durable, que puede desarrollarse o no en forma concubinaria o de cohabitación de los mancebos. Por tanto, dicha situación, de ser alegada en juicio, debe acreditarse: si no necesariamente con la prueba directa de los actos sexuales repetidos, la que de suyo es casi imposible, si con la de los hechos concretos y continuados que permitan presumir el amancebamiento, tales como la comunidad de vivienda o las frecuentos visitas entre los mancebos. la asistencia económica prestada por el varón a la barragana, el tratamiento personal que aquél le dé a ésta en público o en circulos privados, etc. Tales hechos y otros similares y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los mismos. expuestos por testigos, son los que le permiten al juzgador apreciar si el alegado amancebamiento entre dos personas existe realmente o no. Pero si dichos testigos se limitan a exponer escuetamente su personal concepto, huérfano de detalles que la justifiquen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los mismos, sus declaraciones no son responsivas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrádo ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: junio 3/69. — Acta No. 40)

Se decide el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 8 de septiembre de 1966 en el juicio especial de María Soledad Cagüeñas frente a Medardo Rojas Morales.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Civil Municipal de Villavicencio, María Soledad Cagüeñas citó a juicio a Medardo Rojas Morales para que se decretase la separación definitiva de bienes entre los mismos.

Los hechos constitutivos de la causa petendi se hacen consistir: a) en el matrimonio católico contraído entre las partes el 28 de diciembre de 1942 en la ciudad de Villavicencio; b) en el abandono por el demandado de sus deberes de esposo, al dejar a la actora en penosas condiciones económicas hasta el punto de que ésta, para atender a sus necesidades, ha tenido que dedicarse al servicio doméstico; c) en el amancebamiento público del demandado con Abigail N.; y d) en que existen bienes adquiridos durante el matrimonio entre las partes, los que el libelo relaciona.

En uso del traslado respectivo, el demandado se opuso a las pretensiones de la actora y negó los hechos en que éstas se fundan.

El Juez del conocimiento profirió sentencia absolutoria y, por apelación interpuesta por la actora, el Tribunal Superior de Villavicencio dictó el fallo hoy recurrido en casación, por el cual confirmó el de la primera instancia.

LA MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Con fundamento en los arts. 154 y 176 del C. C. y en el 20. de la Ley 8a. de 1922, declara el Tribunal que los cónyuges están obligados a guardarse fe, y que la violación de este deber, por adulterio de la mujer o por amancebamiento del marido, constituye causal de divorcio, como también la separación definitiva de bienes entre los cónyuges.

Partiendo de tales premisas sustanciales y de la obligación que tiene el actor de acreditar los hechos en que se funde su acción, considera el Tribunal que en el caso de autos no se encuentran acreditados ni el abandono de sus deberes de esposo ni el amancebamiento imputados al demandado. A este respecto el fallo acoge el examen probatorio realizado por el Juez a quo, conforme al cual los testimonios de Gregorio Reyes y de Eufrosina de Reyes, aducidos por la demandante para acreditar el amancebamiento de su marido son contradictorios e irresponsivos, y el de José Luis Alfredo Novoa se limita a afirmar que María Soledad Cagueñas trabaja para sostenerse porque su marido nada le pasa, lo que le consta por haber sido compañero de trabajo de aquella en distintos lugares donde ella ha prestado sus servicios de mesera o cocinera.

LA IMPUGNACION

Con invocación de la causal primera de casación se le formula al fallo acusado el cargo de ser violatorio de ley sustancial por interpretación errónea proveniente de error de derecho y de error de hecho cometidos por el sentenciador

Dice el censor que el art. 697 del C. J. al preceptuar que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba, lo que le impone al juzgador la obligación de aceptarla como tal, para efectos de condena o absolución, cuando la prueba testimonial es admisible legalmente". Pero que, en su sentir, la aludida disposición legal fue quebrantada por apreciación errónea, de hecho y de derecho, respecto de los testimonios de Gregorio Reyes y Eufrosina de Reyes, los que son "tan claros, tan explicativos, tan concordes de modo, tiempo y lugar, que retratan diáfanamente el comportamiento social y moral del demandado. Ignorar qué dicen esos testigos es error de hecho, pero más, es ignorar la lengua, el idioma con que el Tribunal debe administrar justicia". Un traductor le habría explicado a aquel "que se trataba de que Medardo Rojas Morales el demandado, abandonó a su mujer para vivir maritalmente con otra mujer de nombre Abigail Romero viuda de Hernández y que los testigos decían eso, por haber sido padrinos de dicho matrimonio y conocer a los cónyuges desde hace más de 30 años". Tales testimonios no habrían incurrido en contradicción al decir los testigos que ignoraban si el demandado le suministraba o no dinero a su cónyuge, porque el incumplimiento de esta obligación marital no equivale al que consiste en el amancebamiento.

Estando, según el censor, plenamente probado el amancebamiento de Rojas, mediante dos testimonios contestes, como serían los antes comentados, el Tribunal debió decretar la separación de bienes impetrada en la demanda, y, al no hacerlo, violó directamente el art. 697 del C. J. y el 20. de la Ley 8a. de 1922, en concordancia con el numeral 20. del art. 154 del C. C.

Consideraciones de la Corte:

- I. La impugnación así resumida ofrece oportunidad para insistir una vez más en la indispensable observancia de la preceptiva técnica del recurso de casación, la que condiciona inexorablemente el éxito del mismo.
- II. Bien repetido lo tiene la doctrina que este recurso no es una tercerá instancia de los juicios en que está autorizado, en la cual la Corte hubiera de revisar de nuevo todas las cuestiones jurídicas y fácticas antes debatidas en aquellos, sino que, como extraordinario que es, tal recurso solamente tiene por objeto corregir los yerros in judicando determinantes de violación de las leyes sustanciales, si que también ciertos errores graves in procedendo cometidos en la secuela procesal o en el propio fallo recurrible en casación.
- III. Agrégase a lo dicho que, como también lo tiene enseñado la doctrina, los principios acusatorios y de dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil, privan de modo absoluto en casación. La respectiva demanda es la pauta que señala el derrotero que ha de seguir la Corte, y que limita y circunscribe su capacidad decisoria hasta el punto de no poder ésta pronunciarse sobre aspectos no contemplados en el recurso, como tampoco corregir los vicios de técnica cometidos en su formulación y que lo hagan inepto.

IV. De otro lado, en nuestro sistema la Corte cumple su principalísima misión de asegurar la recta inteligencia y la debida aplicación de las leyes sustanciales a través de la causal primera de casación, la que puede ser invocada por la vía directa o por la indirecta. Dícese que la vía es directa cuando el censor concuerda con la apreciación que el sentenciador ha hecho de la situación fáctica sub lite; pero aquel considera que éste no ha aplicado las normas sus-

tanciales que la gobiernan, o que ha hecho actuar las que le son impertinentes, o que ha interpretado erróneamente tales normas. Dícese que la vía es indirecta cuando el censor le imputa al fallo acusado quebranto legal por haber adulterado la situación fáctica que ofrecen los autos, a consecuencia de error en la valoración probatoria o de manifiesto error de hecho en cuanto a la presencia objetiva de los medios que configuran esa situación.

V. Infiérese de esta distinción que la vía indirecta en la órbita de la causal primera de casación solamente procede cuando el denunciado quebranto de preceptos sustanciales estriba en la falta de aplicación de éstos o en su aplicación indebida: mas no así cuando la infracción se hace consistir en interpretación errónea de los mismos, vicio este que únicamente puede ser acusado por la vía directa. Obvia es la razón: interpretar la ley es desentrañar su verdadero sentido y alcance, los que no varían al compás de las situaciones concretas respecto de las cuales el sentenciador ha de determinar su aplicabilidad o su inaplicabilidad. Frente al precepto o conjunto de preceptos legales (proposición jurídica), el intérprete realiza en primer término un razonamiento abstracto, válido o inválido cualquiera que sea el caso concreto que se tenga entre manos. Si este juicio abstracto corresponde al verdadero sentido y alcance de dichos preceptos, el fallador los interpreta acertadamente; pero, si el razonamiento falla, por contrariar los dictados de la lógica y de la hermenéutica jurídica, la interpretación es desacertada y la ley resulta quebrantada. Con otras palabras: la ley es una y la verdad que implica es independiente de los hechos a que pueda aplicarse o no y, por tanto, lo es también respecto de los errores que se puedan cometer en la apreciación de esos hechos `concretos.

VI. Enunciado está que la vía indirecta en la causal primera de casación tiene cabida, tanto cuando el sentenciador incurre en quebranto legal a consecuencia de errores de derecho, como también cuando yerra de hecho en la apreciación de determinada prueba. Pero, estas dos clases de errores son fundamentalmente diversos e irreductibles entre sí; de donde la disciplina técnica del recurso se opone en principio a que puedan ser confundidos y alegados simultáneamente en un mismo cargo y respecto de un mismo medio. El error de derecho se configura cuando el sentenciador admite pruebas no incluídas en la tarifa legal, o que no se han

aducido al proceso en su oportunidad, o cuando les asigna mérito probatorio que legalmente no alcanzan o desconoce el que sí les corresponde. El error de hecho mira a la presencia objetiva del medio y se ofrece cuando el sentenciador supone el que no existe en los autos, o cuando ignora el que sí existe, hipótesis éstas que abarcan la adulteración de la prueba porque se le agregue algo que no está en ella (suposición), o porque se le cercene parte de su real contenido (preterición). Trátase, pues, de dos figuras diversas e inconfundibles en la disciplinalógica del recurso extraordinario.

VII. Así entendido el error de hecho como el que toca con la objetividad misma de los medios probatorios, conclúvese que en punto del testimonio, como también lo tiene declarado la Corte, las cuestiones relativas a la univocidad o contradicción que se ofrezca en el contenido de una declaración; a la responsividad del testigo, la que depende de la espontaneidad y de las razones en que funde su dicho; a la credibilidad que haya de prestársele según las reglas de la sana crítica: a la concordancia entre dos o más testimonios en cuanto a los hechos que relatan y a sus circunstancias de modo. tiempo y lugar, etc. son cuestiones de hecho, y que, por tanto, los desaciertos del sentenciador respecto de las mismas deben ser acusados como errores de hecho y no de derecho. Además, lo dicho también está indicando que el recurrente tiene que demostrar la evidencia de dichos errores y no limitarse, como se suele hacer, a exponer su personal criterio de apreciación diferente al del sentenciador. Este último goza de autonomía discrecional para apreciar la objetividad de las pruebas y su criterio es intangible en casación, mientras no se demuestre que ha incurrido en contraevidencia, en "manifiesto error de hecho", según las voces de la propia lev.

VIII. En el presente recurso, el impugnante situándose en la causal primera de casación, elige la vía indirecta; pero incurre en el vicio de acumular en un solo cargo censuras por error de hecho y por error de derecho respecto de unas mismas pruebas: los testimonios de Gregorio Reyes y de Eufrosina de Reyes. En efecto, contraponiendo aquel su propio criterio al del sentenciador, quien desestima tales testimonios, según quedó dicho, por considerarlos contradictorios e irresponsivos, la censura los califica de claros, explícitos y concordantes en cuanto a los hechos y a sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Agrega que al no apreciarlos así, el fa-

llo habría ocurrido en manifiesto error de hecho en cuanto al amancebamiento imputado al demandado y en error de derecho consistente en negarles a esos testimonios el mérito que les asigna el art. 697 del C. J.

IX.- Usando de la amplitud que la Corte ha demostrado en casos similares, el cargo en examen se despacha por el aspecto prevalente en su motivación, que lo es el del error de hecho tocante con la univocidad de cada uno de los aludidos testimonios, con su responsividad, y con la concordancia entre los mismos en cuanto a los hechos que narran y sus circunstancias.

El censor trancribe los pasos de los testimonios que considera erróneamente apreciados: "Dice el testigo Gregorio Reves: 'conozco a Medardo Rojas y María Soledad Cagüeñas desde hace más de 30 años, y por ello me consta que son casados por los ritos de la Iglesia Católica, pues soy su padrino de matrimonio. Igualmente me consta que abandonó a su esposa y vive con la señora Abigail Romero vda. de Hernández en amancebamiento desde antes y después del matrimonio'. Y la testigo señora doña Eufrosina de Reyes a su vez dice: 'sí señor, conozco a Soledad Cagüeñas y a Medardo Rojas y es verdad y me consta que son casados por los ritos católicos, pues yo fui su madrina de matrimonio. Igualmente es verdad que don Medardo abandonó a su esposa y vive en público amancebamiento con Abigail Romero vda. de Hernández'".

X.- Como bien lo califica el Tribunal, el amancebamiento consiste en las relaciones sexuales permanentes o estables entre dos personas que no son casadas entre sí. Constituye, pues una situación social más o menos durable, que puede desarrollarse o no en forma concubinaria o de cohabitación de los mancebos. Por tanto, dicha situación, de ser alegada en juicio, debe acreditarse: si no necesariamente con la prueba directa de los actos sexuales repetidos, la que de suyo es casi imposible, sí con la de los hechos concretos y continuados que permitan presumir el amancebamiento, tales como la comunidad de vivienda o las frecuentes visitas entre los mancebos, la asistencia económica prestada por el varón a la barragana, el tratamiento personal que aquel le dé a ésta en público o en círculos privados, etc. Tales hechos u otros similares y las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los mismos, expuestos por testigos, son los que permiten al juzgador apreciar si el alegado amancebamiento entre dos personas realmente existe o no. Pero si dichos testigos se li-

mitan, (como en el caso de autos) a exponer escuetamente su personal concepto, huérfano de detalles que lo justifiquen y de las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los mismos, sus declaraciones no son responsivas. Visto está que Gregorio Reyes y Eufrosina de Reyes solo dan como razón de su dicho respecto del amancebamiento de Medardo Rojas con Abigail Romero de Hernández, la circunstancia de conocer ellos al nombrado Rojas y a su esposa durante varios años y el haber sido los padrinos de matrimonio de los mismos, razón esta que obviamente es inepta para establecer el presunto amancebamiento del marido con mujer distinta. Por tanto, no incurrió el Tribunal en contraevidencia al calificar de irresponsivos los precitados testimonios, como tampoco al observar la contradicción en que incurriera Gregorio Reyes al afirmar en su exposición extrajuicio el abandono económico de Rojas a su esposa, retractándose de este aserto en la ratificación de aquella. De suerte que la censura falla por su base.

XI. Pero es más: el recurso estaba ab initio condenado al fracaso, por haber empleado la vía indirecta para impugnar el fallo con la acusación de ser éste violatorio de los arts. 154 del C. C. y 2o. de la Ley 8a. de 1922, por interpretación errónea de los mismos. En efecto: todos los esfuerzos del censor se enderezan a descalificar la apreciación que el Tribunal hiciera de los dos testimonios anteriormente comentados. Pero, se abstiene de demostrar el yerro hermenéutico en que hubiera incurrido dicho sentenciador al declarar que los textos en cita consagran las causales de divorcio y de separación definitiva de bienes entre cónyuges, estableciendo diferencias respecto de los mismos, pues, al paso que solamente exige para tales efectos el adulterio de la mujer, en cuanto al varón requieren su amancebamiento, interpretación ésta que es manifiestamente acertada.

El cargo no prospera.

RESOLUCION

En mérito de las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio con fecha 8 de septiembre de 1966 en el juicio especial de María Soledad Cagüeñas contra Medardo Rojas Morales.

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

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

Entre líneas "aplicabilidad o" vale.

Guillermo Ospina Fernández, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Eduardo Murcia Pulido, Secretario.

SALA PENAL

Extractos elaborados por el Doctor JOSE SARMIENTO MANTILLA, Relator Judicial, de la Sala de Casación Penal.

DEFENSORES

La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública; precisa una actuación dinámica y falta a sus deberes quien la incumple, debiendo investigarse su conducta disciplinariamente.

La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad en que éste debe estar de conocer oportunamente la; imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado "de la personalidad del imputado".

Como la defensa en juició criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el incriminado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el procesado o en defecto designado de oficio por el Juez cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho penal sustancial. Esa es la razón de ser de los arts. 107 y 108 del C. de P.P., normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerida como indispensable para mantener un razozonable equilibrio con la función de acusación y en quarda de los derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corre haya juzaado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad supralegal o constitucional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el art. 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, a procurar que la ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculpado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención en el aporte de los elementos de convicción para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a "oponerse con

medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculpado".

. El defensor que no cumpla esa actuación dinámica, incumple sus deberes legales y su conducta debe ser investigada disciplinariamente, por el Tribunal respectivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta No. 14)

VISTOS

Agotada la tramitación legal correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Julio César Ortiz contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 24 de octubre del año próximo pasado, por medio de la cual fue condenado aquel en segunda instancia, por los delitos de robo y lesiones personales, a la pena principal de diez años y seis meses de presidio, a la accesoría de relegación a colonia agrícola penal por cinco años y a las demás sanciones que apareja toda pena de presidio.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Los hechos que constituyen el objeto del proceso fueron relatados en el fallo impugnado, con sujeción a las constancias del expediente, de la siguiente manera:

"En las primeras horas de la noche del veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y
siete se presentaron tres individuos en la casatienda de Evangelista Sánchez Flórez situada en la calle 31 número 17-96 (de Bucaramanga), donde se dedicaron a ingerir cerveza. Después de las nueve de la noche el dueño del establecimiento, señor Sánchez Flórez, requirió
a los tres contertulios para que salieran de la
tienda porque iba a cerrar y en el acto uno de los
tres sujetos desconocidos se aprestó a arreglar la cuenta de la cerveza consumida que ascendía a diez y ocho pesos, pero como solamente le entregaba a Sánchez quince pesos, al hacer el reclamo por el saldo el mismo individuo,

quien posteriormente resultó ser Julio César Ortiz, agarró a Sánchez por el cuello, entre tanto que otro procedió rápidamente a cerrar la puerta del establecimiento; al mismo tiempo entre todos lo ataron con una cuerda, le sellaron la boca con una cinta de esparadrapo. le vendaron los ojos, y una vez inmovilizado por completo, el primero o sea Ortiz ordenó a los demás que lo acuchillaran, orden que acataron hiriéndolo en los brazos. En esos momentos pretendió intervenir la habitua, compañera de Sánchez, llamada Angela Roa, pero fue golpeada brutalmente en la cara privándola del conocimiento. A continuación procedieron los tres sujetos a requisar la tienda, de las cual se sustraieron novecientos pesos en dinero efectivo, un revólver y unas joyas, dejando a sus moradores lesionados e imposibilitados para pedir auxilios. En esos momentos, cuando va contaban los delincuentes con el completo éxito de sus maniobras violentas, se presentó la policía, pero debido a falta de técnica y actividad, solo logró la captura de dos de los asaltantes que fueron Julio César Ortiz y Ernesto Avila. Como este último resultó ser menor de diez v ocho años pasó al señor Juez de Menores por ser el competente".

A consecuencia de las lesiones los ofendidos sufrieron incapacidades de siete y diez días, respectivamente, sin más consecuencias.

El Juzgado Séptimo Penal de Bucaramanga inició al día siguiente la investigación, la que declaró cerrada por auto de 23 de enero de 1967, y calificó el mérito del sumario llamando a responder en juicio al sindicado Julio César Ortiz, por los delitos de robo y lesiones personales, en providencia calendada el 23 de febrero de 1968, que no fue recurrida.

Rituado el juicio se celebró audiencia pública el 26 de marzo del año últimamente citado, y se puso fin a la instancia con sentencia dictada el 30 del mismo mes, en la que se impuso al acusado la pena de nueve años y nueve meses de presidio, como principal, y se le condenó, además, a relegación a colonia agrícola penal por cinco años y a las sanciones accesorias de rigor.

Ese fallo fue confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga, con reforma en cuanto elevó la pena principal a diez años y seis meses de presidio, en la sentencia que es materia del presente recurso extraordinario.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La demanda de casación fue presentada por medio de apoderado especial, en tiempo y con los requisitos de forma indispensables para su admisión, razones por las cuales se aceptó. En ella invoca el actor la causal 4a. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad, de carácter constitucional, por violación del art. 26 de la Carta, por falta de defensa del procesado.

El demandante sustenta el cargo manifestando que ninguna actividad procesal de defensa se ejercitó por los procuradores judiciales del inculpado Julio César Ortiz, como que el apoderado no hizo otra cosa que asistir a aquel en la indagatoria y oír notificaciones de las providencias, y el defensor limitó su actuación en el juicio a la firma de algunas notificaciones, pues no interpuso ningún recurso, ni demandó la práctica de ninguna prueba tendiente a mejorar la situación jurídica de su defendido, ni concurrió a la audiencia pública, ni presentó ningún alegato en favor del sindicado, ni abogó en forma alguna por su suerte, por lo cual fue solo un "convidado de piedra" a través de toda la causa.

Expresa el actor que por los motivos anotados resultaron violadas las normas de los arts. 107 y 108 del C. de P.P. y la garantía consagrada en el art. 26 de la Constitución Nacional. Cita la doctrina de la Corte relacionada con la nulidad que alega, y concluye con la petición de que se invalide la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y se ordene la reposición de lo actuado "para que el nuevo juzgamiento se acomode a los canales de la juridicidad y se cumpla con lo dispuesto en el art. 26 de la Carta Fundamental".

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien se corrió traslado de la demanda, conceptúa que "el recurso debe prosperar con fundamento en el motivo cuarto de casación invocado", y que se debe en consecuencia casar la sentencia acusada, a fin de que se reponga la actuación a partir de la notificación del auto de proceder, pues está demostrado que al procesado Julio César Ortiz se le vulneró el derecho de defensa expresamente previsto en la Constitución y en la ley, ya que es evidente que aquel careció de adecuada defensa "porque el doctor Alfredo Gamboa García, nombrado por el Juzgado Penal Municipal y posesionado del

cargo, se notificó de las providencias pero se abstuvo de cumplir con el deber profesional a él impuesto. No concurrió a la audiencia pública (fl. 99), no presentó memoriales, dio su consentimiento tácito al fallo de primer grado (fl. 109) que el propio sindicado recurrió y en la segunda instancia observó también absoluto silencio, no obstante que, en opinión del Ministerio Público, al acusado se impuso una severísima pena...", y la jurisprudencia de la Corte y el Ministerio Público "han reconocido como violación al precepto contenido en el art. 26 de la Constitución Nacional la ausencia de la defensa formal a que tiene derecho el procesado para ser representado técnica y eficazmente por un abogado en la etapa del juicio penal frente a los cargos que el juez le formula en el auto de proceder, y ha declarado la nulidad del juicio, por este aspecto, en atención a la inobservancia de la plenitud de las formas previstas expresamente en la ley".

SECONSIDERA

I.- La garantía del derecho de defensa del procesado, que comprende la posibilidad en que éste debe estar de conocer oportunamente la imputación penal y sus pruebas, de rebatirlas, de contraprobar y de reclamar la efectividad de los derechos que la ley de procedimiento le reconoce en el desarrollo del juzgamiento, corresponde a uno de los principios rectores y básicos del proceso penal, cual es el denominado "de la personalidad del imputado".

II.- Como la defensa en juicio criminal requiere de conocimientos jurídicos, la ley exige que el incriminado sea auxiliado en todo caso por un abogado —elegido por el procesado o en defecto designado de oficio por el juez cuya intervención efectiva en pro de la causa del acusado se estima necesaria para la legitimidad del procedimiento y para la correcta aplicación del derecho penal sustancial. Esa es la razón de ser de los arts. 107 y 108 del C. de P. P., normas que hacen obligatorio el cargo de apoderado o defensor y que imponen a éstos el deber de aceptar y desempeñar el encargo, asistiendo y representando al sindicado en los actos del proceso.

III.- La función de defensa que el abogado realiza en el proceso penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerida como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación y en guarda de los derechos e intereses del procesa-

do. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado, por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a servirla, como lesiva de un derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad supralegal o constitúcional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que el art. 26 de la Carta consagra está el derecho del procesado a demostrar su inocencia, a explicar su conducta, a procurar que la ley penal se le aplique en la medida de lo justo.

IV.- La defensa en el proceso penal no se realiza por el mero hecho de oír notificaciones de las resoluciones judiciales, actitud esa pasiva e insustancial por sí sola para la suerte del inculpado. La representación judicial precisa una actuación dinámica, una verdadera asistencia jurídica del procesado, que se manifiesta en la solicitud de pruebas desgravatorias, en la intervención en el aporte de los elementos de convicción para controlar su autenticidad y legalidad, en la crítica del caudal probatorio, en la interposición de recursos y en alegaciones dirigidas a "oponerse con medios jurídicamente admisibles a las molestias procesales y a las resoluciones injustificadas sobre el fondo, a los efectos legales y desfavorables al inculpado".

V.- En el caso presente aparece claramente demostrado que el defensor del procesado Julio César Ortiz, doctor Alfredo Gamboa García, nombrado de oficio por el juzgado de la instancia y posesionado legalmente del cargo, suscribió algunas notificaciones, pero no abogó en forma alguna por su representado, como que no interpuso en el curso del juicio ningún recurso, ni pidió la práctica de ninguna prueba, ni concurrió a la audiencia, ni presentó alega-

ción de ninguna clase en favor del acusado, todo lo cual se puede verificar con la vista del expediente. Es claro entonces, como lo advierte el Ministerio Público, que ese abogado incumplió sus deberes legales, al extremo de que su conducta debe ser investigada disciplinariamente por el Tribunal, y que el acusado no tuvo en realidad defensa, razón por la cual prospera el cargo formulado en la demanda de casación contra la sentencia recurrida.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CA-SA la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha 24 de octubre del año próximo pasado, mencionada en la parte motiva, y ordena devolver el proceso, por conducto de aquella Corporación, al Juzgado de origen, para que se reponga la actuación a partir de la notificación del auto de proceder.

El Tribunal tendrá en cuenta la solicitud que fundadamente hace el Procurador de que se investigue por la vía de juicios sumarios la conducta de los doctores Carlos Alberto Zuluaga y Alfredo Gamboa García, por faltas a la ética profesional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V. Secretario.

EXTRADICION

Garantiza la defensa social a través del principio de la solidaridad internacional. La nacionalidad de la persona cuya extradición se solicita, ha de aparecer comprobada con certeza.

- 1. Como lo ha recordado la Corte en distintas oportunidades, recogiendo el criterio prevaleciente entre los doctrinantes sobre el particular, la extradición es un acto de Derecho Internacional en virtud del cual un Estado hace entrega a otro de una persona que ha cometido un delito dentro del ámbito jurisdiccional del Estado requirente. Se trata, en esencia, de garantizar la defensa social a través del principio de la solidaridad internacional. La extradición, por tanto, está preferentemente gobernada por normas consagradas en los tratados públicos y, en su defecto, por las leyes penales internas, de carácter sustantivo o procedimental. Tal es el criterio en que se inspira el art. 90 del C.P. Col.
- 2. Conforme al art. 8o. de la C. N. son colombianos por nacimiento los que se hallen comprendidos dentro de alguna de estas hipótesis: "a). Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República. b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República".

Como se ve, entre los varios medios para determinar la nacionalidad por nacimiento, la Carta adopta los sistemas del jus sanguinis y del jus soli, "combinándolos en algunos casos con el jus domicilii".

Podría argüirse, frente a los textos constitucionales transcritos, que existiendo, como existen, en el informativo datos acerca de la nacionatidad venezolana de la madre de María Elena García, para demostrar que ésta es colombiana por nacimiento, no basta la prueba de que nació en Colombia, sino que, además, se halle domiciliada en la República. El argumento sería más aparente que real, porque existen en estas diligencias numerosos elementos de juicio de los cuales se desprende que la
señora García reside en Cúcuta, como lo acepta la misma sentencia, ya citada, de la Corte
Suprema de Justicia de Venezuela, y no debe
olvidarse que conforme al art. 84 del C. C., "la
mera residencia hará las veces de domicilio
civil respecto de las personas que no tuvieron
domicilio civil en otra parte".

Las pruebas presentadas por la inculpada y de las cuales se hizo anterior mención plantean serios motivos de duda con respecto a su verdadera nacionalidad. Los documentos sobre su estado civil, conforme a los cuales nació en territorio colombiano, no han sido redargüidos de falsos, y la Corte no encuentra causa legal para desestimarlos.

De otra parte, el hecho de que la procesada María Elena García ya fue juzgada como "natural de Cúcuta, nacida el 7 de febrero de 1925", según providencia del juzgado Promiscuo del Circuito de Cúcuta datada el 3 de enero postrero, tiende a corroborar la afirmación de aquella mujer de que es colombiana, circunstancia ésta que impide al Gobierno de este país su extradición, de acuerdo con los tratados públicos y el derecho nacional.

Por las razones anotadas, mientras subsista la incertidumbre acerca de la nacionalidad de la acusada García, que podrá ser eliminada por el Gobierno de Venezuela con el aporte de elementos de convicción persuasivos, la Corte está inhibida para conceptuar favorablemente a la petición de extradición de que se viene tratando.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril quince de mil novecientos sesenta y nueve

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: abril 11 / 69. - Acta No. 15).

VISTOS

Con el objeto de obtener el concepto de que tratan los arts. 90. del C. P. y 710 de la Ley 94 de 1938, el Ministerio de Justicia ha enviado a la Corte, con sus antecedentes, la solicitud de extradición de la "ciudadana venezolana María Elena García", formulada por la Embajada de la República de Venezuela, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, mediante nota diplomática número Mc-948 del 3 de septiembre de 1968,

La referida petición se apoya en los siguientes presupuestos:

"El Juzgado de Instancia en lo Criminal confirmó el auto de detención dictado contra María Elena García por el instructor.

"El delito imputado a la procesada esta debidamente previsto en la legislación penal venezolana, cuyos textos autenticados transcribe la decisión de la Corte Suprema.

"El delito fue cometido en el país requirente y amerita extradición de conformidad con el Acuerdo Bolivariano que sobre esta materia fue signado en Caracas el 18 de julio de 1911, por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, debidamente aprobado por el Congreso venezolano y finalmente ratificado por el Ejecutivo Federal.

"El delito de homicidio preterintencional imputado a la enjuiciada está comprendido en el ord. 20. del art. 20. del Acuerdo sobre Extradición ya citado y previsto en los arts. 412 y 418 del C. P. Venezolano.

"En la extradición solicitada las penas que correspondan al delito imputado exceden de seis meses de privación de libertad; no está prescrita la pena ni la acción penal; y, los hechos en que se fundan no constituyen delitos políticos ni tienen conexidad con ellos.

"La Corte de Justicia de Venezuela ha formulado declaración expresa de que la reo será procesada únicamente por los delitos que han motivado la extradición.

"Las disposiciones penales aplicables aparecen citadas fiel y textualmente de sus códigos y su autenticidad y vigencia han sido legalizadas sucesivamente.

"Hay constancia en autos que la encausada se encuentra en esta República, así como también informes recientes de la Interpol, contenidos en el Oficio 005566, de fecha 6 de septiembre, señalando que se encuentra detenida preventivamente en Cúcuta".

En desarrollo del trámite previsto por los arts. 15 del Decreto-Ley número 2.200 de 1938 y 395 del C J., de la solicitud de extradición se dio traslado a María Elena García, quien al contestarla, afirma: "No es verdad que soy de nacionalidad venezolana. Soy colombiana, como lo compruebo con la partida de registro civil de nacimiento expedida por la Notaría Segunda del Circuito de esta ciudad —Cúcuta, aclara la Corte— y la partida de bautismo expedida por la Iglesia Catedral de San José de Cúcuta". Los referidos documentos tienen, en su orden, el siguiente tenor:

El suscrito Notario Segundo Principal del Circuito de Cúcuta, certifica: Que en el libro de Registro Civil de nacimientos correspondiente al año de 1968 fl. No. 15 se halla la siguiente partida.

"María Elena García. En la República de Colombia. Departamento de Norte de Santander. Municipio de Cúcuta a diez y nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho se presentó María Susana García mayor de edad, de nacionalidad venezolana domiciliada en Cúcuta v declaró que el siete de febrero de mil novecientos veinticinco nació en Puente Barco del Municipio de Cúcuta República de Colombia un niño de sexo femenino a quien se le ha dado el nombre de María Elena hija natural de María Susana García de diez y nueve años de edad, natural de San Antonio, República de Venezuela, de profesión Hogar siendo abuelos maternos Natalia García. En fe de lo cual se firma la presente acta. El declarante (Fdo.) Por éste que no sabe firmar hay huella digital y cédulas lo hace a ruego Juio (sic) Carrillo C. No. 1570073. Los testigos. (Fdo.) Víctor J. Gómez C. No. 1918125 de Cúcuta. (Fdo.) Eugenio Sandoval C. No. 5393849 de Cúcuta. Firma del Notario (Fdo.) Luis Corzo Ramírez.'. "Es fiel copia tomada de su original, expedida en Cúcuta a diez y nueve de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho. El Notario Segundo Principal, Luis Corzo Martínez".

"El suscrito Párroco de San José de Cúcuta certifica que en el libro de bautismos 48, fl. 10, número 19, se encuentra una partida que a la letra dice: 'En la parroquia de San José de Cúcuta, a quince de mayo de mil novecientos veinticinco el párroco bautizó a María Elena, nacida el siete de febrero de mil novecientos veinticinco. Padres: María Susana García. Abuela Natalia García. Madrina Carmen Sofía Sánchez. Inscrita por Decreto del Provisor de Cúcuta del 13 de sep-

tiembre de 1968. Doy fe. Daniel Jordán. Pbro. Expedida en Cúcuta el 17 de septiembre de 1968. Daniel Jordán".

A la contestación del traslado acompañó también la señora García copia auténtica, expedida por el Secretario del Juzgado Promiscuo del Circuito de Cúcuta, de la providencia de fecha 3 de enero del año en curso, calificatoria de un sumario adelantado contra la referida señora y otra, providencia en cuya parte resolutiva se dispuso, entre otras cosas, "sobreseer definitivamente en favor de María Elena García, de anotaciones personales y civiles conocidas en autos, de los cargos que dieron origen a esta investigación del delito de falsedad en documentos, que define v sanciona el C. P. en su Libro 20. Título 60. Capítulo 30. por inexistencia del delito". Anotaciones personales y civiles que la parte considerativa delproveído en cuestión consigna en los siguientes términos: "María Elena García, es hija de María Susana García, y Francisco Fiallo, natural de Cúcuta, nacida el 7 de febrero de 1925, soltera, de profesión oficios domésticos, sabe leer y escribir, es madre de varios menores, actualmente hace vida marital con Luis Ernesto Carrillo, y se vinculó a este expediente en razón al diligenciamiento adelantado por el D.A.S. y reside en este Municipio en el Barrio de la Victoria".

Se considera:

1. Como lo ha recordado la Corte en distintas oportunidades, recogiendo el criterio prevaleciente entre los doctrinantes sobre el particular, la extradición es un acto de Derecho Internacional en virtud del cual un Estado hace entrega a otro de una persona que ha cometido un delito dentro del ámbito jurisdiccional del Estado requirente. Se trata, en esencia, de garantizar la defensa social a través del principio de la solidaridad internacional. La extradición, por tanto, está preferentemente gobernada por normas consagradas en los tratados públicos y, en su defecto, por las leyes penales internas, de carácter sustantivo o procedimental. Tal es el criterio en que se inspira el art. 90. del C. P. Col.:

"Artículo 90.- La extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos.

"A falta de tratados públicos, el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el C. P. P., y previo dictamen de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

"No se concederá la extradición de colombia-

nos ni la de delincuentes político-sociales".

- 2. Con el objeto de dar cumplimiento al Acuerdo sobre Extradición suscrito en Caracas el 18 de julio de 1911 por los Plenipotenciarios de Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela, aprobado por el Congreso colombiano mediante la ley 26 de 1913 (octubre 8), la Embajada de Venezuela en Bogotá ha acreditado los siguientes extremos:
- a) Que los delitos de los cuales se sindica a María Elena García —homicidio preterintencional y lesiones personales— están previstos y sancionados por los arts. 412 y 418 del C. P. venezolano, cuyos textos, en su orden, son los siguientes:

"Artículo 412.- El que con actos dirigidos a ocasionar una lesión personal, causare la muerte de alguno, será castigado con presidio de seis a ocho años, en el caso del art. 407; de ocho a doce años en el caso del art. 408; y de siete a diez años en el caso del art. 409.

"Si la muerte no habría sobrevenido sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpable, o de causas imprevistas e independientes de su hecho, la pena será la de presidio de cuatro a seis años, en el caso del art. 407; de seis a nueve años, en el caso del art. 408; y de cinco a siete, en el caso del art. 409".

"Artículo 418.- Si el delito previsto en el art. 415 hubiere acarreado a la persona ofendida, enfermedad que sólo necesita asistencia médica por menos de diez días o sólo la hubiere incapacitado por igual tiempo para dedicarse a sus negocios ordinarios, u ocupaciones habituales, la pena será de arresto de tres a seis meses".

- b) Que con fecha 27 de septiembre de 1965 el Juzgado Quinto de Instrucción del Departamento Libertador, de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Venezuela, profirió auto de detención contra María Elena García, por los delitos de homicidio preterintencional y lesiones personales, de los cuales resultaron víctimas el menor Teófilo Antonio Alvarez y la madre de éste, Mercedes Carrillo de Alvarez, respectivamente, conforme a hechos ocurridos el 24 de febrero de 1965, dentro de la jurisdicción del referido Juzgado.
- c) Que mediante providencia del 21 de mayo de 1968, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela acordó "Que debe solicitarse del Gobierno de la República de Colombia la extradición de la indiciada María Elena García, Venezolana, mayor de edad

sin Cédula de Identidad, y actualmente residenciada en Cúcuta, República de Colombia", Resolución en cuya parte motiva aparecen, a manera de síntesis, las siguientes conclusiones:

"Primero: Que según las disposiciones del Tratado de Extradición suscrito entre Venezuela y Colombia, María Elena García, quien se encuentra actualmente en la ciudad de Cúcuta, República de Colombia, es sujeto de extradición activa y por tanto debe procederse a realizar los trámites legales necesarios para obtener de dicho Gobierno de Colombia la extradición de la expresada ciudadana.

"Segundo: Que el delito que la motiva es de tipo común, castigado por los arts. 412 y 418 del C. P. de Venezuela con pena de presidio, delito que evidentemente no está prescrito.

"Tercero: Que conforme al mencionado Tratado de Extradición la solicitada sólo será procesada por el delito de homicidio preterintencional y lesiones, y en ningún caso por los delitos de naturaleza política.

"Cuarto: Que es procedente remitir al Ejecutivo Nacional, y así se ordena, a los fines de la tramitación de la solicitud de extradición de la indiciada María Elena García, los recaudos pertinentes que cursan en el expediente y que contienen indicios racionales de la culpabilidad del procesado. Las correspondientes disposiciones del C. P. y del Código de Enjuiciamiento Criminal de Venezuela aplicables al hecho delictuoso que se imputa a la encausada, han quedado debidamente transcritas en el texto de esta sentencia, cuya autenticidad y vigencia certifica la Corte a los efectos determinados en el art. 80. del Tratado de Extradición mencionado".

- 3. En efecto, el primero de los delitos que se atribuyen a María Elena García —homicidio ultraintencional— es de aquellos respecto de los cuales, conforme al artículo II del Acuerdo Bolivariano en cita, puede concederse extradición. No se trata, por otra parte, de "un delito político o hecho conexo con él". Tampoco se halla contemplado el caso en ninguna de las prohibiciones establecidas en el art. V del mismo. Y la solicitud formulada por la Embajada de Venezuela consulta los requisitos exigidos por los arts. VI y VIII ibídem.
- 4. Sin embargo, no se ha comprobado la nacionalidad venezolana de María Elena García. Y se recordará que ésta ha alegado la calidad de nacional colombiana por nacimiento, y para demostrarla acompañó las partidas que atrás se

transcribieron, originaria del Registro Civil la una, y de origen eclesiástico la otra. Aunque pudiera desestimarse el valor probatorio de la primera de dichas partidas, por no haberse producido con el lleno de los requisitos previstos por los arts. 7o. y 42 del Decr. 1.003 de 1939, reglamentario de la Ley 92 de 1938, sobre registro civil de las personas, es preciso considerar la segunda, que en el presente caso debe tenerse como prueba principal del estado civil por tratarse de una persona nacida antes de entrar a regir la ley que acaba de citarse. (Arts. 22 de la Ley 57 de 1887 y 18 de la Ley 92 de 1938).

5. Conforme al art. 80. de la Constitución Nacional son colombianos por nacimiento los que se hallen comprendidos dentro de alguna de estas hipótesis: "a) Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República. b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República".

Como se ve, entre los varios medios para determinar la nacionalidad por nacimiento, la Carta adopta los sistemas del jus sanguinis y del jus soli, "combinándolos en algunos casos con el jus domicilii".

Podría arguirse, frente a los textos constitucionales transcritos, que existiendo, como existen, en el informativo datos acerca de la nacionalidad venezolana de la madre de María Elena García, para demostrar que ésta es colombiana por nacimiento, no basta la prueba de que nació en Colombia, sino que, además, se halle domiciliada en la República. El argumento sería más aparente que real, porque existen en estas diligencias numerosos elementos de juicio de los cuales se desprende que la señora García reside en Cúcuta, como lo acepta la misma sentencia, ya citada, de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, v no debe olvidarse que conforme al art. 84 del C. C., "la mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieron domicilio civil en otra parte".

6. Las pruebas presentadas por la inculpada y de las cuales se hizo anterior mención plantean serios motivos de duda con respecto a su verdadera nacionalidad. Los documentos sobre su estado civil, conforme a los cuales nació en territorio colombiano, no han sido redarguidos de falsos, y la Corte no encuentra causa legal para desestimarlos.

De otra parte, el hecho de que la procesada María Elena García ya fue juzgada como "natural de Cúcuta, nacida el 7 de febrero de 1925", según providencia del juzgado Promiscuo del Circuito de Cúcuta datada el 3 de enero postrero, tiende a corroborar la afirmación de aquella mujer de que es colombiana, circunstancia ésta que impide al Gobierno de este país su extradición, de acuerdo con los tratados públicos y el derecho nacional.

Por las razones anotadas, mientras subsista la incertidumbre acerca de la nacionalidad de la acusada García, que podrá ser eliminada por el Gobierno de Venezuela con el aporte de elementos de convicción persuasivos, la Corte está inhibida para conceptuar favorablemente a la petición de extradición de que se viene tratando.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la facultad que le confiere el art. 710 del C. de P. P., emite concepto desfavorable sobre la solicitud de extradición de la señora María Elena García, formulada por la Embajada de la República de Venezuela al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO MATERIAL DE DELITOS

Técnica de casación. El art. 36 del C.P., no puede ser violado sino en forma indirecta, a través de otro precepto que es preciso indicar en la demanda de casación. En el concurso material de delitos, por mandato del art. 10. del Dcr. 2525 de 1963, la pena se impone sin sujeción a los límites máximos señalados por el art. 45 del C.P., en concordancia con el 33 de la misma obra.

1. El art. 36 del C. P., dados sus específicos alcances, circunscritos a señalar los factores, referidos a la gravedad del delito, a sus modalidades, a las motivos determinantes, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que concurran respecto al delincuante y a la personalidad del mismo, que deben ser atendidos para determinar la pena en cada caso concreto y aplicarla dentro de los límites que estabeza la norma legal que haya sido infringida, no puede ser violado sino en forma indirecto, a través de otro precepto, al cual, de acuerdo con la técnica del recurso de casación, es preciso indicar, fijando el concepto de su violación y las razones que lo demuestren.

La pretendida violación del mencionado texto legal se aduce en la demanda al margen de las exigencias que, como propias, se dejan anotadas, presentando el reparo, como se desprende de su reseña atrás realizada, a manera de un simple enunciado, seguido de genéricas y variadas disquisiciones en torno a elementos de convicción relacionados con la conducta del procesado, encaminadas a sugerir que algunos fueron, dentro del fallo acusado, materia de "apreciación errónea" y, otros, de "failta de apreciación", y que aquello, sobre la base de "la idea preconcebida" de condenar al expresado sujeto, llevó a aplicarle "una sanción exagerada, exótica y absurda, no conocida antes en Colombia", pero sin entrar a precisar la norma o normas que, como consecuencia de la denunciada errónea y falta de apreciación de pruebas, pudieron directamente resultar violadas, lo que, como arriba se advirtió, era absolutamente indispensable, ni tampoco la forma como de modo indirecto vino a producirse el quebranto del citado art. 36 del C. P., llegándose, de esta suerte, a la obligada conclusión de que el cargo estuvo mai formulado y también mal fundamentado y de que, por lo tanto, en sí mismo debe ser desestimado.

2. Planteado el concurso material de los cuatro delitos a que se contrae el proceso, tanto en el auto de vocación a juicio como en la forma de interrogar al Jurado y, a su vez, reconocido ese mismo tipo de concurso en su veredicto, necesariamente tenía que aplicarse, en la sentencia acusada, el art. 33 del C. P., en concordancia con el art. 10. del Decr. 2525 de 1963, que eliminó "los límites máximos de las penas establecidas en el artículo 45 del expresado Código, punto este último, el del indispensable enlace de las dos normas anotadas, que parece no recordarse en el libelo de la acusación.

El inciso 10. del citado art. 33 del C. P. dispone que a quien haya de juzgarse, por razón de varios delitos cometidos separada o conjuntamente, en un mismo proceso, se le aplicará "la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", en fuerza, desde luego, de los otros delitos, sin que de esa prescripción pueda deducirse, como se pretende en la demanda, que para tal aumento solo tenga que recogerse el que, dentro de los varios delitos del concurso, se ofrexco como menor, prescindiéndose, a esos fines, de los que tengan igual gravedad a la del que se toma como punto de partida para la determinación de las sanciones que corresponden en el caso concreto, interpretación que, además de no encontrar asidero en los términos de aquella nor-. ma legal, vendría a quebrantar el inciso lo. del art. 27 de la ley 153 de 1887, el cual dispone que cuando el sentido de la ley sea claro, "no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos sesenta y nueve:

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: abril 18/69.- Acta No. 16).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Emilio Antonio Sánchez Londoño* contra la sentencia del 16 de octubre del año pasado, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro lo condenó, como responsable de los delitos de homicidio en Luis Castrillón, Zoila Calderón de Castrillón y Germán Zapata o Torres, así como del delito de robo, cometido en bienes de los dos primeros, a la pena de "Cuarenta años de presidio", relegación en colonia agrícola penal por el termino de "seis años" y las debidas accesorias, generadas en la especificada sanción principal.

HECHOS Y ACTUACION

Como a eso de las diez de la noche del 22 de marzo de 1967, se presentaron a la casa de los cónyuges Luis Castrillón, de "setenta y dos" años de edad, y Zoila Calderón de Castrillón, de "setenta y ocho" años, ubicada en la fracción rural de las "Dantas", dentro del Municipio de San Rafael, el citado Sánchez Londoño, yerno de ese matrimonio, y otro sujeto que, al parecer, fue Marco Tulio Velásquez Aguilar, eliminaron a disparos y machete a los indicados ancianos y al menor que vivía con ellos, de nombre Germán Zapata o Torres, y luego saquearon esa casa, llevándose cuanto encontraron apetecible.

El Juzgado Superior de Rionegro, fundado en los hechos narrados, a los que tomó como constitutivos de tres delitos de homicidio, consumados en circunstancias que les daban el rango de asesinato, y de un robo específicamente agravado, en auto del 10 de octubre del mismo año en que se llevaron a cabo, llamó a juicio a Sánchez Londoño y sobreseyó en forma temporal a Velásquez Aguilar, planteando más tarde al Jurado, respecto del primero, esos mismos delitos, el cual declaró la culpabilidad de aquél con relación a todos, ellos y de ese modo, acogiendo semejante determinación, mediante sentencia del 31 de julio del año pasado, impuso al referido sujeto "cuarenta anos de presidio", "seis años de relegación en colonia agrícola penal" y las penas accesorias, derivadas de la pena principal aplicada, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 16 de octubre.

LA DEMANDA DE CASACION

En ella el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ords. 40., 10. y 20. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

CAUSAL CUARTA

Al amparo de este motivo de impugnación se pretende que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", parecer para cuyo ensayo demostrativo se formulan estos reparos:

- a) Para la práctica de la autopsia en los cadáveres de las tres personas ultimadas se designó a los doctores Julio Ramiro Sanín y Hugo Palacio, sin que el último de los dos hubiera actuado, por cuya razón "firmó en su reemplazo la señorita Bárbara Blandón, quien no había sido nombrada ni posesionada" a esos fines, violándose de ese modo el art. 203 del C. de P. P, "que establece que las pruebas deben producirse legalmente".
- b) La recepción de las testificaciones de María Aurora Castrillón de Sánchez, Emilio Antonio Sánchez Londoño, quien antes de ser sometido a indagatoria expuso como simple testigo, Juan de la Cruz Usme Morales, Javier Sánchez Londoño, Adelfa Rosa Sánchez de Usme, Luis Eduardo Castrillón Morales, Tulia Rosa Castrillón de Morales y Luis Enrique Torres Castrillón aparejó la violación del art. 25 de la Constitución Nacional y del 227 del C. de P. P.
- c) Esa nulidad que, en sentir del impugnador, afectó el juicio que culminó en la sentencia acusada, emerge, además, según su demanda, de haberse dejado de "indagar la posibilidad de que el retardado mental que vivía con las víctimas y que no amaneció con sus cadáveres" hubiera sido el autor de los delitos; de no haberse tramitado "el recurso de reposición interpuesto" por el procesado contra el auto de proceder: de no haber certificado el Juzgado del conocimiento respecto de si las personas sorteadas como Jurado. señores Alvaro Correa Mejía, Jairo Castro Cardona y Lázaro Rendón Buitrago; "corresponden a las mismas" que en ese carácter intervinjeron en la audiencia y que aparecen firmando las respectivas actas; de ser aquella sentencia "con-

tradictoria en sus términos" al pretender "que el móvil" de los asesinatos "fue el robo" y, al mismo tiempo, "que fue la enemistad que existía entre el procesado y el occiso Luis Castrillón"; de no haber sido considerada la aplicación del art. 153 del C. de P. P., solicitada por el procesado, hecho que en sí mismo demuestra que la defensa "fue recortada en forma notoria"; y, por último, de no haberse indicado en el auto de proceder el Decr. 1358 de 1964, "como era de rigor legal", puesto que para esa época "el procedimiento que regía era el del citado decreto" y no el señalado "por el C. de P. P".

SE CONTESTA

I.- En el sumario los eventos de nulidad "son reducidos y excepcionales", circunscribiéndose, conforme a doctrina reiterada de la Corte, "a la incompetencia de jurisdicción" y "a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio".

II.- Los varios reparos del recurrente con respecto a la actuación procesal, formulados a modo de enunciados sin siguiera un principio de demostración, se contraen, según puede apreciarse a través de la reseña que de ellos se acaba de hacer, a la etapa del sumario, salvo los relativos a la supuesta no tramitación del recurso de reposición contra el auto de proceder y a la certificación del Juzgado en torno a si los Jurados que se sortearon fueron los mismos que intervinieron en la audiencia, los cuales, en fuerza de no plantear, en forma alguna, "incompetencia de jurisdicción" ni "ilegitimidad de personería", ninguno puede ser acogido como base que permita hablar de algunas de esas nulidades previstas en las normas legales reguladoras de semejante materia.

III.- Importa, sin embargo, observar, aunque ello pueda ser calificado de innecesario, que no se comprende, de qué manera puedan perder su carácter de prueba respecto de las causas que determinaron las muertes imputadas, las actas de las autopsias sólo, en realidad, porque en ellas aparezca la firma de la señorita Bárbara Blandón, persona que ayudó al médico, doctor Julio Ramiro Sanín, en la práctica de aquéllas.

IV.- Que tampoco es comprensible que con la simple recepción de los testimonios enumerados bajo el literal b) de la reseña de cargos se hubieran violado los arts. 25 de la Constitución Nacional y 227 del C. de P. P., teniendo en cuenta que esos preceptos lo que prohiben es que se

obligue "a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad" y no que se reciba testimonio a esas gentes que, dentro de un particular proceso, se encuentren en tales condiciones, debiendo advertirse, con relación a Sánchez Londoño, que a ese sujeto se le tomó declaración en calidad de testigo cuando todavía, en los comienzos de la investigación, se le tenía como absolutamente ajeno a los horrendos delitos materia de ella.

V.- Que es también inexplicable que el sólo hecho de haberse dejado de "indagar", como hubiera sido lo propio, según el parecer del recurrente, siguiendo, desde luego, el estímulo de unas extrañas conjeturas, cuyo esquivo asomo jamás alcanzó a registrarse en el proceso, "la posibilidad" de que el sordomudo que acompañaba a los ancianos ultimados, capaz apenas de expresar su vida interior, conforme a la diligencia que obra al fl. 58 del cuaderno principal, por medio de indescifrables "muecas", hubiera sido el autor de la muerte de sus protectores, se traduzcan en falla investigativa, favorable a Sánchez Londoño.

VI.- Que, en fin, no se comprende cómo el fallo objetado pueda tildarse de contradictorio porque en su parte motiva sostenga que el móvil de los crímenes fue "el robo" y también "la enemistad que existía entre el procesado y el occiso Luis Castrillón", puesto que ello, bajo ningún punto de vista, plantea hechos que recíprocamente se excluyan.

VII.- En cuanto a las tachas fundadas en que, según opinión del demandante, no se consideró el recurso de reposición del procesado contra el auto de proceder, ni tampoco su solicitud para que en su favor se aplicara el art. 153 del C. de P. P., cabe apenas resaltar que aquél se resolvió, declarándolo "improcedente, por extemporáneo", en proveído del 15 de enero de 1968, visible al fl. 201 del cdno. 10., y ésta, diciendo que "no se aplica el art. 153 del C. de P. P.", por no ser del caso, de acuerdo con su motivación, en providencia del 18 de julio de 1967, comprensiva de los fls. 164 y ss. del mismo cdno.

VIII.- En lo tocante con los reproches que tratan de apoyarse en la ausencia de certificación acerca de si los Jurados sorteados fueron los mismos que intervinieron en la audiencia y en la falta de invocación en el auto de proceder del Decr. 1358 de 1964, basta anotar que ninguna de esas dos cosas las exige norma legal alguna.

CAUSAL PRIMERA

En la esfera de esta causal, el recurrente sostiene que la sentencia acusada es violatoria del art. 36 del C. P., por "apreciación errónea", tanto de los testimonios de Tulia Rosa Castrillón de Morales, José Jerónimo Zuluaga v Miguel Angel Giraldo como de los datos de la hoja prontuarial del procesado y, por "falta de apreciación", de los testimonios de Francisco José Escudero, Francisco Castaño y Jesús María Morales, testimonios aquéllos y éstos que revisa, a través de su contenido, para concluir que los primeros se acogieron sin la crítica que previene el art. 224 del C. de P. P. y de esa manera, dándoseles un alcance probatorio de que carecen, con fundamento en ellos y en los datos de la hoja prontuarial, los que, a su vez, fueron erróneamente interpretados, puesto que no se tuvo en cuenta que esos datos se refieren a diversas sindicaciones contra el predicho Sánchez Londoño bastante antiguas, se aceptó como comprobada su anterior mala conducta, prescindiendo del segundo grupo de testigos, que la destacan como magnifica, fenómeno que, además de haber tenido su origen en "la idea preconcebida de condenarlo" se tradujo en el hecho de aplicarle "una sanción exagerada, exótica y absurda, no conocida antes en Colombia".

Dentro del ámbito también de la causal 1a., el impugnador pretende que, igualmente, la sentencia viola el art. 33 del C. P., "porque tomó como base el delito más grave y luego elevó la sanción hasta otro tanto, con base en un delito de igual naturaleza, cuando la ley se refiere al delito menos grave para hacer el aumento" de que trata la norma especificada, sin que quepa decir "que esa actitud no tiene trascendencia, porque si se toma el delito menos grave —robo—como fundamento del aumento, la sanción no podría pasar de la pena base fijada para el delito más grave, aumentada hasta otro tanto, pero limitada por la pena máxima que tenga fijada el delito más leve".

SE CONTESTA

I.- El art. 36 del C. P., dados sus específicos alcances, circunscritos a señalar los factores, referidos a la gravedad del delito, a sus modalidades, a los motivos determinantes, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que concurran respecto al delincuente y a la personalidad del mismo, que deben ser atendidos para determinar la pena en cada caso concreto y aplicarla dentro de los límites que establezca la norma legal que

haya sido infringida, no puede ser violado sino en forma indirecta, a través de otro precepto, al cual, de acuerdo con la técnica del recurso de casación, es preciso indicar, fijando el concepto de su violación y las razones que lo demuestren.

II.- La pretendida violación del mencionado texto legal se aduce en la demanda al margen de las exigencias que, como propias, se dejan anotadas, presentando el reparo, como se desprende de su reseña atrás realizada, a manera de un simple enunciado, seguido de genéricas v variadas disquisiciones en torno a elementos de convicción relacionados con la conducta del procesado, encaminadas a sugerir que algunos fueron, dentro del fallo acusado, materia de "apreciación errónea" y, otros, de "falta de apreciación", y que aquello, sobre la base de "la idea preconcebida" de condenar al expresado sujeto. llevó a aplicarle "una sanción exagerada, exótica y absurda, no conocida antes en Colombia", pero sin entrar a precisar la norma o normas que, como consecuencia de la denunciada errónea y falta de apreciación de pruebas, pudieron directamente resultar violadas, lo que, como arriba se advirtió, era absolutamente indispensable, ni tampoco la forma como de modo indirecto vino a producirse el quebranto del citado art. 36 del C. P., llegándose, de esta suerte, a la obligada conclusión de que el cargo estuvo mal formulado y también mal fundamentado y de que, por lo tanto, en sí mismo debe ser desestimado.

III.- Planteado el concurso material de los cuatro delitos a que se contrae el proceso, tanto en el auto de vocación a juicio como en la forma de interrogar al Jurado y, a su vez, reconocido ese mismo tipo de concurso en su veredicto, necesariamente tenía que aplicarse, en la sentencia acusada, el art. 33 del C. P., en concordancia con el art. 10. del Decr. 2525 de 1963, que eliminó los límites máximos de las penas establecidas en el art. 45 del expresado Código, punto este último, el del indispensable enlace de las dos normas anotadas, que parece no recordarse en el libelo de la acusación.

IV.- El inciso 10. del citado art. 33 del C. P. dispone que a quien haya de juzgarse, por razón de varios delitos cometidos separada o conjuntamente, en un mismo proceso, se le aplicará "la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto", en fuerza, desde luego, de los otros delitos, sin que de esa prescripción pueda deducirse, como se pretende en la demanda, que para tal aumento solo tenga que recogerse el que, dentro de los varios delitos del concurso, se ofrezca como menor, prescindién-

dose, a esos fines, de los que tengan igual gravedad a la del que se toma como punto de partida para la determinación de las sanciones que corresponden en el caso concreto, interpretación que, además de no encontrar asidero en los términos de aquella norma legal, vendría a quebrantar el inciso 10. del art. 27 de la Ley 153 de 1887, el cual dispone que cuando el sentido de la ley sea claro, "no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu".

V.- En la sentencia debatida se aplicó la pena accesoria de relegación en colonia agrícola, que autoriza y aun ordena el inciso 2o. del indicado art. 33 del C. P., porque, como allí mismo se dice, se comprobaron los presupuestos necesarios para que ello pudiera hacerse, apreciación que ni siguiera se trata de desvirtuar en la demanda, dentro del propio campo que se escogió para formular el cargo, en relación directa con el mismo, teniendo en cuenta que no es posible entender como iniciativa a ese respecto limitarse a observar que si es verdad "que el índice legal, derivado de la pluralidad de los ilícitos cometidos, que deben ser cuatro o más, está acreditado en autos, también es cierto que el índice psicológico, las condiciones personales y el género de vida llevado" por el procesado "no demuestran una tendencia persistente al delito", género de vida que, conforme a los asertos de varios testigos, era el de un bebedor, borracho, enemigo del trabajo, en su carácter de perezoso, y el de un pendenciero, predispuesto, de este modo, en todo instante y oportunidad, a la pelea.

CAUSAL SEGUNDA

Con fundamento en este motivo de impugnación, el actor afirma que la sentencia acusada "no está en consonancia ni con el auto de proceder ni con el veredicto del Jurado", lo que encuentra demostrado porque en ella aparece esto:

"Por lo que toca a la tasación de la pena privativa de la libertad, la Sala comparte las apreciaciones del a quo, con la salvedad de que también medió allí una tercera circunstancia calificadora del homicidio en dos de las víctimas, pues tanto la anciana como el menor, sufrieron sevicia al recibir plurales heridas de naturaleza esencialmente mortal, lo que denota una morbosa insensibilidad en los victimarios".

SE CONTESTA

En el auto de proceder, donde se plantearon varias circunstancias, de las previstas en el art. 363 del C. P. para que los tres homicidios de que trata el proceso tomaran la denominación de asesinato, no se propuso, en realidad, la relativa a sevicia, por lo que tampoco, como es obvio. el Jurado pudo pronunciarse con respecto a ella, fenómeno que, sin embargo, no significa que en el fallo, al aludirse a esa sevicia, se hubiera desconocido, en lo que toca con la misma, el veredicto, porque esa fue una simple referencia marginal, sin consecuencia alguna, puesto que la pena aplicada en la determinación de primera instancia no fue modificada, como lo demuestra el hecho de haber sido confirmada sin ninguna observación.

En méritò de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador 10. Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Emilio Antonio Sánchez Londoño contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Rionegro, expresamente determinado en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DELITO DE CONTRABANDO

Qué se entiende por este delito. No implica necesariamente la clandestinidad y la nacionalización indebida de las mercancías, no lo hace desaparecer. La introducción irregular de mercancías, mediante paquetes postales, no desnaturaliza el delito de contrabando. Los reglamentos dictados por los funcionarios de Aduanas, son normas que integran la respectiva disposición penal aduanera. La buena fe en la posesión de los bienes objeto del contrabando, no tiene ninguna relevancia jurídica.

1. La legislación de aduanas no ha definido, en forma general, el delito de contrabando, que en lo esencial consiste en todo acto, acción u omisión de importar o exportar mercancías sin llenar las formalidades y requisitos previstos en las leyes y con la finalidad de evadir, total o parcialmente, el pago de los impuestos correspondientes o de causar un daño a la economía nacional.

Las formalidades y requisitos que deben observarse para la lícita importación o exportación de mercancías se encaminan, unos, a la forma o modo del acto correspondiente (mayores o menores), o al lugar de llegada o de salida de la mercancía (puerto habilitado), a las vías o rutas de transporte, etc., etc.; otros miran a ciertas condiciones formales, como los decumentos que deben adjuntarse para la importación o exportación (factura consular, comercial, certificación de origen, precio, posición en el arancel, etc.); y en fin otros atañen al contenido de la importación o exportación, o sea, a la naturaleza, calidad, cantidad, etc. de la mercancía, para clasificar los artículos de libre importación y exportación, o mediante una licencia previa o, en fin, los de prohibida importación o exportación.

Muelga decir, que el delito de contrabando no implica, necesariamente, el elemento de clandestinidad, sino que bien puede configurarse por la falta de un requisito, formalidad o decumento, o por una declaración falsa en cuanto a la procedencia, destino, naturaleza, calidad, precio, número, cantidad, etc. de las mercancias importadas o por exportar, con la finalidad de evadir impuestos, licencias o prohibiciones que afectan a las respectivas mercancias.

En el Decr. 1821 de 1964 orgánico de la legislación penal aduanera, a falta de una definición general, ocurre a señalar los actos, hechos u omisiones que los considera como delitos de contrabando; y así, en el art. 4o. se enumeran los siguientes:

"a) Importar o intentar importar mercancía de prohibida importación.

n

- "c) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancia.... en circunstancias no permitidas por la ley o los reglamentos.
- "d) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancía en contravención a la ley.
- "e) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancía, valiéndose de manifiesto, factura, declaración o documento falso o sirviéndose de afirmaciones falsas, ya sean escritas o verbales o utilizando cualesquiera otros artificios o prácticas dolosas".

Según el literal c) los reglamentos sobre aduanas, en cúanto a la regulación de las mercancías objeto de importación o exportación, integran la respectiva norma penal; de modo que se incurre en contrabando cuando no se observan o se quebrantan las disposiciones contenidas en aquellos.

Del mismo modo, incurre en el delito de contrabando quien importa una mercancía sujeta a licencia previa sin llenar tal formalidad, según el literal d), pues se introduce o exporta "en contravención a la ley".

Para determinar la intención dolosa o fraudulenta, la legislación de aduanas acude a presunciones, que las enumera el art. 50. del Decr. 1821 de 1964.

El delito de contrabando, no desaparece porque los funcionarios de aduana, por negligencia, error o por cualquier otra circunstancia, hayan nacionalizado indebidamente mercancia de prohibida importación o sujeta a licencia previa; por esto, en el aparte a) del art. 40. del Decr. 1821 de 1964 se dice: "Importar o intentar importar mercancia de prohibida importación".

2. Los cargos hechos a la sentencia con fundamento en la causal primera, a excepción del cuarto, tienen como fundamento la inexistencia del delito, parque, en concepto del recurrente, la irregular introducción de la mercancía ocurriendo al sistema de paquetes postales, no puede considerarse como delito de contrabando; sin embargo, tal circunstancia o hecho no es el único que se atribuye al proceso, sino el haber importado mercancias de prohibida importación, unas; otras, la casi totalidad de ellas, sujetas a licencia previa y, además, introducirlas como elementos de ensamble cuando realmente se trataba de aparatos eléctricos completos, con precios y pesos falsos, según así se estableció en el concepto pericial y en el reconocimiento llevado a efecto por el aforador de la aduana.

Con fundamento en los hechos descritos, no cabe duda alguna que el delito de contrabando imputado al procesado se halla previsto en el aparte a) del art. 40. del Decr. 1821 de 1964, en cuanto a las piezas de prohibida importación; en el literal e) del mismo artículo por las falsas afirmaciones en relación con supuestos elementos de ensamble e introducidos sin la previa licencia a que alude el ord. 16 del art. 50. del mismo decreto, etc., etc.; sin embargo, tedas estas normas fueron ignoradas por el recurrente, como por el procurador primero delegado en lo penal, pues, aun en el supuesto que prosperaran los tres cargos o alguno de ellos con fundamento en la causal primera, la sentencia acusada tendría que mantenerse porque en ninguna forma se ha demostrado la violación de las normas penales aquí citadas, como necesariamente debía hacerlo el recurrente para obtener la invalidación del fallo recurrido.

3. Los reglamentos dictados por los funcionarios competentes de la Administración de Aduanas, en especial por el Director, son normas que integran la respectiva disposición penal aduanera, según expresamente lo dispone el literal c) del art. 40. y el ord. 20. del art. 50. del Decr. No. 1821 de 1964; de modo que la violación de tales reglamentos hace ilícito el acto de importación o exportación, con las consecuencias legales consiguientes.

Se ha repetido en forma reiterada que el delito de contrabando imputado al procesado no se configura, exclusiva o principalmente, en la forma de importación por paquetes postales, sino por el contenido de mercancías de prohibida importación o sujetas a licencia previa; por tanto resulta inadmisible, por decir lo menos, pretender que el sistema de "importaciones menores" tenga la extraordinaria virtud de hacer lícita la introducción de las de prohibida importación o sujetas a licencia previa, porque las prerrogativas de ese sistema de importación se refiere a que se exoneraba de la presentación de ciertos documentos, mas no cambiaba el régimen jurídico de los objetos por importar, como claramente se deducé de los arts. 10. y 50. del Decr. No. 2062 de 31 de agosto de 1960, atrás copiados, que hacen viable la aplicación de la presunción de contrabando prevista en el ord. 16 del art. 50. del Decr. 1821 de 1964.

Si la lícita importación de algunas mercancías estaba pendiente de la correspondiente lista de autorización del Gobierno, mientras este hecho no se efectúe, tal introducción no puede considerarse permitida, pues la licitud, se repite, estaba sujeta a aquella condición suspensiva.

4. En el tercer cargo, el recurrente comienza por invocar los arts. 769 y 768 del C. C., impertinentes en esta ocasión, porque no se trata de definir la buena fe en relación con la posesión de bienes, o la adquisición del dominio, sino de establecer un delito de contrabando, pues las normas invocadas no integran ninguna norma de carácter penal sobre la materia en estudio.

Si se trae al caso la legislación civil, como el apoderado del recurrente funda la buena fe de su cliente en el desconocimiento de la legislación sobre aduanas, en especial sobre la que regula el delito de contrabando, se recuerda que el art. 90. del C. C. dispone que "la ignorancia de leyes no sirve de excusa"; el 56 del C. P. y M. dice: "No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia..."; y el último inciso del art. 768 del C. C., por él citado, expresa: "Pero el error en materia de derecho constitu-

ye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Ya en el campo penal, el recurrente considera violado el art. 23 numeral 20. del C. P.; sin embargo, si el cargo tuviera algún asidero jurídico, que no lo tiene, se trataría de una violación indirecta de la norma invocada, previa demostración del error de derecho o de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, que ni siquiera se ha alegado menos todavía se ha demostrado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. —Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña.). (Aprobado: Acta No. 16).

VISTOS

El apoderado de Enrique William Chavarriaga Ochoa ha interpuesto el recurso de casación contra la sentencia de fecha 6 de agosto del año pasado, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, que se procede a resolver en este fallo, comenzando por aludir a la parte resolutiva de los de instancia.

I.- Los Fallos. a) El Juzgado Superior de Aduanas de Medellín, en fallo de 29 de enero de 1967, condenó a Chavarriaga Ochoa a la pena principal de tres años de prisión y a las accesorias de regla de conformidad con la parte final del art. 60. del Decr. No. 1821 de 1964, declaró de contrabando las mercancías a que hace referencia el acta de retención 221 de 1966, con orden para que los dineros del remate ingresen al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas; por el contrario, en el aparte tercero, declaró que no eran de contrabando las mercancías a que se refieren las actas 041 y 042 de 1966, cuvo valor ordena reembolsar a Chavarriaga Ochoa; y por último, para los fines legales consiguientes, declara como aprenhensor al aforador de la Aduana Liborio Pineda Zuluaga.

b) Apelada la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Aduanas, el seis de agosto del año pasado, confirmó los apartes 10., 20. y 40. de la parte resolutiva de aquella; pero reformó el tercero en el sentido de ordenar "... la devolución definitiva e incondicional de los tubos para radio marca Hitachi discriminados en las actas de retención números 041 y 042 (fls. 89 y 90 c. 10.), en favor de su propietario William

Chavarriaga Ochoa, o del producto de la subasta de los mismos, por no estar comprobada la procedencia ilícita de dichos bienes. Las restantes mercancías que se detallan en las aludidas actas de retención 041 y 042, decláranse de contrabando y ordénase que el producto de la subasta ingrese definitivamente al Fondo Rotatorio de la Dirección General de Aduanas, previa deducción de los gastos y participaciones de ley". (fls. 59 cdno. No. 7).

II.- Hechos y Antecedentes. a) En síntesis, se atribuye al procesado haber introducido, entre 1964 y 1965, en la forma de paquetes postales y en repetidas ocasiones, artículos o accesorios de prohibida importación, unos, y otros, los más numerosos, sujetos a licencia previa, con destino a armar en su totalidad tocadiscos accionados con monedas (traganíqueles), sin cumplir los requisitos legales, en cuanto a la obtención de la licencia respectiva, al contenido, peso y valor de los dichos paquetes, que en el dictamen pericial de 3 de octubre de 1966 (fls. 246 c. 10.) se les asignó un valor comercial de \$ 157.895.18.

b) En la sentencia de segunda instancia se hace alusión a los antecedentes que dieron origen a la correspondiente investigación, como a los resultados obtenidos como se verá en los siguientes apartes que se transcriben:

"El señor Secretario General del Ministerio de Fomento, en oficio número 09961 del 26 de noviembre de 1965 (fls. 2-3-c. 1o.) da cuenta a la Dirección General de Aduanas de que la firma 'Radiopolis Ltda.' de Medellín, a la que dicho Ministerio le concedió licencia para ensamblar 'tocadiscos accionados por monedas (traganíqueles)' por medio de la Resolución 1502 de 10 de diciembre de 1964, no había 'presentado hasta la fecha ninguna licencia de importación para ser aprobada', no obstante lo cual 'hemos tenido informes de que la industria sí ha desarrollado su actividad de ensamble de traganíqueles, y que para traer las partes y piezas de ensamble está utilizando el sistema de paquetes con valor declarado menor de US\$ 20.00". (fls. 46 v 47 ib.).

En el capitulo sobre "resultandos y considerandos", se lee:

"Primero.- Con anterioridad a la expedición de la mencionada Resolución (sic) 9961 de 1965, se estableció, en el decurso de la investigación, que el beneficiario de 'Radiopolis Ltda.', en forma continuada desarrollaba la actividad importadora utilizando para ello el sistema denunciado de paquetes postales para la introducción de

partes y piezas sueltas de aparatos de radio". (fls. 47 ib.).

Enumera luego los 18 paquetes introducidos, en los cuales, con caracteres rojos, se advierte "licencia previa" y se indica el valor de US \$50, más abajo sustituído por US\$ 20 y debajo US\$ 8.00. excediéndose así "el valor máximo de US\$ 20.00 que autoriza el art. 10. del Decr. 2023 de 1959".

"Fueron, como se anotó, un total de dieciocho (18) paquetes los que llegaron el mismo día para la misma persona, habiendo sido liquidados en la misma fecha, sin tener en cuenta que el total de los bienes sobrepasa hasta constituir una importación mayor, tanto por el peso como por el valor en dólares, o sea, que con la aceptación de la Aduana de Medellín se permitió el fraccionamiento de una importación mayor, partiendo de la base de considerar aisladamente cada paquete, al cual se le asignó caprichosamente un valor, como quiera que no hay prueba de las facturas comercial y consular respectivas, con la debida autenticación oficial, que acredite que el precio anotado en el manifiesto era el real en la fecha de la importación". (fls. 48 y 49 ib.).

Advierte que fueron repetidas las importaciones llevadas a efecto por Chavarriaga, para añadir en el punto tercero:

"Como consecuencia de la comprobación de las irregularidades cometidas por el representante de 'Radiopolis Limitada' de Medellín, con motivo de la importación de partes y piezas para radios traídos por la empresa en mención, se llevó a cabo la aprehensión de los bienes de la indicada naturaleza que se discriminan en el dictamen pericial del folio 247 del cdno. ppal. y cuyo valor comercial fue fijado en la suma de \$157.895.18 y que se detallan como incluídos en casi su totalidad en el régimen de importación con licencia previa, puesto que sólo se incluyen siete (7) partidas de prohibida importación con un valor de \$6.909.60, en el aludido valor total". (fls. 50 ib.).

Mencionan las mercancías que, en concepto del Tribunal, fueron importadas lícitamente y cuya restitución ordena, para insertar el siguiente párrafo del concepto pericial:

"Del examen de la mercancía reconocida en el Almacén de Rezagos de la Aduana de Medellín se constató que con las partes y piezas sueltas se pueden construir de diez (10) a once (11) radiolas accionadas por monedas (traganíqueles) ya que corresponden a las partes esenciales de dichos aparatos eléctricos. La mercancía reconocida corresponde en su totalidad a los aparatos antes citados y están incluídos en su mayoría en la Resolución 1120 de diciembre de 1965, expedida por la Dirección General de Aduanas y dentro de la nomenclatura arancelaria del Decr. 3168 de diciembre 21/64, vigente a partir del 23 del mismo mes y año. Anexamos al presente dictamen los cuadros correspondientes a la mercancía". (fls. 51 ib.).

c) Se considera conveniente un breve examen del Decr. No. 2062 de 31 de agosto de 1960, para una mejor inteligencia de la materia.

En el art. 1o. se dispuso: "A partir de la fecha del presente decreto, las personas naturales o jurídicas que deseen acogerse al tratamiento arancelario especial para las importaciones de partes y piezas introducidas con destino a industrias de ensamble, deberán obtener autorización del Ministerio de Fomento.

"Parágrafo.- Las personas naturales o jurídicas que en la actualidad gozan de dicho tratamiento arancelario, por haber obtenido autorización de la División de Aduanas, de acuerdo con las disposiciones que reglamentan esa materia, continuarán gozando del tratamiento dicho para las importaciones de las partes y piezas de los artículos para las cuales habían obtenido la autorización y al efecto deberán registrarse ante el Ministerio de Fomento. Deberán además, enviar al Ministerio de Fomento una copia de las informaciones que están obligadas a enviar a la División de Aduanas. Estas industrias quedan en la obligación de sustituir de acuerdo con las modalidades propias de su actividad, el más alto porcentaje posible de las partes que requieren importar y para ello el Ministerio de Fomento señalará los porcentajes de sustitución y los plazos dentro de los cuales deben ser cumplidos". (fls. 241 No. 1o.).

El art. 20. determinó las condiciones para que el Ministerio de Fomento pudiera conceder la autorización, como la de que se trate de "partes" para el ensamble, que ahorren divisas, "en relación con la importación del artículo completo"; y que estas piezas o partes debían ser sustituídas por las de producción nacional en forma gradual, etc., etc.

Por tanto, desde la fecha del decreto, la importación de piezas o partes para el ensamble no se podían hacer sino con base en la autorización del Ministerio de Fomento y con la licencia previa para cada importación, en cualquier forma que se llevara a efecto, mediante el sistema de paquetes postales, con valor y peso limitados, o bien por el de importaciones mayores o comunes; de manera que quien carecía de la citada licencia no podía hacer lícitamente tales importaciones en ninguna forma, pues resulta absurdo, por decir lo menos, que quien tiene la licencia a que se refiere el art. 10. del Decreto citado estuviere en peores condiciones que aquel que no ha llenado tal formalidad u obtenido la correspondiente autorización para el ensamble de determinados artefactos.

El art. 50. del citado decreto atribuía a la Superintendencia de Importaciones la aprobación de "los registros de importación de equipos, partes y piezas con destino a la industria de ensamble..."

d) La reglamentación contenida en la circular No. 17137 de 31 de julio de 1959, en relación con el Decr. No. 2023 del mismo mes y año, determinan los requisitos o condiciones para la importación menor o por paquetes postales: un precio de US\$ 20 en puerto de embarque; que se trate de artículos o mercancías que no figuren en la lista de prohibida importación o requieren licencia previa; por tanto, si la importación no cumplía con alguna de estas condiciones, su introducción era ilícita y, en consecuencia, configura el delito de contrabando por este aspecto.

En resumen, las presunciones de contrabando que recaen sobre Chavarriaga Ochoa en este proceso consisten: en haber importado artículos de ensamble sin tener la correspondiente autorización del Ministerio para esta actividad o industria; no haber solicitado la licencia previa cuando ya obtuvo la dicha autorización de ensamblaje; el haber introducido mercancías con pesos y valores superiores a los permitidos para la importación por paquetes postales; el haber importado mercancías que figuran en la lista de prohibida importación, unos, y otros, en la de licencia previa; el haber introducido tocadiscos o radiolas completos desarmados, simulando piezas para ensamble, para evadir la prohibición de importar aquellos aparatos.

Carece de importancia en este proceso decidir si constituye también una presunción de contrabando el importar, en un solo despacho o envío, varios paquetes postales para la misma persona.

III.- Demanda de Casación.- El apoderado del recurrente invoca las causales primera y cuarta, con la advertencia de que la nulidad la alega en forma subsidiaria.

Copiados los dos incisos del numeral 1o. del

art. 56 del Decr. No. 528 de 1964, con fundamento en la primera causal, hace los siguientes cargos a la sentencia del Tribunal Superior de Aduanas.

Primer cargo: "La sentencia —dice el recurrente— es violatoria de la ley sustancial penal en materia aduanera, por aplicación indebida o interpretación errónea, violación que se produjo de modo directo al aplicar al caso sub judice la norma contenida en la letra e) del art. 60. del Decr. 1.821 de 1964, sin parar mientes en que la actividad cumplida por el acusado en parte alguna se acopla a las disposiciones (diferentes por cierto) en que descansan las resoluciones de primera y segunda instancia, como paso a demostrarlo a continuación y con apoyo en textos constitucionales y legales". (fls. 23 cdno. No. 8).

Y, al efecto, en el aparte a) dice que se han violado los arts. 26 y 28 de la Constitución, "...que acogen principios universales referentes a la legalidad del delito y la legalidad de la pena...", ratificados en el art. 10. del C. P.

En otro aparte, considera que el sentenciador no podía invocar el art. 80. de la Ley 153 de 1887 con el fin de definir delitos por analogía que no se admite en derecho penal, "por mandato mismo del Constituyente y del propio legislador", conforme a las disposiciones antes citadas.

En el siguiente aparte insiste en la misma idea, en cuanto supone que el sentenciador de segunda instancia no halló, en la legislación de aduanas, tipificado el delito investigado en este proceso, por lo cual ocurrió a una regla de interpretación de la ley, "que sólo tiene aplicación en otros campos del derecho..." a la vez que se trata de la represión de una conducta con fundamento en "los reglamentos aduaneros y no en la ley penal aduanera".

Según el último aparte de este cargo, como conclusión, dice el recurrente:

"La sentencia impugnada es inválida por violación de la ley sustancial, en los términos indicados, y con referencia a los arts. 26 y 28 de la Constitución Nacional; art. 10. del C. P.; Decr. Ley 1821 de 1964 (letra e), art. 60. y numeral 16 del art. 50.), y art. 80. de la Ley 153 de 1887. "La síntesis del cargo, por el aspecto estudiado, consiste en que el sentenciador, a falta de disposición expresa que permitiera estructurar como contrabando el hecho atribuído al acusado, mediante interpretación analógica "creó", caprichosa y arbitrariamente, una presunción de contrabando, acerca de cuya conformación jurídica ni siquiera lograron ponerse de acuerdo el a quo y el ad quem". (fls. 24 y 25 ib.). No explica el recurrente por qué ni cómo violó la sentencia acusada el numeral 16 del art. 50. del Decr. No. 1821 de 1961, orgánico de la legislación penal aduanera.

Segundo cargo: Este cargo se funda principalmente en que se violó la ley penal aduanera en su parte sustancial, porque se sancionó hechos que solamente estaban previstos en los reglamentos para la fecha en que ocurrieron, cuya violación no implica una acción penal, sino que ocasiona "simples medidas de orden administrativo".

Para demostrar el cargo alude, en primer lugar, al tema de las importaciones menores aceptadas por el Decr. Ley 1345 de 1959, derogado por el No. 3168 de 1964, pero que nada tiene que ver con la presunción de contrabando del numeral 16 del art. 50. del Decr. 1821 de 1964, ya que otros estatutos tuvieron que expedirse "para aclarar y definir el alcance de la prohibición en lo atinente a las nombradas importaciones menores...".

En el otro aparte alude al art. 40. del Decr. 3168 de diciembre de 1964 que autorizó las importac ones "sin el requisito del Registro de Importación previo y sin factura consular", respecto "de los artículos que designe el Gobierno, cuyo valor FOB, puerto de embarque, no exceda de US\$ 20.00 siempre que no se trate de mercancías de prohibida importación...".

Por lo cual se dejó la puerta abierta a las importaciones menores, no obstante la derogatoria del Decr. 2023 de 1959 hasta la expedición del Decr. 1165 de 1967, que señaló los artículos que podían ser objeto de las llamadas importaciones menores.

"Ahora bien, argumenta el recurrente: Faltando la disposición oficial que señalara o indicara de modo taxativo los artículos que podían ser objeto de importaciones menores, había que entender que las personas podían estarse a lo estatuído por el Decr. 2023 de 1959, cuyos términos sacan verdadera y racional la explicación del procesado de que dicho estatuto no "restringía o limitaba la cantidad de paquetes que podían llegar a un mismo destinatario, bien sea por una aduana o por diferentes, o en un solo despacho". (fls. 27 ib.).

De aquí deduce que se "sancionó un hecho no contemplado como delito, o un hecho que no podía ser punible hasta tanto se produjera la norma indicativa de las mercancías importables por el procedimiento excepcional de importaciones menores.

"Conclusiones.- La sentencia acusada violó la ley penal aduanera en las disposiciones indicadas por no estar incluído el hecho juzgado en las presunciones de que trata el Decr. 1.821 de 1964". (fls. 27 ib.).

Considera que la limitación de una importación semanal no acumulable, según el art. 10 del Decr. 2380 de 1954, no desvirtúa el cargo porque el Decr. 2023 fue posterior, ni las reglamentaciones de la aduana Nos. 263 y 281 son pertinentes, porque se refieren a tripulantes y a colombianos que viajan al exterior, etc.

Alude en este aparte a la argumentación de analogía que le atribuye al juez de segunda instancia, en relación con las susodichas reglamentaciones.

Tercer cargo: Este cargo que también lo relaciona con la primera causal tiene como fundamento, según el recurrente, en que la ley sustancial fue violada "por errada e indebida interpretación"; y al efecto, comienza por invocar los arts. 669 y 768 del C. C., en relación con la presunción de buena fe.

En el siguiente aparte afirma que "todo delito tiene que ser intencional", salvo los casos de culpa, como tampoco puede considerarse como ilícito un hecho, "si la persona obra de buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia" (art. 23 C. P.), pues considera que el procesado Chavarriaga Ochoa, al recibir los 18 paquetes postales en un mismo día, "obró sin subterfugios ni maniobras dolosas en el trámite y recibo de los paquetes, que la aduana de Medellín procedió a entregar en la forma que estimó legal".

Dice que el Tribunal Superior de Aduanas, en la sentencia recurrida, además de haber prescindido del elemento dolo, tampoco tuvo en cuenta el art 272 del C. de P. P., que el art. 273 del mismo código lo contempla, pues todas las importaciones menores se llevaron a efecto "con sujeción a los mandatos, órdenes y voluntad de las autoridades de aduana".

"Insisto —dice el recurrente—, en este extremo de la investigación para afirmar que repele hablar de delito de contrabando si la autoridad encargada de fiscalizar las importaciones y determinar su licitud, en ejercicio normal de sus funciones, sin mediar complicidad, cohecho o prevaricato, autoriza su nacionalización y entrega de las mercancías al interesado". (fls. 30 y 31 ib).

Considera que las presunciones de contrabando, previstas en los ordinales 12 y 18 del art. 50. del Decr. 1821 de 1964, no son aplicables a la conducta del procesado; y al efecto transcribe los dichos numerales que luego comenta largamente, para poner en evidencia su tesis de inaplicabilidad al caso sub judice.

Termina el cargo, con la siguiente conclusión: "Lo expuesto es suficiente para sustentar la invalidación del fallo recurrido, con apoyo en la causal invocada, entendiéndose que hubo errada o indebida aplicación de la ley sustancial, desviación jurídica que recayó sobre todas y cada una de las disposiciones expresamente citadas al desarrollar el cargo.

"Podría agregarse que en lo tocante a este cargo la violación de la ley pudo ser indirecta, por no haber sido apreciadas determinadas pruebas, lo que haría relación a no considerar el Tribunal el lleno de los trámites aduaneros por parte del acusado, pero en puridad de verdad se trata de un hecho reconocido por el ad quem, al que si no dio mérito fue por puro error de derecho, como quedó ampliamente explicado en su oportunidad. La H. Corte está en capacidad de definir el punto y apreciarlo según su sabio y recto criterio" (fls. 33 y 34 ib.).

Cuarto cargo: En este cargo, en abierta oposición con lo expuesto antes, sobre inexistencia del delito, el recurrente acusa la sentencia por violación de la ley penal sustancial, "por apreciación errónea o por falta de apreciación de elementos probatorios que tienen que ver con la individualización de la pena", que dice hace esta impugnación en forma subsidiaria.

Para sustentar el cargo, primeramente, menciona el literal e) del art. 6o. del Decr. 1821 que fija una pena de dos a ocho años de prisión, como el art. 10 del propio Decreto, que ordena tener en cuenta, además de la cuantía de las mercancías, de los derechos de aduana, los antecedentes personales del sindicado, "especialmente las de carácter aduanero", etc.

Invoca, asimismo, los arts. 37 y 38 del C. P., sobre circunstancias de mayor peligrosidad, en armonía con el art. 40 del mismo Código, que deben estar probadas como lo ordena el art. 203 del C. de P. P., que complementa con la cita del art. 159 del Código últimamente citado, en sus reglas 2a. y 3a.

"El Juzgado del conocimiento —dice el recurrente—, con la sola cita del artículo 10 del Decr. 1821 impuso al acusado la pena principal de tres

(3) años de prisión, sin expresar cuáles de los factores valorativos enunciados allí para determinar la pena y cuáles de las circunstancias de que se ocupan los arts. 37 y 38 del C. P. —en armonía con el 36 ibídem— están probados en el proceso.

"El ad quem, sin examen alguno en este particular, se contenta, avaramente, con decir en el último párrafo de la sentencia recurrida, que 'al tener en cuenta el presupuesto de la cuantía y las modalidades del hecho cumplido, el Tribunal encuentra legal y justa la pena principal de tres (3) años de prisión decretada en el fallo que se revisa' ". (fls. 36 y 37 ib.).

Afirma que en los avalúos se involucraron el valor de la mercancía, el valor de los derechos de aduana y hasta el flete de cada paquete; y luego de otras consideraciones, sostiene que "una real evaluación de las mercancías no alcanzaría los montos" de \$ 121.895.43 y \$ 157.895.18, aceptadas por el juzgado y el tribunal, respectivamente. En este mismo orden de ideas hace otras críticas al concepto pericial, que no es del caso enunciar expresamente por ser innecesarias.

Por último, argumenta que el tribunal no tuvo en cuenta ninguna de las circunstancias de mayor peligrosidad del art. 37 del C. P. que no están probadas y, además, concurren en el procesado las de menor peligrosidad previstas en los ordinales 10., 20. y 70. que pudieran tener influencia en la fijación de la pena.

"No estando probadas o no existiendo —concluye el recurrente—, en contra del procesado circunstancias agravantes de las previstas en el art. 10 del Decr. 1821, y art. 37 del C. P., tiene que aceptarse que el fallo recurrido violó la ley penal sustancial, en el aspecto examinado, pues a pesar del arbitrio judicial, el fallador estaba obligado a respetar el mínimo de la sanción. El arbitrio no es capricho, y para elevar el mínimo de una pena el fallador debe decir los motivos legales de la elevación". (fls. 39 ib.).

Solicita que, si se reforma la sentencia en el sentido de disminuir la pena, se décumplimiento a lo dispuesto en el art. 80 del C. P.

Cuarta Causal. Dice que la sentencia recavó en un juicio viciado de nulidad, conforme a lo dispuesto en el ordinal 10. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, porque, en su concepto, si hubo alguna irregularidad en las importaciones, fueron de carácter puramente administrativo, pero no penal, al efecto expone:

"c) Ya se ha dicho y está demostrado en el expediente que el señor Chavarriaga no ejecutó acto alguno clandestino o doloso, calificable de contrabando, porque todas las importaciones menores que realizó las hizo por intermedio o con intervención de la Administración de Aduanas de Medellín, dependencia que oficialmente legalizó esas importaciones, procedimiento que, a todas luces, no permite integrar el ilícito de contrabando.

"d) Ante tal situación, sin duda alguna, no competía a la justicia penal aduanera conocer de los hechos imputados. Estos, si hubo irregularidades, incumplimiento de requisitos o cualquier otra violación en asunto de aduanas, tendrían que ver con los Reglamentos pero no con la ley penal aduanera, en lo que toca con delitos. Se trataría entonces, en hipótesis, de conductas contravencionales, de las que se ocupa el Código de Aduanas en sus Capítulos XLIII, XLIV, XLVIII, en las que los Administradores de Aduana tienen autoridad para sancionar con multas, decomiso o recargo de impuestos, al infractor". (fls. 41 y 42 ib.).

Como considera que la "nulidad es absoluta" vicia todo el procedimiento "desde la iniciación misma del sumario".

En la parte final, hace las peticiones procedentes para el caso de que prosperara alguna de las causales alegadas, en función con cualquiera de los cargos formulados.

IV.- Contestación de la Demanda. Como el procurador Primero Delegado en lo Penal comparte los puntos de vista del demandante, no ha menester hacer un resumen especial de la contestación o coadyuvancia al recurso, pues basta con transcribir las conclusiones que dicen:

"Como para esta Procuraduría Delegada están perfectamente demostrados los tres primeros cargos formulados dentro de la causal primera de casación alegada, no se entra a estudiar el cargo cuarto, ni la causal segunda invocada en la demanda.

"El principio 'nullum crimen, nulla poena sine praevia lege', uno de los principales a que se hace referencia en acápite anterior de este concepto, desaparece bajo la sentencia impugnada, lo que es la mayor razón para solicitarse la invalidación de ella. Siendo de respeto el contenido de acusación en los cargos ya analizados, conmueve mayormente a este Despacho el de domicilio en el primero por ser de máxima amplitud la gravedad desprendida del desacato a la Ley de Leyes (arts. 26 y 28) y a las normas legales que asimismo se lesionan con la decisión del ad quem.

"Por lo que se ha expuesto, es por lo que respetuosamente se solicita de la H. Corte —Sala de Casación Penal—, la invalidación de la sentencia acusada, y en su lugar proferirse absolución a Enrique William Chavarriaga Ochoa, para lo que da licencia el ordinal 10. del art. 58 del Decr. 528 de 1964". (fls. 67 y 68 ib.).

- V.- Consideraciones de la Corte. Con el fin de resolver el recurso de casación interpuesto por el apoderado del procesado, se considera.
- 1. La Legislación de aduanas no ha definido, en forma general, el delito de contrabando, que en lo esencial consiste en todo acto, acción u omisión de importar o exportar mercancías sin llenar las formalidades y requisitos previstos en las leyes y con la finalidad de evadir, total o parcialmente, el pago de los impuestos correspondientes o de causar un daño a la economía nacional.

Las formalidades y requisitos que deben observarse para la lícita importación o exportación de mercancías se encaminan, unos, a la forma o modo del acto correspondiente (mayores o menores), o al lugar de llegada o de salida de la mercancía (puerto habilitado), a las vías o rutas de transporte, etc.; otros miran a ciertas condiciones formales, como los documentos que deben adjuntarse para la importación o exportación (factura consular, comercial, certificación de origen, precio, posición en el arancel, etc.); y en fin otros que atañen al contenido de la importación o exportación, o sea, a la naturaleza, calidad, cantidad, etc. de la mercancía, para clasificar los artículos de libre importación o exportación, o mediante una licencia previa o, en fin, los de prohibida importación o exportación.

Huelga decir, que el delito de contrabando no implica, necesariamente, el elemento de clandestinidad, sino que bien puede configurarse por la falta de un requisito, formalidad o documento, o por una declaración falsa en cuanto a la procedencia, destino, naturaleza, calidad, precio, número, cantidad, etc. de las mercancías importadas o por exportar, con la finalidad de evadir impuestos, licencias o prohibiciones que afectan a las respectivas mercancías.

- 2. En el Decr. 1821 de 1964 orgánico de la legislación penal aduanera, a falta de una definición general, ocurre a señalar los actos, hechos u omisión que los considera como delitos de contrabando; y así, en el art. 40. se enumeran los siguientes:
- "a) Importar o intentar importar mercancía de prohibida importación.

- "c) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancía... en circunstancias no permitidas por la ley o los reglamentos.
- "d) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancía en contravensión a la ley.
- "e) Importar o intentar importar, exportar o intentar exportar mercancía, valiéndose de manifiesto, factura, declaración o documento falso o sirviéndose de afirmaciones falsas, ya sean escritas o verbales o utilizando cualesquiera otros artificios o prácticas dolosas".

Según el literal c) los reglamentos sobre aduanas, en cuanto a la regulación de las mercancías objeto de importación o exportación, integran la respectiva norma penal; de modo que incurre en contrabando cuando no se observan o se quebrantan las disposiciones contenidas en aquellos.

Del mismo modo, incurre en el delito de contrabando quien importa una mercancía sujeta a licencia previa sin llenar tal formalidad, según el literal d), pues se introduce o exporta "en contravención a la ley".

- 3. Para determinar la intención dolosa o fraudulenta, la legislación de aduanas ocurre a presunciones, que las enumera el art. 50. como las que pasan a copiarse:
- "1. Comprar, vender, permutar, transportar o tener mercancía de prohibida importación sin cumplir los requisitos exigidos por la ley y los reglamentos.
- "2. Cargar o descargar, transportar o intentar transportar mercancías por lugares, en horas o en circunstancias no permitidas por la ley o los reglamentos.
- "3. Transportar, tener o vender mercancía cuya importación, tenencia o uso, dentro de la República, solo se permita mediante el cumplimiento de requisitos especiales, cuando tales requisitos no se hayan cumplido.
- "11. Declarar en cualquier documento necesario para solicitar el despacho de una mercancía, valor distinto al real.
- "14. Describir, en los documentos que se presenten a la aduana, mercancía de naturaleza distinta de la que resulte al ser reconocida.
- "16. Importar mercancía perteneciente a la lista de artículos cuya importación requiere licencia previa sin tal requisito o señalar una posición

arancelaria, de la misma lista, diferente de la que corresponde según el aforo".

Finalmente, descritos los delitos de contrabando en el art. 40. del Decreto antes citado, en el art. 60. se fijan las penas que se regulan, en principio, teniendo en cuenta la cuantía de las mercancías de contrabando.

Por demás está advertir que basta alguno de los hechos considerados como delitos de contrabando, para que el ilícito quede legalmente configurado y a fortiori si concurren varios en una misma importación o exportación.

4. En cuanto al régimen legal de las llamadas importaciones menores, en la sentencia de primera instancia se hizo este análisis:

"Tampoco podía acogerse en esta ocasión el procesado Chavarriaga Ochoa, al sistema de las importaciones menores reglamentado por el Decr. 2023/59, ni al excepcional procedimiento del Decr. 0322/60 y demás disposiciones citadas atrás, porque para la fecha de llegada al país de este último envío aeropostal —el 18 de diciembre de 1965— habían entrado en vigencia normas arancelarias y penales aduaneras abrogatorias de aquellas.

"En efecto:

"Todo el sistema de importaciones menores y de mercancías sin licencia previa, tenía como fundamental apoyo el Decr. Ley 1345 de 1959, Arancel de Aduanas, que fue derogado expresamente por el Decr. 3168 de diciembre 21 de 1964, actual Arancel de Aduanas, expedido por el Gobierno Nacional 'en uso de las facultades concedidas por la Ley 69 de 1963'. El art. 12 de dicho decreto dice: "Derógase el Decr. 1345 de 1959, así como las leyes, decretos, reglamentos y resoluciones que lo explican, adicionan o reforman'.

"Por su parte, el Decr. 1821/64 'por el cual se modifica la legislación penal aduanera' y que entró en vigencia el 10. de agosto de 1965, incluyó como hecho constitutivo de presunción legal del delito de contrabando, en su art. 50., numeral 16, la importación de 'mercancía perteneciente a la lista de artículos cuya importación requiere licencia previa sin tal requisito o señalar una posición arancelaria, de la misma lista, diferente de la que corresponda según el aforo'.

"Una y otra disposición, borraron del mundo jurídico el sistema de importaciones menores y el procedimiento administrativo que se adelantaba anteriormente para sancionar a quienes introducían especies —llegadas directamente para aduanamiento, se advierte— pertenecientes a

la lista de licencia previa, sin cumplir ese requisito, para quedar éstas a órdenes de la justicia penal aduanera por presunción del delito de contrabando". (fls. 401 y 402 cdno. No. 10.).

VI.- Estudio de las causales. Descrito en cuanto es posible el delito de contrabando, se procede a considerar las distintas causales alegadas como los cargos hechos a la sentencia recurrida.

10. Desde luego, todos los cargos hechos a la sentencia con fundamento en la causal primera, a excepción del cuarto, tienen como fundamento la inexistencia del delito, porque, en concepto del recurrente, la irregular introducción de la mercancía ocurriendo al sistema de paquetes postales, no puede considerarse como delito de contrabando; sin embargo, tal circunstancia o hecho no es el único que se atribuye al proceso. sino el haber importado mercancías de prohibida importación, unas; otras, la casi totalidad de ellas, sujetas a licencia previa y, además, introducirlas como elementos de ensamble cuando realmente se trataba de aparatos eléctricos completos, con precios y pesos falsos, según así se estableció en el concepto pericial y en el reconocimiento llevado a efecto por el aforador de la aduana.

20. Con fundamento en los hechos descritos, no cabe duda alguna que el delito de contrabando imputado al procesado se halla previsto en el aparte a) del art. 4o. del Decr. 1821 de 1964, en cuanto a las piezas de prohibida importación; en el literal e) del mismo artículo por las falsas afirmaciones en relación con supuestos elementos de ensamble e introducidos sin la previa licencia a que alude el ordinal 16 del art. 50. del mismo decreto, etc., etc.; sin embargo, todas estas normas fueron ignoradas por el recurrente, como por el procurador primero delegado en lo penal, pues, aun en el supuesto que prosperaran los tres cargos o alguno de ellos con fundamento en la causal primera, la sentencia acusada tendría que mantenerse porque en ninguna forma se ha demostrado la violación de las normas penales aquí citadas, como necesariamente debía hacerlo el recurrente para obtener la invalidación del fallo recurrido.

30. Bastaría lo dicho para prescindir del estudio de las causales invocadas contra la sentencia de segunda instancial sin embargo, para mayor abundamiento, se procede a considerarlas, así:

En cuanto concierne a la primera causal, se contesta:

a) El primer cargo atañe a la violación de los

arts. 26 y 28 de la Constitución Nacional, en armonía con el art. 10. del C. P; pero antes se ha demostrado que la legislación penal aduanera define y sanciona como delitos de contrabando los hechos imputados a Chavarriaga Ochoa; de manera que, hallándose tipificado el ilícito, no se han violado las normas antes citadas por el recurrente, como támpoco el sentenciador de segunda instancia ha creado o definido un delito por analogía.

Como se dijo antes, el recurrente no indicó en qué forma violó la sentencia el numeral 16 del art. 50. del Decr. No. 1821 de 1964, ya que se limitó a una escueta afirmación sin demostrar, por ejemplo, que la mercancía no era de prohibida importación o que no estaban sujetas a licencia previa, o bien que este requisito se cumplió oportunamente.

b) En cuanto al segundo cargo, los reglamentos dictados por los funcionarios competentes de la Administración de Aduanas, en especial por el Director, son normas que integran la respectiva disposición penal aduanera, según expresamente lo dispone el literal c) del art. 40. y el ordinal 20. del art. 50. del Decr. No 1821 de 1964; de modo que la violación de tales reglamentos hace ilícito el acto de importación o exportación, con las consecuencias legales consiguientes.

Se ha repetido en forma reiterada que el delito de contrabando imputado al procesado Chavarriaga Ochoa no se configura, exclusiva o principalmente, en la forma de importación por paquetes postales, sino por el contenido de mercancías de prohibida importación o sujetas a licencia previa; por tanto resulta inadmisible, por decir lo menos, pretender que el sistema de "importaciones menores" tenga la extraordinaria virtud de hacer lícita la introducción de las de prohibida importación o sujetas a licencia previa. porque las prerrogativas de ese sistema de importación se refiere a que se exoneraba de la presentación de ciertos documentos, mas no cambiaba el régimen jurídico de los objetos por importar, como claramente se deduce de los arts. 10. y 50. del Decr. No. 2062 de 31 de agosto de 1960, atrás copiados, que hacen viable la aplicación de la presunción de contrabando prevista en el ordinal 16 del art. 50, del Decr. 1821 de 1964.

. Si la lícita importación de algunas mercancías estaba pendiente de la correspondiente lista de autorización del Gobierno, mientras este hecho no se efectúe, tal introducción no puede considerarse permitida, pues la licitud, se repite, estaba sujeta a aquella condición suspensiva.

c) En el tercer cargo, el recurrente comienza por invocar los arts. 769 y 768 del C. C., impertinentes en esta ocasión, porque no se trata de definir la buena fe en relación con la posesión de bienes, o la adquisición del dominio, sino de establecer un delito de contrabando, pues las normas invocadas no integran ninguna norma de carácter penal sobre la materia en estudio.

Si se trae al caso la legislación civil, como el apoderado del recurrente funda la buena fe de su cliente en el desconocimiento de la legislación sobre aduanas, en especial sobre la que regula el delito de contrabando, se recuerda que el art. 90. del C. C. dispone que "la ignorancia de leyes no sirve de excusa"; el 56 del C. P. y M. dice: "No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia..."; y el último inciso del art. 768 del C. C., por él citado, expresa: "Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Ya en el campo penal, el recurrente considera violado el art. 23 numeral 20. del C. P.; sin embargo, si el cargo tuviera algún asidero jurídico, que no lo tiene, se trataría de una violación indirecta de la norma invocada, previa demostración del error de derecho o de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, que ni siquiera se ha alegado menos todavía se ha demostrado.

Por lo demás, en la sentencia de segunda instancia, se lee:

"Y conviene destacar cómo el procesado incurrió en falsedad al afirmar con motivo de las importaciones hechas, que se trataba de objetos para su industria de ensamble, siendo que el concepto del señor Ingeniero Asesor de la Sección de Licencias de la Superintendencia de Comercio Exterior (fl. 51 cdno. ppal.), entre otras cosas, expresa:

"En la visita que se practicó, se pudo constatar, que la empresa no dispone de los elementos indispensables para el funcionamiento de una línea de ensamble. Faltan instrumentos de prueba y herramientas apropiadas'.

"O sea, que si carecía de los elementos indispensables para el montaje y funcionamiento de la industria de ensamble, resulta inexacta la declaración de que los bienes importados tuvieran esa destinación, puesto que el interesado por falta de esos elementos no podía llevarla a cabo, puesto que 'su actividad consiste en armar las partes y las piezas introducidas al país como importaciones menores y adaptarlas a muebles de madera, sin que haya una verdadera y gra-

dual sustitución de partes y piezas importadas por nacionales, objetivo perseguido por la reglamentación de ensamble', como lo expresa el Ministerio de Fomento en la Res. 74 de 4 de febrero de 1966 (fls. 69, 70), por medio de la cual se canceló 'la autorización de ensamble concedida por Res. No. 1502 de diciembre 10 de 1964, a la firma 'Radiopolis Ltda.'.

"En tales condiciones, es manifiesta la responsabilidad del procesado William Chavarriaga Ochoa. Su versación en materia de importaciones lo excluve de la causal eximente de responsabilidad que plantea la defensa sobre error esencial del hecho, porque, entre otras cosas, actuó a sabiendas de que no tenía los equipos necesarios para el montaje y funcionamiento de la industria de ensamble para que fue autorizado, y no pudiendo cumplir dicha actividad no solo obtuvo la licencia y se comprometió con el Gobierno Nacional a desarrollarla, sino que llevó a cabo las importaciones discriminadas en autos, con el conocimiento pleno y completo de que no podía ejecutar la actividad para la cual declaró que hacía las importaciones". (fls. 56 y 57 C. No 70.).

En la sentencia de primera instancia se anotó:

"En segundo lugar, a todo lo largo y ancho de la indagatoria de Chavarriaga Ochoa se advierte una clara y precisa formación del sindicado en cuestiones aduaneras, circunstancia muy natural dada su trayectoria de importador directo desde hace muchos años". (fls. 410 C. No. 10.).

Se ha expuesto antes cómo la actuación del procesado configura el delito de contrabando, que no desaparece porque los funcionarios de aduana, por negligencia, error o por cualquier otra circunstancia, hayan nacionalizado indebidamente mercancía de prohibida importación o sujeta a licencia previa; por esto, en el aparte a) del art 40. del Decr. 1821 de 1964 se dice: "Importar o intentar importar mercancía de prohibida importación"; y en el caso sub judice se dieron las dos formas: intentó importar los paquetes que fueron retenidos en la aduana e importó toda la mercancía que le fue decomisada bajo la presunción de contrabando.

Por tanto, en ninguna forma se ha violado el art. 272 del C. de P. P., que no hace sino definir qué se entiende por cuerpo del delito; de manera que la violación, en este caso, sería, entre otras normas, del citado aparte a), art. 40. del Decr. No. 1821 de 1964, que no fue objeto de acusación en la demanda de casación, ni podía serlo dada la evidencia de la naturaleza de la

mercancía, puesta de presente en el concepto pericial de los técnicos que intervinieron en la diligencia.

En consecuencia, no prospera ninguno de los tres cargos que alega el recurrente en relación con la causal primera, ya que los actos, hechos y omisiones imputados a Chavarriaga Ochoa integran el delito de contrabando, definido en las normas antes citadas.

d) El cuarto cargo, si bien se refiere a la causal primera, en forma contradictoria, el recurrente acepta la existencia del delito, pero objeta la aplicación de la pena con fundamento en el literal e) del art. 60. del Decr. 1821 de 1964. El literal citado señala la pena de "prisión de dos a ocho años si la cuantía excede de cincuenta mil pesos"; y el art. 10 del mismo decreto, entre las normas para la determinación de la pena, alude al "valor de las mercancías, el de los derechos que debería pagar..."

La crítica a la graduación de la pena resulta infundada, porque los jueces de instancia tienen libertad para hacer la regulación que estimen adecuada, salvo que hayan incurrido en error de derecho o de hecho evidente en la apreciación de determinados elementos probatorios, que en este caso ni siquiera se intentó; porque la crítica que hace el recurrente al dictamen pericial serviría, cuando más, para alegar una objeción dentro del juicio, es decir, dentro del plazo procesal oportuno, pero son del todo ajenas al recurso de casación, que no podría modificar la cuantía señalada, en este caso en la suma de \$ 157.895.18 que excede en tres veces la cuantía mencionada en el aparte e) del art. 60. del Decr. 1821 de 1964.

Si hubo alguna violación de la lev penal al

fijar la pena, sería por no haber dado aplicación al art. 32 del C. P.

Tampoco este cargo resulta fundado.

e) Por último, la cuarta causal alegada por haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad, tampoco tiene fundamento alguno, porque parte de la base de que los hechos imputados a Chavarriaga no son delictuosos, sino que implican irregularidades administrativas; pero como se ha demostrado que se ha configurado un delito de contrabando, resulta innecesario discutir sobre un punto sin base real e incurriendo en una petición de principio, para fundar una nulidad en la supuesta falta de competencia en la rama jurisdiccional, que no ha sancionado irregularidades administrativas sino el delito de contrabando atribuído por la ley en consideración a la materia.

No existe, pues, la supuesta nulidad.

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, NO CASA la sentencia de fecha 6 de agosto del año pasado dictada por el Tribunal Superior de Aduanas contra Enrique William Chavarriaga Ochoa.

Notifiquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano

J. Evencio Posada V., Secretario.

CUESTIONARIOS PARA EL JURADO

No constituye nulidad sustancial, cuando en el concurso de delitos de homicidio y robo, agravados, se hace referencia en ellos, en cada caso, a los circunstancias de agravación señaladas en los arts. 363 y 404 del C. P., sin especificarlas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo.).

(Aprobación: abril 18/69.- Acta No. 16).

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal ad hoc del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso contra la sentencia dictada por dicha Corporación, en la que se condena a Sinforiano Garrido García, por el delito de homicidio, a la pena de catorce (14) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, sentencia que es de 16 de agosto de 1968, por haberse cumplido los trámites de procedimiento del caso.

ANTECEDENTES

Los narra el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo en estos términos:

"El día siete de junio de mil novecientos cincuenta y tres, pretextando una orden de los Comandos Guerrilleros, que por aquella época operaban en los Llanos Orientales, llegaron los señores Sinforiano Garrido y Juan José Sibo González hasta la casa del señor Pablo Velandia, ubicada en la vereda de Guamal, comprensión municipal de San Luis de Palenque, allí encontraron a Desiderio Brito Pinilla, inmediatamente le intimaron captura, lo ataron, lo subieron en una bestia y emprendieron la marcha, afirmando, que lo presentarían ante los Comandos. No obstante lo anterior a considerable distancia de la casa de Pablo Velandia, y concretamente en el sitio llamado "Calseta de Cucaral", en jurisdicción de Pore, el sujeto Sinforiano Garrido, y contra el parecer de Juan José Sibo González, decidió deshacerse del incómodo prisionero, y fue así, como se bajó de la bestia y le propinó una tremenda puñalada a Desiderio Brito Pinilla, arrebatándole la vida. Consumado el homicidio los siniestros personajes se alejaron del lugar, dejando a la víctima a merced de las inclemencias del tiempo y voracidad de los animales. Es de aclarar, que al momento de tomar preso a Desiderio Brito se apoderaron de unos bienes muebles de éste".

La investigación se inició años después de cometidos los delitos de que se habla en la anterior relación de hechos, en vista de la grave situación de orden público que se presentaba en la región en donde ellos se cumplieron.

El catorce (14) de julio de 1961, el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo dictó auto de proceder contra Sinforiano Garrido García y Juan José Sibo González, por los delitos de homicidio en la persona de Desiderio Brito Pinilla y robo en bienes del mismo. En dicho auto se estimó que el homicidio revestía características de asesinato y que el robo era agravado.

El Tribunal Superior de aquel distrito, en auto de once de junio de 1964, confirmó el vocatorio dictado por el Juez mencionado, pero advirtió que lo modificaba "en cuanto a las circunstancias de agravación del delito de homicidio y de agravación del delito de robo, que deben ser las consignadas en el presente fallo para someterlas al Jurado de Conciencia".

Adelantado el juicio, en la audiencia pública, se presentaron al Jurado, dos cuestiones para cada uno de los procesados, así: la primera se refería al delito de homicidio cometido por ellos, en las circunstancias previstas en los numerales 20. y 50. del art. 363 del C. P.; y la segunda hacía relación al delito de robo, agravado por las circunstancias de que tratan los nu-

merales 10. y 40. del art. 404 de la misma obra.

El Jurado se pronunció en el siguiente sentido:

- 1. Afirmó la responsabilidad de Sinforiano Garrido como autor del homicidio en Desiderio Brito Pinilla, pero rechazó las circunstancias de agravación por las cuales se le preguntaba.
- 2. Negó la responsabilidad de Sinforiano Garrido García por el delito de robo, "por falta de pruebas"; y
- 3. No admitió la responsabilidad de Juan José Sibo González, en los delitos de homicidio y robo, y en éste "por falta de pruebas".

Sobre este veredicto, y acogiéndose en su integridad, el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo, dictó la sentencia de 4 de octubre de 1966, en la cual condenó a Garrido García a catorce (14) años de presidio y sanciones accesorias. En la misma absolvió a Garrido García, por el delito de robo que se le había imputado, y a Juan José Sibo González, por los delitos de homicidio y robo, que se le dedujeron en el auto de proceder.

Al revisar, por apelación, el Tribunal Superior de Sogamoso el fallo de primera instancia, lo confirmó en el suyo de 16 de agosto de 1968, el que es motivo del presente recurso.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación presentada por el Fiscal recurrente no fue ampliada por el Procuredor Delegado, por cuanto, en su concepto, el Tribunal sentenciador no incurrió en los vicios de procedimiento que le atribuye el recurrente.

Contra la sentencia condenatoria de Garrido García se hace el siguiente cargo, con base en la causal cuarta de casación prevista por el art. 56 del Decr. 528 de 1964:

Se ha dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad sustancial, porque en el cuestionario sometido al Jurado, en esta causa, se violó el art. 28 de la Ley 4a. de 1943, que fija los requisitos a los cuales deben someterse las preguntas que se hagan al Tribunal de hecho.

"La disposición que consideramos violada—dice el demandante— claramente dice que el juez someterá a la consideración del Jurado Popular entre otras cosas, los hechos materia de la causa "conforme al auto de proceder determinando las circunstancias que lo constitu-

yan...", no obstante, el juez a quo olvidó o no quiso someter la circunstancia aludida a la consideración del Juri siendo que tal hecho viene a determinar y sin lugar a equívocos determina y explica el asesinato. A su vez, el H. Tribunal Superior de Sogamoso —Sala Penal—por circunstancias que este despacho no se explica, dictó la ameritada sentencia cohonestando semejante anomalía que por decir lo menos, afecta la estructura del juicio con flagrante desmedro para los intereses de la sociedad y de la justicia".

En concepto del Fiscal, "una de las circunstancias que elevaron el Homicidio a la categoría de asesinato, en el caso de autos, fue la de que los procesados Sinforiano Garrido García y Juan José Sibo González ultimaron al desventurado Desiderio Brito Pinilla "para preparar, facilitar o consumar otro delito" cual fue el robo".

Con base en la anterior tesis, que trata de desarrollar en su alegato, el recurrente reclama la invalidación del fallo acusado, "a partir del auto de 22 de agosto de 1966, en el que se señala fecha para la audiencia pública".

RESPUESTA AL CARGO

Al revisar el auto de proceder dictado por el Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo, fue claro el Tribunal del mismo Distrito, cuando indicó en la parte motiva de su providencia, lo siguiente:

"... luego está bien que se proponga al Jurado de Conciencia el delito de homicidio de que
se trata, agravado por las circunstancias previstas en los numerales 20. y 50. del art. 363 del
C. P., y del delito de robo con las circunstancias
de agravación de los numerales 10. y 40. del
art. 404 de la misma obra, ya que se trata de
un concurso real de delitos".

Y fue claro igualmente, cuando en la parte resolutiva, dijo esto.

Se confirma "la providencia objeto del recurso de alzada de que se ha hecho mérito, proferida por el señor Juez Segundo Superior de este Distrito, de cuatro de julio de mil novecientos sesenta y uno, con la modificación en su parte motiva, en cuanto a las circunstancias de agravación del delito de homicidio y de agravación del delito de robo, que deben ser las consignadas en el presente fallo, para someterlas al Jurado de Conciencia".

El Juez Superior, estaba sometido al manda-

to de su Superior y, en consecuencia, admitido el concurso material de delitos —homicidio y robo—, por la responsabilidad en ellos de Garrido García y González tenía que interrogar a los jueces de hecho, como en efecto lo hizo. De la misma suerte, en la pregunta relacionada con el homicidio, aludió expresamente a las circunstancias de agravación de los numerales 20. y 50. del art. 363 del C. P., como en la referente al robo interrogó por los agravantes del mismo que fijan los apartes 10. y 40. del art. 404 de aquel estatuto, tal como se dispuso en el vocatorio de segundo grado.

De donde se desprende que, en el campo material y jurídico, se dio exacto cumplimiento al art. 28 de la Ley 4a. de 1943, y se tuvo en cuenta lo dispuesto en el auto de proceder. Consecuentemente, no se incurrió en informalidad alguna, capaz de invalidar el procedimiento adoptado.

Confundió, quizás, al funcionario recurrente alguna frase estampada en la parte motiva del auto de proceder de segunda instancia, en donde el Tribunal enseña que el homicidio "se efectuó para consumar el delito de robo". Pero es lo cierto que, a renglón seguido, la misma Corporación indicó, sin campo alguno para dudar sobre el verdadero entendimiento de su parecer, cuáles circunstancias concurrían en el homicidio, para llevarlo a la categoría de asesinato y cuáles en el delito de robo, para situarlo dentro de las previsiones del art. 404 del C. P. Fuera de que en la parte resolutiva del mismo vocatorio, se dio la orden de someter al jurado de conciencia, únicamente aquellos motivos agravantes de las infracciones deducidas contra los procesados.

En los términos anteriores, la sentencia acusada fue proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso, teniendo en cuenta el veredicto del Jurado, por mandarlo así el art. 15 del Decr. 1.358 de 1964, y en atención a que en la actuación no se había incurrido en motivo de nulidad, que hiciese inoperante el juicio.

Por 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 a que se ha referido este fallo.

Cópiese, notifiquese, publíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

REINCIDENCIA

Se deduce aun cuando no se haya cumplido la pena impuesta en la sentencia, o se haya concedido la condena condicional. Las nulidades legales son taxativas y la del art. 26 de la Carta, se configura por falta absoluta de defensa o por violación de las normas propias del juicio.

- 1. Cuando la nulidad que se pretende haya de ser demostrada, como en el caso de autos, la relativa a error en "la denominación jurídica de la infracción", mediante un examen probatorio, encaminado a establecer que en ella se incurrió por errónea o falta de apreciación de pruebas, no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ordinal 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, teniendo en cuenta, que, en su naturaleza y alcances, ese motivo de impugnación, no da cabida a semejante debate, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 20. del ordinal 10. del expresado texto legal.
- 2. Las nulidades, conforme al régimen a que las somete el C. de P. P., son taxativas y, por lo tanto, no pueden considerarse sino las que específicamente aparezcan establecidas en la ley, punto que importa resaltar, no sin observar, de otro lado, que las que se vienen deduciendo por vía de interpretación del art. 26 de la Constitución Nacional se fundan, de acuerdo con reiterada dectrina de la Corte, "en la falta absoluta de defensa respecto del procesado y en el menoscabo, en desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio".

El haberse determinado, dentro de la parte resolutiva del auto de proceder, la cuantía del delito, fijándola en \$2.950,00, aunque pueda tomarse como irregularidad violatoria del art. 431 del C. de P. P., no está erigido en nulidad legal de ninguna especie y, como es de suyo comprensible, resultaría inexplicable apoyarse en esa sola circunstancia para sostener que a virtud de ella se conculcó al procesado el derecho de defensa, garantizado en el art. 26 de la Carta, o que se menoscabaron "en desmedro de la sociedad, las formas propias del juicio", también tuteladas en ese mismo precepto constitucional.

3. En la configuración de la reincidencia, de

acuerdo con el art. 34 del C. P., no es factor sustancial "que la pena impuesta se hubiese purgado efectivamente, ni siquiera que se hubiere mandado ejecutar o hacer cumplir el fallo. En consecuencia, hay lugar a deducirla aunque el reo hubiere estado huyendo y a pesar de que por el primer delito se hubiese otorgado la condena condicional o el perdón judicial. Existe otro sistema, denominado de la reincidencia verdadera, que exige para el cómputo de la reincidencia el cumplimiento, al menos en parte, de la pena primeramente impuesta. Nuestro Código siguió el sistema que se designa como reincidencia ficta, que no hace esa exigencia y es más fundado, pues el sólo pronunciamiento del fallo debe ser 'una advertencia severa, suficiente para detener al delincuente en la vida de la delincuencia", y si prosigue por ese camino pone de manifiesto su tendencia a la criminalidad y lógicamente una mayor peligrosidad". (Mesa Velásquez, Lecciones de Derecho Penal, parte general, págs. 225 y 226).

El delito de detención arbitraria no se encuentra dentro de las excepciones que señala el artículo 35 del C. P., como se desprende de la simple lectura de ese precepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: abril 25/69.- Acta No. 17).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Hernando Osorno Botero* contra la sentencia del 11 de octubre

del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó, como responsable del delito de peculado en cuantía de \$2.950.00, a la pena de "Treinta y siete meses más diez días de prisión", imponiéndole, además, las penas accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

De los diversos elementos de convicción que ofrece el proceso se desprende que Hernando Osorno, como Alcalde de Titiribí, hizo suyos, en partidas sucesivas, \$2.950.00 que recaudó, por concepto de multas y de fianzas, entre el 2 de septiembre de 1966 y el 25 de mayo de 1967.

El Juzgado 10. Penal del Circuito de Medellín, fundado en los referidos hechos, a los que tomó como constitutivos del delito de peculado, mediante auto del 5 de diciembre de 1967, abrió causa contra el procesado Osorno Botero, determinación que el Tribunal confirmó en su proveído del 22 de marzo del año pasado, precisando que la cuantía del delito era de \$2.950.00.

Ese mismo Juzgado, en sentencia del 26 de julio, también del año pasado, condenó a Osorno Botero, en razón del mismo delito, a la pena principal de "Tres (3) años de prisión", fallo que el Tribunal reformó en el suyo del 11 de octubre para elevar esa pena a la de "Treinta y siete meses más diez días de prisión".

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación de los ords. 40. y 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Causal cuarta:

Con apoyo en esta causal, sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", tesis que fundamenta conforme a estos cargos:

a) En el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", y de este modo, en la nulidad que establece el ord. 50. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, lo que se demuestra "con base en el examen de los hechos que dieron origen al proceso", los cuales somete, a través de la prueba que los acredita, a un amplio análisis crítico,

a efecto de sacar la conclusión de que ellos integran, no el delito de peculado que allí se incriminó, sino el de concusión, "en el caso del art. 156 del C. P., o en el del 157" de la misma obra.

b) El haberse determinado en la parte resolutiva del auto de proceder la cuantía del delito, fijándola en \$ 2.950.00, viola el art. 431 del C. de P. P., y "engendra la misma nulidad" de que trata el ord. 50. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, en su hipótesis de "error relativo a la denominación jurídica de la infracción", dando paso, además a "una nulidad supra-legal consistente en el quebrantamiento de las formas propias del juicio, garantizadas y ordenadas por el art. 26 de la Constitución Nacional".

Se contesta:

I. Cuando la nulidad que se pretende haya de ser demostrada, como en el caso de autos, la relativa a error en "la denominación jurídica de la infracción", mediante un examen probatorio, encaminado a establecer que en ella se incurrió por errónea o falta de apreciación de pruebas, no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ord. 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, teniendo en cuenta que, en su naturaleza y alcance, ese motivo de impugnación, no da cabida a semejante debate, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 20. del ord. 10. del expresado texto legal.

II.- Las nulidades, conforme al régimen a que las somete el C. de P. P., son taxativas y, por lo tanto, no pueden considerarse sino las que específicamente aparezcan establecidas en la ley, punto que importa resaltar, no sin observar, de otro lado, que las que se vienen deduciendo por vía de interpretación del art. 26 de la Constitución Nacional se fundan, de acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, "en la falta absoluta de defensa respecto del procesado y en el menoscabo, en desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio".

III.- El haberse determinado, dentro de la parte resolutiva del auto de proceder, la cuantía del delito, fijándola en \$2.950.00, aunque pueda tomarse como irregularidad violatoria del art. 431 del C. de P. P., no está erigido en nulidad legal de ninguna especie y, como es de suyo comprensible, resultaría inexplicable apoyarse en esa sola circunstancia para sostener que a virtud de ella se conculcó al procesado Osorno Botero el derecho de defensa, garantiza-

do en el art. 26 de la Carta, o que se menoscabaron "en desmedro de la sociedad, las formas propias del juicio", también tuteladas en ese mismo precepto constitucional.

Causal primera:

En la esfera de esta causal, invocada como "subsidiaria" de la 4a. que se deja examinada, el actor sostiene que el fallo acusado es violatorio, "por indebida o errada aplicación", de los arts. 34 y 35 del Código Penal, al tener como "reincidente al procesado y elevarle", de esa suerte, "la sanción", no obstante que la pena anterior que le aparece, referida a "diez meses de prisión", en orden al delito "de detención arbitraria", consumado respecto de "funcionario público", revistió el carácter de condicional, a través de un término de prueba de dos años, el cual venció sin que "durante ese lapso" hubiera incurrido "en un nuevo delito", y que sólo se incorporaron a los autos las copias de la "parte resolutiva" de las sentencias en que se adoptaron aquellas determinaciones, "lo que impide afirmar o negar si la infracción juzgada" cabe "dentro de las excepciones" consagradas en la 2a, de las dos citadas disposiciones.

Se contesta:

a) En la configuración de la reincidencia, de acuerdo con el art. 34 del C.P. no es factor sustancial "que la pena impuesta se hubiese purgado efectivamente, ni siquiera que se hubiere mandado ejecutar o hacer cumplir el fallo. En consecuencia, hay lugar a deducirla aunque el reo hubiere estado huyendo y a pesar de que por el primer delito se hubiese otorgado la con-

dena condicional o el perdón judicial. Existe otro sistema, denominado de la reincidencia verdadera, que exige para el cómputo de la reincidencia el cumplimiento, al menos en parte, de la pena primeramente impuesta. Nuestro Código siguió el sistema que se designa como reincidencia ficta, que no hace esa exigencia y es más fundado, pues el sólo pronunciamiento del fallo debe ser 'una advertencia severa, suficiente para detener al delincuente en la vida de la delincuencia', y si prosigue por ese camino pone de manifiesto su tendencia a la criminalidad y lógicamente una mayor peligrosidad'. (Mesa Velásquez, Lecciones de Derecho Penal, parte general, págs. 225 y 226).

b) El delito de detención arbitraria no se encuentra dentro de las excepciones que señala el art. 35 del C. P., como se desprende de la simple lectura de ese precepto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Hernando Osorno Botero contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

VIOLENCIA CARNAL

Los arts. 113, 117 y 140 del C. C., que reglamentan el contrato de matrimonio, son ajenos a la legislación penal y ninguna incidencia tienen en la definición y sanción del delito de violencia carnal que trae el art. 316 del C. P. El recurso de casación en relación con los perjuicios, en materia penal, solo procede si la cuantía es o excede de cincuenta mil pesos.

1. El art. 316 del C. P. no es una norma de derecho probatorio para que pueda afirmarse que contiene una presunción legal o una de derecho que no admite prueba en contrario, sino que se trata de una disposición de carácter penal que indica los elementos constitutivos del delito de violencia carnal, propio e impropio; pues los móviles o razones que haya tenido el legislador para fijar la edad de catorce años en el caso del delito de violencia carnal impropio, no tiene incidencia alguna en la definición y sanción del ilícito, porque son consideraciones ajenas a la norma misma, que deben aplicar los juzgadores tal cual está, porque no les es lícito legislar y señalar la edad de doce años en lugar de la decatorce prevista en el art. 316 del C. P. sin oscuridad ni duda alguna.

Tampoco es exacto que exista contradicción entre el art. 316 del C. P. con los arts. 113, 140, 117, y demás normas del C. C. invocadas por el recurrente, porque se refieren a materias completamente ajenas, ya que no es lo mismo reglamentar el contrato de matrimonio que legislar sobre el delito de violencia carnal en cualquiera de sus formas; de manera que no existe contradicción alguna, porque no se afirma y se niega al mismo tiempo algo sobre una misma materia sino en función de legislaciones o materias distintas y bajo aspectos completamente diversos, ya que tampoco puede asimilarse un acto lícito, como el contrato de matrimonio, con un acto y hecho ilícito como la violencia carnal consumada en una mujer menor de catorce años.

Confirma la anterior conclusión la doctrina de la Corte que transcribe el propio recurrente, que en lo pertinente dice: "...Según el art. 316 (del C. P.), la edad de catorce años es elemento constitutivo del delito. Pero entre los dos órdenes de legislación, la civil y la penal, no hay contradicción, porque parten de distintos puntos de vista...".

Por demás está decir que los arts. 113, 117, 140, etc. del C. C. no son normas integrantes de la legislación penal, ni que el legislador se hubiera remitido a aquella legislación para configurar el delito de violencia carnal impropio, como bien pudo hacerlo en el inciso 2o. del art. 316 del C. P., o sea, configurar este delito en función con la edad de la mujer para contraer matrimonio válidamente; pero como así no lo hizo, quizá porque quiso dar más garantías a la mujer menor de 14 años, debe estarse a lo que actualmente existe en una norma expresa y clara.

2. En ninguno de los dos cargos se trata de una violación directa de la ley por mala interpretación, sino que realmente sería una violación indirecta de los arts. 94 y 95 del C. P. como consecuencia de un error de derecho en la apreciación de una prueba legalmente ineficaz, con fundamento en el segundo inciso del numeral 10. del art. 56 del Dcr. No. 528 de 1964.

El recurrente incide en petición de principio al suponer que no existen perjuicios ocasionados por el ilícito, cuando la realidad procesal está demostrando que, bien o mal, fue condenado a pagar la suma de diez mil pesos en la sentencia de primera instancia, confirmada por la del tribunal; de tal manera que si existía una violación indirecta de la ley sustancial, no serían los violados los arts. 94 y 95 del C. P., como lo supone el recurrente, sino el 92 del mismo Código en armonía con las disposiciones pertinentes del C. C., en especial las contenidas en los arts. 2341 y siguientes, que no han sido citados como normas quebrantadas por la sentencia del juez de segunda instancia.

Ahora, como la fijación de los perjuicios solo

asciende a la cantidad de diez mil pesos, el recurso de casación sobre estas condenas de las sentencias, de carácter puramente civil, no proceden según el inciso 20. del art. 57 del Dcr. No. 528 de 1964, que dice así:

"Cuando el recurso de casación en materia civil verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso solo son procedentes las causalés de casación en materia civil".

Corte Suprema de Justicia: — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña). (Aprobado: Acta No. 17).

VISTOS

El apoderado de Sotero Durán Durán ha interpuesto el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Barrancabermeja de fecha 25 de octubre de 1968, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la proferida por el juez 1o, penal municipal del mismo lugar, el 25 de junio del año citado, que condenó al procesado a la pena de dos años de prisión, a las accesorias de rigor, al pago de la suma de diez mil pesos a favor de la ofendida como indemnización por los perjuicios ocasionados y, en fin, le concedió el beneficio de suspender la ejecución de la sentencia de conformidad con el art. 80 del C. P., bajo las condiciones y limitaciones allí previstas y enumeradas en la parte resolutiva del fallo.

I.- Hechos. Los hechos aparecen expuestos en la sentencia de primera instancia, así:

"Manifiesta la denunciante y madre de la ofendida que por espacio de dos años hizo vida marital con Sotero Durán Durán, quien atendía a su subsistencia y a la de sus tres hijas menores. En el curso del mes de junio próximo pasado y en ausencia de su madre Sotero poseyó carnalmente a Maritza a quien prometió matrimonio una vez llegada a la edad propicia. Transcurrido algún tiempo el sindicado y la denunciante entraron en desacuerdo y previo convenio optaron por separarse. En el mes de diciembre pasado Sotero contrajo matrimonio, motivo por el cual Maritza al sentirse estafada

sexualmente optó por manifestar a su madre lo ocurrido, quien de inmediato formuló denuncio". (fls. 41 C. No. 10.).

El Tribunal Superior al revisar la sentencia de primera instancia, expuso:

"De manera pues, que tenemos la afirmación de la ofendida, la demostración de su dicho por medio de la prueba técnica científica (Medicina Legal), y la paladina confesión del acusado. Igualmente la demostración de que cuando el ayuntamiento carnal ocurrió, la ofendida no alcanzaba la edad de los catorce años. Aquí se hallan resumidos los elementos del delito de violencia carnal, la materialización del mismo y la consiguiente responsabilidad del autor, a cuya conclusión llegamos con la lectura del texto del art. 316 del C. P.

II.- Demanda de Casación. El recurrente plantea el primer cargo, con fundamento en la causal primera, así:

"De acuerdo con el art. 63 del Decr. 528 de 1964 señalo como causal de casación del fallo recurrido la causal primera del art. 56 del mencionado decreto, por ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea del art. 316 del C. P." (fls. 4 C. No. 50.).

Para demostrar el cargo, comienza por distinguir entre delito de violencia carnal, definido en el primer inciso del art. 316 del C. P., con el delito impropio sancionado en el segundo, en el cual, según la jurisprudencia, considera que se ha establecido una presunción "juris et de jure", como se deduce de la doctrina de la Corte en cuanto ha afirmado que en la víctima menor de catorce años "se presume la falta de consentimiento, tanto por falta de madurez de juicio suficiente para prestarlo, como por la falta de desarrollo necesario que por lo común cabe suponer entonces para realizar ese acto" (T. LXVI, 679 G. J.), que corrobora con la cita que hace del tratadista argentino Ricardo C. Núñez.

Estudia a continuación el recurrente la forma cómo la legislación argentina, en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio, armoniza con los tratados internacionales celebrados sobre la materia, lo cual no ocurre con la nacional.

Afirma que el segundo inciso del art. 316 aer C. P. debe armonizarse con las disposiciones civiles que regulan la capacidad para contraer matrimonio y al efecto cita los arts. 113, 140 y 117 del C. C., para luego argüir:

"De lo anterior resulta que legalmente la mujer desde los doce años válidamente puede otorgar su consentimiento para vivir con un hombre y procrear, de acuerdo con el C. C., celebrando matrimonio.

"Así, no puede concluirse, de acuerdo con la ley civil (art. 140) que la mujer mayor de 12 años, aunque sea menor de 14, no puede consentir válidamente su unión con un hombre para procrear, que son los fines naturales del matrimonio, como el C. C. lo establece en el art. 113.

"Por el contrario, su consentimiento es la razón de la validez del matrimonio.

"Aunque esta situación legal debe admitirse que, por lo menos, hay una incompatibilidad con el texto del inciso 20. del art. 316 del C. P., ya que sanciona el acceso carnal con menor de 14 años, como si se hubiera realizado sin consentimiento de esta persona y mediante violencia física y moral, factores tipificantes del delito de violencia carnal, precisamente exigidos en el inciso primero de tal disposición.

"La incongruencia consiste, concretamente, en que el consentimiento que el art. 140 del C. C. exige en la mujer menor de 14 años, pero mayor de 12, para poder unirse válidamente con un hombre y procrear, en matrimonio, se presume sin validez en el inciso segundo del art. 316 del C. P. para el mismo acto". (fls. 6 y 7 cdno. 50.).

Esta contradicción entre las dos legislaciones, la civil y la penal, según el decir del recurrente, debe resolverse mediante la aplicación del art. 50. de la Ley 57 de 1887; porque "... si el art. 140 del C. C. en armonía con el art. 34 ibídem contiene una disposición contradictoria con el inciso segundo del art. 316 del C. P., preferirá la norma del C. C., en razón del orden de preferencia establecido por el mismo legislador.

"Y entonces, debe concluirse que el consentimiento para vivir con un hombre y procrear, o sea el consentimiento para el acceso carnal, que haya prestado una mujer mayor de 12 años, aunque sea menor de 14, es válido y debe tenerse en cuenta por el legislador". (fls. 8 ib.).

Se contesta el cargo. Desde luego, el recurrente no fue lo suficientemente preciso para indicar si la violación era directa o indirecta, pero por las consideraciones que expone se refiere al motivo de casación previsto en el primer inciso del numeral 10. del art. 56 del Decr. No. 528 de 1964, dentro de la primera causal.

Sobre los argumentos aducidos, se observa:

- a) El art. 316 del C. P. no es una norma de derecho probatorio para que pueda afirmarse que contiene una presunción legal o una de derecho que no admite prueba en contrario, sino que se trata de una disposición de carácter penal que indica los elementos constitutivos del delito de violencia carnal, propio e impropio; pues los móviles o razones que haya tenido el legislador para fijar la edad de catorce años en el caso del delito de violencia carnal impropio, no tiene incidencia alguna en la definición y sanción del ilícito, porque son consideraciones ajenas a la norma misma, que deben aplicar los juzgadores tal cual está, porque no les es lícito legislar v señalar la edad de doce años en lugar de la de catorce prevista en el art. 316 del C. P. sin oscuridad ni duda alguna.
- b) Tampoco es exacto que exista contradicción entre el art. 316 del C. P. con los arts. 113, 140, 117 y demás normas del C.C. invocadas por el recurrente, porque se refieren a materias completamente ajenas, ya que no es lo mismo reglamentar el contrato de matrimonio que legislar sobre el delito de violencia carnal en cualquiera de sus formas: de manera que no existe contradicción alguna, porque no se afirma v se niega al mismo tiempo algo sobre una misma materia sino en función de legislaciones o materias distintas y bajo aspectos completamente diversos, ya que tampoco puede asimilarse un acto lícito, como el contrato de matrimonio, con un acto y hecho ilícito como la violencia carnal consumada en una mujer menor de catorce años.
- c) Confirma la anterior conclusión la doctrina de la Corte que transcribe el propio recurrente, que en lo pertinente dice: "... Según el art. 316 del C. P., la edad de catorce años es elemento constitutivo del delito. Pero entre los dos órdenes de legislación, la civil y la penal, no hay contradicción, porque parten de distintos puntos de vista..."
- d) Por demás está decir que los arts. 113, 117, 140, etc. del C. C. no son normas integrantes de la legislación penal, ni que el legislador se hubiera remitido a aquella legislación para configurar el delito de violencia carnal impropio, como bien pudo hacerlo en el inciso 20. del art. 316 del C. P., o sea, configurar este delito en función con la edad de la mujer para

contraer matrimonio válidamente; pero como así no lo hizo, quizá porque quiso dar más garantías a la mujer menor de 14 años, debe estarse a lo que actualmente existe en una norma expresa y clara.

e) Al contestar este cargo, dice el procurador 10. delegado en lo penal:

"Se nota confusión en el abogado recurrente cuando sostiene que el contenido del art. 140 del C. C. es extensivo con respecto a la mujer para cohabitar extramatrimonialmente, sin que para el último evento pueda tener aplicación el art. 316 del C. P. En el primer caso la facultad concedida a la mujer menor de 14 y mayor de 12, es para la realización de un acto lícito, de protección legal, y normativo de tratados internacionales. Pero lo consagrado en la norma penal es para impedir la ejecución del acto ilícito, violador de la ley, y amenazante a la organización social, amén de ser norma protectora al menor de 14 años, todo lo cual está enseñado por la H. Corte en la sentencia transcrita por el recurrente en su demanda (fl. 7 cdno. Corte). Así las cosas, no se puede razonar con una pretendida contradicción entre las normas civiles y penales, ya que cada una de ellas se proyectan en vertientes distintas y definidas, sin que su presencia pueda bordear abismos de contradicción, produciendo caos en el ordenamiento jurídico, ni menos quebrantamientos internacionales, o ubicación ideológica de los colombianos frente al credo católico que profesan". (fls. 24 y 25 ib.).

En consecuencia, se desecha el cargo.

Segundo cargo.- Dice el recurrente, textualmente, lo siguiente en cuanto concierne a este cargo:

"Acuso también la sentencia recurrida de ser violatoria del art. 94 del C. P. por infracción directa resultante de error de derecho en el entendimiento del art. 268 del C. de P. P. al apreciar un peritazgo de avalúo.

"Efectivamente, la sentencia recurrida no se ocupa, ni por referencia, a la condenación impuesta en el fallo de primera instancia al pago de diez mil pesos por concepto de indemnización de los daños ocasionados con la infracción, a pesar de que confirma dicho fallo en todas sus partes, y por lo tanto en el numeral 30., correspondiente a la indemnización". (fls. 13 ib.).

Luego pasa a estudiar el dictamen pericial rendido dentro del juicio, el cual lo considera ineficaz por violación de los arts. 260, 266 y 268 del C. de P. P., porque no se llenaron en su debida oportunidad las formalidades impuestas o prescritas en las normas invocadas.

Termina el cargo con estas palabras:

"Por este motivo claramente se observa que el juzgador, al imponer al acusado la obligación de pagar en favor de la ofendida la suma de \$10.000.00, como valor de la indemnización de los perjuicios causados con la infracción, sin el respaldo probatorio necesario. cuando en el mismo fallo confirmado por la sentencia recurrida se ha afirmado que los daños morales no objetivados son de imposible valuación y que aunque el perito los haya llamado perjuicios materiales esos daños son los daños morales y su indemnización el 'pretium doloris' de Josserand, se ha violado directamente el art. 94 del C. P. que establece precisamente que cuando el delito no hubiera causado daño que pueda evaluarse pecuniariamente, puede el Juez imponer una multa en favor del Estado hasta por mil pesos". (fls. 14 ib.).

Tercer cargo. En este cargo principia por expresar: "Acuso también el fallo recurrido por ser violatorio del art. 95 del C. P. por errónea interpretación".

Insiste en que, reconociendo la sentencia que no hubo perjuicios, confirmó el numeral 3o. de la de primera instancia que los fijó en la suma de diez mil pesos y "el juez no puede transpasar el límite señalado en el art. 95 del C. P."

"Por este motivo —continúa el recurrente—, siendo cierto que no existe prueba alguna de daños, como expresamente se admite en la sentencia, no es aceptable que el juzgador manifestara como fundamento de su decisión en cuanto a la condenación a indemnización, mediante el pago de \$10.000.00, que 'no hay prueba sobre el menoscabo patrimonial en este caso' y que 'parece que el perito tuvo un error al denominar los daños como materiales cuando la realidad es que su clasificación encaja mejor dentro de lo moral-subjetivo". (fls. 15 ib.).

Contestación de los cargos. Se estudiarán conjuntamente los dos cargos formulados por el recurrente, porque en puridad de verdad no es sino uno solo que se contesta con las mismas razones, como así se procede a hacerlo:

a) Desde luego, en ninguno de los dos cargos se trata de una violación directa de la ley por mala interpretación, sino que realmente sería una violación indirecta de los arts. 94 y 95 del C. P. como consecuencia de un error de derecho en la apreciación de una prueba legalmente ineficaz, con fundamento en el segundo inciso del numeral 10. del art. 56 del Decr. No. 528 de 1964.

- b) El recurrente incide en petición de principio al suponer que no existen perjuicios ocasionados por el ilícito, cuando la realidad procesal está demostrando que, bien o mal, fue condenado a pagar la suma de diez mil pesos en la sentencia de primera instancia, confirmada por la del tribunal; de tal manera que si existía una violación indirecta de la ley sustancial, no serían los violados los arts. 94 y 95 del C. P., como lo supone el recurrente, sino el 92 del mismo Código en armonía con las disposiciones pertinentes del C.C., en especial las contenidas en los arts. 2341 y siguientes, que no han sido citados como normas quebrantadas por la sentencia del juez de segunda instancia.
- c) Ahora, como la fijación de los perjuicios solo asciende a la cantidad de diez mil pesos, el recurso de casación sobre estas condenas de las sentencias, de carácter puramente civil, no proceden según el inciso 20. del art. 57 del Decr. No. 528 de 1964, que dice así:

"Cuando el recurso de casación en materia civil verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso solo son procedentes las causales de casación en materia civil".

Por tanto, los dos cargos memorados son impertinentes o improcedentes.

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, NO CASA la sentencia de fecha 25 de octubre de 1968 proferida por el Tribunal Superior de Barrancabermeja en este juicio adelantado contra Sotero Durán Durán.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.



RESTITUCION DE TERMINOS

Se aplican las normas del Procedimiento Civil. La imprevisibilidad y la irresistibilidad caracterizan la fuerza mayor o el caso fortuito. La enfermedad padecida por el apoderado antes de recibir el poder y de empezar a correr un término, no constituye un hecho sobrevenido, ni "imprevisto para el ejercicio de la actividad procesal".

Aunque el C. de P. P., no contempla de modo expreso la restitución de términos, la remisión que hace el art. 70. del mismo a las disposiciones comunes a tedos los juicios contenidas en el C. de P. C., para llenar sus vacíos, permite la aplicación en el proceso penal del art. 372 del estatuto últimamente citado, conforme al cual "cuando por fuerza mayar o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en forma definitiva", cuestión que se decide, según el inciso 20. de la misma norma, "previos los trámites de una articulación".

Para la prosperidad de la solicitud, la parte interesada en el restablecimiento del término debe demostrar, en el lapso de prueba de la articulación, que un evento extraño a su voluntad, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, le impidió ejercer la actividad procesal en la oportunidad legal.

Por fuerza mayor o caso fortuito hay que entender, al tenor del art. 10. de la Ley 95 de 1890, que subregó el art. 64 del C. C., "el imprevisto a que no es posible resistir". Sus notas características son, en consecuencia, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, vale decir, que el suceso no se hubiere podido prever ni evitar con diligencia y prudencia ordinarias, y que su naturaleza sea tal, que haya realmente impedido, a manera de obstáculo insalvable, el cumplimiento de la obligación o la realización del acto a que se tenía derecho.

Dentro del consepto de fuorza mayor o caso fortuito cabe perfectamente la enfermedad sobrevenida, cuando por su gravedad imposibilite la acción, pues la enumeración que de hechos fortuitos hace la disposición antes citada es claramente enunciativa y no taxativa.

La certificación médica aportada por el abagado que solicita la restitución de los términos, no precisa siquiera la enfermedad que éste padeció, razón por la cual la Corte no puede aceptar que ella haya constituído fuerza mayor o caso fortuito para ejercer la actividad a que se obligó con la aceptación que le confirió el procesado y cuenta la propia certificación, que la enfermedad, existía con anterioridad a la fecha en que recibió el poder para sostener la impugnación de la sentencia en casación, y con antelación, igualmente, al día en que empezó a correr el término del traslado para la presentación del libelo correspondiente. Luego no fue un suceso sobrevenido, un hecho "imprevisto" al que no fuera posible resistir.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta No. 17).

VISTOS

Agotado el trámite propio de la articulación, procede la Corte a resolver la solicitud de restitución de términos hecha por el doctor Manuel Ramos Martínez, apoderado de los procesados Luis Alfredo Rubiano y Gabriel Niño, en escrito presentado el 8 de marzo de este año.

ANTECEDENTES PROCESALES

Por auto de noviembre 15 postrero la sala declaró admisible el recurso de casación interpuesto por los procesados Luis Alfredo Rubiano Arévalo y Gabriela Niño Alba contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1968 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y dispuso correr traslado a los recurrentes por el término le-

gal de treinta días para que, por medio de abogado inscrito en la Corte y con poder especial para representarlos ante ella, formularan la demanda de casación (fl 2).

Tales traslados se surtieron, según constancias de la Secretaría visibles al fl. 3 vuelto, así: el referente al procesado Rubiano Arévalo, a partir del 3 de diciembre de 1968, y el correspondiente al procesado Niño Alba, a partir del 3 de febrero de 1969.

Los recurrentes designaron en sendos escritos como apoderado, para sustentar la impugnación, al doctor Manuel Ramos Martínez, a quien se reconoció personería para ese efecto mediante autos calendados en diciembre 11 de 1968 y febrero 28 de 1969, como puede verse a fls. 7 y 13.

El 28 de enero último el doctor Ramos presentó, en el carácter de representante judicial del sentenciado Luis Alfredo Rubiano Arévalo, como demanda de casación, el escrito glosado a fls. 8 y 9, el cual adicionó en el que aparece a fls. 10 y 11, presentado el 31 del mismo.

En memorial datado el 8 de marzo el mencionado abogado pide la restitución de los términos de los traslados para presentar las demandas de casación pertinentes, con la siguiente motivación:

"Teniendo en cuenta que en tiempo oportuno, pero sin analizar concienzudamente el expediente por no haberlo retirado, presenta dos escritos, los cuales solicité como favor especial a un colega, y que estos escritos observo ahora, no reunen los requisitos de la técnica de Casación; observación que no hice al firmarlos, debido precisamente a mi delicado estado de salud; por estar inhabilitado; me permito solicitar a los señores Magistrados no tener en la cuenta, es decir, no entrar a considerar tales escritos. Considerando sí la oportunidad que debiera concedérseme para corregir los escritos referidos aquí.

"Por lo anteriormente expuesto y de acuerdo con lo prescrito en el art. 372 del C. J., con base en la certificación médica que adjunto a esta petición, ruego a ustedes se sirvan restituir los términos del traslado para presentar las demandas de Casación pertinentes. Considero que al concedérseme esta oportunidad, puedo enmendar la falta de técnica exigida por la Honorable Corte".

La certificación a que alude el memorialista la suscribe el doctor Marco A. Castro Rey, quien en el término probatorio del incidente la ratificó bajo juramento, y en ella hace constar "que ha atendido para enfermedad al Dr. Manuel Ramos Martínez desde el día 3 de diciembre de 1968 hasta el 24 de febrero de este año. Dentro de la prescripción médica para su enfermedad, se ordenó reposo absoluto y descanso intelectual para evitar complicaciones" (fl. 14).

El procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la pretensión del actor, expresando que "en el presente caso no se dan los requisitos que para la restitución de términos exige el art. 372 del C. J., ya que basta arguir que sí se hizo uso del término para formular la demanda de casación y lo que pretende el memorialista es su corrección, lo cual no admite la ley en cuanto se refiere al recurso extraordinario de casación".

SE CONSIDERA

I.- Aunque el C. de P. P. no contempla de modo expreso la restitución de términos, la remisión que hace el art. 70. del mismo a las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el C. de P. C., para llenar sus vacíos, permite la aplicación en el proceso penal del art. 372 del estatuto últimamente citado, conforme al cual "cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva", cuestión que se decide, según el inciso 20. de la misma norma, "previos los trámites de una articulación".

II.- Para la prosperidad de la solicitud, la parte interesada en el restablecimiento del término debe demostrar, en el lapso de prueba de la articulación, que un evento extraño a su voluntad, constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, le impidió ejercer la actividad procesal en la oportunidad legal.

III.- Por fuerza mayor o caso fortuito hay que entender, al tenor del art. 10. de la Ley 95 de 1890, que subrogó el art. 64 del C. C., "el imprevisto a que no es posible resistir". Sus notas características son, en consecuencia, la imprevisibilidad y la irresistibilidad, vale decir, que el suceso no se hubiere podido prever ni evitar con diligencia y prudencia ordinarias, y que su naturáleza sea tal que haya realmente impedido, a manera de obstáculo, insalvable, el cumplimiento de la obligación o la realización del acto a que se tenía derecho.

IV.- Dentro del concepto fuerza mayor o caso fortuito cabe perfectamente la enfermedad sobrevenida, cuando por su gravedad imposibilite la acción, pues la enumeración que de hechos fortuitos hace la disposición antes citada es

claramente enunciativa y no taxativa.

V.- En el presente asunto está establecido que el doctor Manuel Ramos Martínez, como representante del incriminado Luis Alfredo Rubiano, presentó en tiempo, a manera de demanda de casación, el escrito que obra a fls. 8 y 9 del cuaderno de la Corte, sobre cuyo mérito aún no se ha pronunciado la Sala. Quiere ello decir que hizo efectivamente uso del término de que disponía el recurrente para formular la acusación contra la sentencia, razón por la cual resulta notoriamente improcedente, con respecto a la causa de dicho procesado, la petición de restitución de tal termino.

VI.- En cuanto atañe al plazo dentro del cual ha debido aquel profesional presentar la demanda de casación correspondiente al recurso interpuesto por el procesado Gabriel Niño Alba, acto que no cumplió, tampoco puede la Corte acceder a la cuestionada solicitud, por los siguientes motivos:

a) La certificación médica aportada por el doctor Ramos Martínez no precisa siquiera la enfermedad que éste padeció, razón por la cual la Corte no puede aceptar que ella haya constituído fuerza mayor o caso fortuito para ejercer la actividad a que aquel se obligó con la acepta-

ción del poder que le confirió Niño Alba; v.

b) La innominada enfermedad del doctor Ramos, tomando en cuenta la propia certificación por él allegada, existía desde el 3 de diciembre de 1968, esto es, con anterioridad a la fecha en que recibió el poder para sostener la impugnación, y con antelación igualmente al día en que empezó a correr el término de traslado para la presentación del libelo pertinente (febrero 3 de 1969). Luego no fue un suceso sobrevenido, un hecho "imprevisto" al que no fuera posible resistir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA la restitución de términos solicitada por el abogado Manuel Ramos Martínez, de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese y notifíquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COPARTICIPACION CRIMINAL

La causal la. de casación, a que hace referencia el inciso 20. del ord. lo. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no procede en los juicios en que interviene el jurado. La falta de notificación a alguno o algunos de los jurados sorteados, principales o suplentes, no constituye nulidad de carácter legal, y menos constitucional. Las previsiones del art. 19 del C. P., comprende a los autores, coautores, correos y partícipes necesarios y el 20 la complicidad no necesaria. Comunicabilidad de las circunstancias agravantes del autor o cómplice, al partícipe del delito que las conoce.

1. No se sabe a ciencia cierta si el actor al invocar la causal primera de casación, afirma la violación directa de la ley sustancial o la violación indirecta, o si se refiere a ambas situaciones.

Si el motivo de impugnación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, es el relacionado en el inciso 1o. del numeral 1o. del art. 5ó del Decr. 528 de 1964, el actor debió partir de la aceptación de los hechos, tal como aparecen admitidos en el fallo acusado, y luego, mediante un razonamiento lógico, demostrar que se violaron determinadas disposiciones de la ley sustancial penal, indicándolas precisamente y dando el sentido de la violación.

Ahora bien, como la demanda rechaza la autoría o coparticipación de Saúl Trujillo Losada en la muerte de Ismael Casanova Sánchez, la Corte tiene que entender que en ella se hace referencia al inciso 2o. del numeral 1o. del art. 56 del Decreto citado. Y ello es así, pues en el alegato o exposición hecha a manera de fundamentación del recurso, se ensaya, un examen o análisis de las pruebas que comprometen a Trujillo Losada como partícipe de la muerte de Casanova Sánchez.

Este juicio se adelantó con la intervención del jurado, el que afirmó la responsabilidad de Trujillo Losada con base en las pruebas aportadas al debate y libremente apreciadas por aquel cuerpo.

Pues bien. La Corte ha venido sosteniendo de tiempo atrás y sin interrupción alguna que, cuando se trata de juicios con la intervención del jurado, no procede, en casación plantear, por segunda vez, el debate probatorio, que terminó en la audiencia pública. Lo anterior por estas razones: 1o. porque el jurado obra en conciencia, lo que indica que goza de libertad en la apreciación de las pruebas que se presentan a su consideración y que decide según su intima convicción; y 2o. porque un nuevo examen probatorio sólo podría conducir a una declaración de contraevidencia del veredicto, y ello, de una parte, no corresponde a la Corte y sí a los juzgadores de instancia, y de la otra, no ha sido consagrada como causal de casación.

Al afirmar que el jurado tiene plena libertad en la apreciación de los elementos probatorios que se someten a su juicio, no se afirma, desde luego, que esté facultado para desconocer la_realidad procesal o ir contra la evidencia objetiva, porque en tal caso vendría, en las instancias, la declaratoria de contraevidencia, la que, como se expresó antes, no da base a la casación en materia penal.

Fuera de lo dicho, debe recordarse que, en los juicios con intervención del jurado, la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto, según mandato contenido en el art. 15 del Decr. 1.358 de 1964.

2. La causal de nulidad que enseñaba el numeral 50. del art. 198 del C. de P. P. desapareció en virtud de los arts. 37 y 40 del Decr. 1.358 de 1964. Tampoco con lo que toca con la composición del jurado, pues a él concurrieron dos principales y un suplente de los sorteados, lo que hace válida su actuación. Si a algunos de los sorteados no se notificó la fecha de audiencia, se debió ello a que no fueron encontrados.

El Juez del conocimiento ordenó tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados y dispuso la notificación del caso a los designados. Si la fecha de la audiencia no se notificó a todos, ello se debió a que Luis María Penagos se encontraba, por la época, enfermo en Bogotá, y Angel Rojas Rodríguez se había trasladado a Florencia. No obstante, a la audiencia concurrieron jueces de hecho, debidamente sorteados y aceptados, por lo cual su actuación no adolece de vicio alguno, pues se dio cumplimiento para el caso al art. 27 del Decr. 1.358 de 1964.

No se advierte, por consiguiente, la nulidad de carácter legal. Ella no podrá tampoco considerarse sustancial pues ni se quitó derecho al procesado, ni se limitó su defensa, la cual se cumplió a cabalidad, tanto en el aspecto material como en el campo formal.

3. En los juicios en que interviene el Jurado, el fundamento mediato de la sentencia es el auto de proceder, en el cual se concretan los cargos al procesado; pero la razón inmediata del fallo definitivo radica en la respuesta dada por el juez de hecho a la cuestión que le propone el juez de derecho, por mandarlo así el art. 15 del Decr. 1.358 de 1964. Acierta, pues, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma, en su concepto que "por tratarse de un juicio en que intervino el jurado de conciencia la disonancia debería establecerse entre el veredicto del jurado y la sentencia y no entre el auto de proceder y el fallo, como equivocadamente lo propuso el actor".

No obstante la dicha, conviene recordar al recurrente que en el auto de proceder contra Ulises Gustavo Mernández, se dedujeron las siguientes circunstancias de agravación del homicidio a que se alude aquí: la premeditación. acompañada de motivos innobles a bajos: la situación de inferioridad personal en que se colocó a la víctima y el aprovechamiento de ella para los victimarios; y el haber dado muerte al cónyuge de Concepción Tello Plazas, siendo conocido tal estado por los delincuentes. Por tanto, si al Jurado se interrogó en armonía con el auto de proceder, si la respuesta fue afirmativa de responsabilidad y si la sentencia acogió el veredicto, mal podrá hablarse de desacuerdo del fallo con el auto de proceder o con el veredicto del Jurado.

"La determinación de la responsabilidad es función privativa del jurado, en los juicios en que interviene éste, ya la misión del juez de derecho es la de interpretar el veredicto para encausarlo dentro de las disposiciones de la ley penal que reprime el hecho previamente reconocido por los jueces populares. Por esto se ha dicho que la base de la sentencia tiene por fundamento inmediato el veredicto, y la sentencia que rebase los límites del veredicto, bien sea excediéndose o limitando

la responsabilidad reconocida por el Jurado, estaría en franco desacuerdo con él, y por consiguiente es casable por la causal 3a. del art. 567 del C. de P. P.", que es hoy la segunda del art. 56 del Decr. 528 de 1964., (Cas. 3 de marzo de 1948, LXV. 89).

4. El autor del delito es aquel que ejecuta los actos de consumación del mismo, o sea, aquellos con los cuales se alcanza el resultado perseguido. Cuando la actividad delictuosa se cumple por más de una persona, esto es, cuando el trabajo se divide entre varios individuos, habrá varios autores, que actúan en concurso para alcanzar el fin propuesto, en este caso la muerte de Casanova Sánchez. Se tiene así a los coautores, que participan, en forma voluntaria, a la perfección y consumación del hecho que la ley penal ha sancionado con la imposición de una pena. Desde luego, la coparticipación no es siempre la misma en todos ellos.

Autores, coautores, correos, partícipes necesarios están todos comprendidos dentro de las previsiones del art. 19 del estatuto penal, norma que los coloca en un pie de igualdad para los efectos de la punición, ya que como se dice allí, quedarán sometidos a la sanción establecida para el delito.

Autores intelectuales son aquellos que, poseyendo la idea delictuosa y queriendo su realización, la comunican a otros, para que éstos la lleven a su consumación. Los autores intelectuales instigan, determinan a otro u otros para que cometan un determinado delito.

Se da, en este orden de ideas, finalmente, la complicidad no necesaria en "el que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho...", según el art. 20 del C. P.

5. A los procesados se les dedujo, como circunstancia de agravación del hecho, la que trae el numeral 10. del art. 363 del C. P., porque conocían perfectamente que la víctima era el esposo de la cómplice Concepción Tello Plazas. Y, como lo indica el Procurador Delegado, "las circunstancias personales que concurran respecto del autor o cómplice se comunica a los partícipes que las hubieren conocido, precisamente el caso de autos", y ello en atención al art. 21 del estatuto punitivo.

El primer inciso del art. 21 habla de "circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad" y dispone que no se tenga "en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurran". Tales circunstancias son, desde luego, las contempladas

en los arts. 23 y 25 del C. P., es decir, las causas de inimputabilidad y de justificación del hecho, y aquellas referidas en los arts. 27 y 28 de la misma obra, que atenúan o disminuyen la responsabilidad.

El inciso 20. dispone, en cambio, que "aquellas cuyo efecto sea agravar la sanción", se tendrán en cuenta cuando han sido conocidas por el partícipe, esto es, por quien, en cualquier forma concurra a la ejecución del hecho delictuoso. Y así, es asesino—lo dice Vásquez Abad, en su Tratado de Derecho Penal Colombiano— la "persona que interviene como cómplice de otra, que da muerte a su padre...", "siempre y cuando que el copartícipe conociera el vínculo de consanguinidad que une al autor principal con la víctima.

"En el primer inciso — expresó la Comisión redactora del Código— se habla de cómplice, pero en su más amplio sentido que abarca a toda persona que haya participado en la comisión del delito..."

Do esta suerte, los procesados conocieron las circunstancias de agravación concurrente en el cómplice no necesario Concepción Tello Plazas, y a pesar de ello, concurrió a la ejecución del hecho, en la forma que rezan estos cuadernos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: abril 17/69. - Acta No. 17).

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto o sustentado por los apoderados de Saúl Trujillo Losada y Gustavo Hernández Salas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, el 3 de abril de 1968. En ésta se condenó a Benjamín Sanabria Perdomo y a Saúl Trujillo Losada a veintiún (21) años de presidio, a Gustavo Hernández Salas a quince años y seis meses de presidio y a Concepción Tello v. de Casanova a ocho (8) años de la misma pena, por el delito de homicidio calificado en la persona de Ismael Casanova, esposo de la última. A todos se impusieron las sanciones accesorias del caso.

E recurso interpuesto por Sanabria Perdomo fue de larado desierto, pues no se presentó de-

manda de casación, dentro de los términos legales. Concepción Tello v. de Casanova aceptó el fallo condenatorio.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a este proceso fueron narrados por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal en los siguientes términos:

"Benjamín Sanabria Perdomo y Concepción Tello de Casanova, esposa legitima de Ismael Casanova Sánchez, establecieron relaciones amorosas y sexuales a espaldas de éste a quien consideraron un estorbo en su vida y por tal motivo, de común acuerdo, resolvieron eliminarlo. Para el efecto Benjamín Sanabria se valió de la cooperación de Gustavo Hernández S. y de Saúl Trujillo Losada quienes realizaron con éste el hecho de dar muerte a Casanova Sánchez, en circunstancias que lo pusieron en condiciones de indefensión cumpliendo un plan preconcebido por los amantes, Hernández y Trujillo Losada".

Adelantada la investigación correspondiente por el Inspector Segundo Municipal de Policía de Neiva, correspondió calificarla al Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad. Este, por auto de 28 de mayo de 1966, llamó a juicio, ante Jurado, a Benjamín Sanabria Perdomo, Concepción Tello v. de Casanova, Ulises Gustavo Hernández Salas v Saúl Trujillo Losada, por el delito de homicidio en la persona de Ismael Casanova Sánchez, esposo de Concepción Tello, hecho ocurrido en el kilómetro trece (13) de la carretera Neiva-Tarpella, vía San Antonio, el día veinte (20) de julio de mil novecientos sesenta y cinco, en las circunstancias que se describen en la misma providencia.

Sometidas al Jurado, en la audiencia pública, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los sindicados, como coautores del delito mencionado, se obtuvo un veredicto simplemente afirmativo, salvo en cuanto a Concepción Tello v. de Casanova, a la que se consideró como cómplice no necesaria.

Con base en este veredicto, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia condenatoria contra Sanabria, Trujillo, Hernández y Concepción Tello v. de Casanova, el 15 de noviembre de 1967, en la forma dicha antes.

Revisada esta sentencia por el Tribunal Superior de Neiva, fue confirmada el 3 de abril de

1968, en la providencia que es motivo del presente recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

Presentaron demanda de casación los apoderados de Saúl Trujillo Losada y de Ulises Gustavo Hernández Salas. No lo hizo así el recurrente Sanabria Perdomo.

Primera demanda: la de Saúl Trujillo Losada.- En ella, el apoderado, "después de una prolongada e innecesaria transcripción de pruebas testimoniales" y de alegatos presentados en las instancias, impugna la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, con base en las causales señaladas en los numerales 10., 30. y 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Se sostiene allí, en efecto:

a) Que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, pues en ella se hizo una apreciación errónea de las pruebas, lo que llevó al juzgador a aplicar indebidamente los arts. 362 y 363 del C. P., y como consecuencia de ello, a desestimar el mandato del art. 437 del C. de P. P.

Dice la demanda: "Mi mandante no tiene responsabilidad criminal, ni le afecta ésta porque no concurrió a la perpetración del delito ni fue autor a la realización del delito ni tuvo nada que ver con las consecuencias que la ley sanciona.

"Ni fue autor ni cómplice ni encubridor y en este caso al calificar la participación los Jueces del fondo cometieron error".

Para demostrar lo anterior, se traen transcripciones de alegaciones anteriores y se ensaya, al mismo tiempo, un examen de las probanzas que se allegaron al expediente.

b) Que la sentencia fue dictada sobre "un veredicto evidentemente contradictorio que afecta à todos los condenados y procesados y por tanto a Saúl Trujillo Losada mi representado en esta casación".

La razón del anterior aserto se encuentra —dice la demanda— en que "el jurado afirmó que Concepción Tello v. de Casanova no había determinado a otro y a otros a eliminar violentamente a Ismael Casanova Sánchez y por otra afirmó que Gustavo Hernández Salas había sido determinado por la esposa legítima de Ismael Casanova Sánchez que no es otra que Concepción Tello de Casanova.

"Entonces el Jurado afirmó y negó al mismo

tiempo una determinada circunstancia, lo cual contituye la clásica contradicción que consiste precisamente en afirmar y negar al mismo tiempo una cosa, lo cual viola el principio de contradicción que indica que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo, en la misma unidad de tiempo. El veredicto es entonces claro, evidentemente contradictorio, y sobre él se dictó la sentencia".

c) Que la sentencia es violatoria de las leves procesales por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad, "tanto legal, como constitucional". La nulidad de carácter legal se hace consistir en que no se dio cumplimiento a lo establecido en el numeral 50. del art. 198 del C. P. P., que dispone notificar en debida forma, esto es, personalmente, el auto que señala día v hora para la celebración del juicio, en primer lugar. Y en segundo término, en haberse procedido, de manera irregular, en la formación del jurado que intervino en la audiencia pública, pues éste quedó compuesto por dos principales y un suplente, en atención a que no fueron notificados otros miembros del tribunal de hecho, violándose, por tanto, los arts. 25 y 26 del Decr. 1.358 de 1964.

La nulidad sustancial, en cambio, se hace consistir en haber interrogado al Jurado por una circunstancia que no se había deducido en el auto de proceder, o sea, la "agravante de que trata el numeral 10. del art. 363 del C. P., circunstancia que únicamente le fue deducida a Concepción Tello de Casanova", con lo cual se violó lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 4a. de 1943 y de la misma suerte el art. 26 de la Constitución Nacional.

SE RESPONDEN LOS CARGOS

1. No se sabe a ciencia cierta si el actor, al invocar la causal primera de casación, afirma la violación directa de la ley sustancial o la violación indirecta, o si se refiere a ambas situaciones.

Si el motivo de impugnación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, es el relacionado en el inciso 10. del numeral 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, el actor debió partir de la aceptación de los hechos, tal como aparecen admitidos en el fallo acusado, y luego, mediante un razonamiento lógico, demostrar que se violaron determinadas disposiciones de la ley sustancial penal, indicándolas precisamente y dando el sentido de la violación.

Ahora bien, como la demanda rechaza la autoría o coparticipación de Saúl Trujillo Losada en la muerte de Ismael Casanova Sánchez, la Corte tiene que entender que en ella se hace referencia al inciso 2o. del numeral 1o. del art. 56 del decreto citado. Y ello es así, pues en el alegato o exposición hecha a manera de fundamentación del recurso, se ensaya, (como se indicó atrás), un examen o análisis de las pruebas que comprometen a Trujillo Losada como partícipe de la muerte de Casanova Sánchez.

Este juicio se adelantó con la intervención del jurado, el que afirmó la responsabilidad de Trujillo Losada con base en las pruebas aportadas al debate y libremente apreciadas por aquel cuerpo.

Pues bien. La Corte ha venido sosteniendo de tiempo atrás v sin interrupción alguna que, cuando se trata de juicios con la intervención del jurado, no procede, en casación, plantear, por segunda vez, el debate probatorio, que terminó en la audiencia pública. Lo anterior por estas razones: 10. porque el jurado obra en conciencia, lo que indica que goza de libertad en la apreciación de las pruebas que se presentan a su consideración y que decide su intima convicción; y 2o. porque un nuevo examen probatorio sólo podría conducir a una declaración de contraevidencia del veredicto, y ello, de una parte, no corresponde a la Corte y sí a los juzgadores de instancia, y de la otra, no ha sido consagrada como causal de casación.

Al afirmar que el jurado tiene plena libertad en la apreciación de los elementos probatorios que se someten a su juicio, no se afirma, desde luego, que esté facultado para desconocer la realidad procesal o ir contra la evidencia objetiva, porque en tal caso vendría, en las instancias, la declaratoria de contraevidencia, la que, como se expresó antes, no da base a la casación en materia penal.

Fuera de lo dicho, debe recordarse que, en los juicios con intervención del jurado, la sentencia tiene como fundamento inmediato el veredicto, según mandato contenido en el art. 15 del Decr. 1.358 de 1964.

Por consiguiente, no se ha demostrado la causal primera de casación.

20. Se afirma que la sentencia del Tribunal Superior de Neiva se dictó sobre un veredicto contradictorio, por lo cual el recurso de casación procede en virtud del numeral 30. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

La argumentación del demandante para demostrar esta causal carece de valor y se hace pensar a la Corte que el apoderado del recurrente no tiene un concepto preciso sobre lo que debe entenderse por veredicto contradictorio.

La Corte ha dicho que "para que el veredicto pueda calificarse de contradictorio, es decir, en pugna con el principio de contradicción, es necesario que sus términos impliquen la afirmación y la negación de la misma cosa, por el mismo aspecto y el mismo tiempo". "La contradicción en el veredicto resulta de afirmar y negar a un mismo tiempo", una situación idéntica.

Por consiguiente, para que pueda hablarse de contradicción en un veredicto, es necesario que en él se encuentren varios términos, o sea, que no se trate de una proposición simple, sino de una compleja, en donde al mismo tiempo se afirme y se niegue un hecho.

Pero en este caso el veredicto es simple, pues en él solo se afirma la responsabilidad de Trujillo Losada. "Sí es responsable", fue la respuesta dada por el jurado a la cuestión a él sometida por el juez de derecho. Y si no hay allí agregación a apreciación que pueda contradecir la afirmación escueta de la responsabilidad, mal puede hablarse de veredicto contradictorio. Ni vale comparar este veredicto con otros pronunciados dentro de este proceso, pues cada respuesta del jurado es un todo completo, ajeno a lo que el juez de hecho afirme o niegue en otras decisiones.

Y si se encontrase que no puede coexistir un veredicto frente a otro porque la situación objetiva los rechaza, es la contraevidencia lo que se puede obtener, dentro de las instancias, como lo previó el legislador en los arts. 537 y 554 del C. de P. P.

Es suficiente lo dicho para concluir que no se ha demostrado la causal tercera de casación.

30. Se afirma que se ha incurrido en nulidad legal y también sustancial.

No se ha demostrado ni lo uno, ni lo otro.

No lo primero, pues la causal de nulidad que enseñaba el numeral 50. del art. 198 del C. de P. P. desapareció en virtud de los arts. 37 y 40 del Decr. 1.358 de 1964. Tampoco con lo que toca con la composición del jurado, pues a él concurrieron dos principales y un suplente de los sorteados, lo que hace válida su actuación. Si a algunos de los sorteados no se notificó la

fecha de audiencia, se debió ello a que no fueron encontrados.

El Juez del conocimiento ordenó tener como jurados a los seis ciudadanos sorteados y dispuso la notificación del caso a los designados. Si la fecha de la audiencia no se notificó a todos, ello se debió a que Luis María Penagos se encontraba, por la época, enfermo en Bogotá, y Angel Rojas Rodríguez se había trasladado a Florencia. No obstante, a la audiencia concurrieron jueces de hecho, debidamente sorteados y aceptados, por lo cual su actuación no adolece de vicio alguno, pues se dio cumplimiento para el caso al art. 27 del Decr. 1.358 de 1964.

No se advierte, por consiguiente, la nulidad de carácter legal. Ella no podrá tampoco considerarse sustancial, pues ni se quitó derecho al procesado, ni se limitó su defensa, la cual se cumplió a cabalidad, tanto en el aspecto material como en el campo formal.

En cuanto al cargo que se hace contra la sentencia de haberse dictado en un proceso viciado de nulidad constitucional, se debe destacar lo siguiente:

A los procesados se hizo el cargo de haber participado en la muerte de Ismael Casanova Sánchez, a sabiendas de que éste era el esposo legítimo de Concepción Tello de Casanova, tanto en el auto de proceder de la primera instancia, como en la providencia de segundo grado. Por consiguiente, al jurado correspondía decidir sobre tal extremo.

Se indicó, en efecto, en el auto de proceder de segunda instancia, a este respecto, lo que sigue:

"Finalmente obra establecido que Ismael Casanova era esposo legítimo de Concepción Tello Plazas y que esta circunstancia personal era plenamente conocida por los restantes sindicados, lo que hace que les sea comunicable como un elemento más constitutivo de asesinato y que se halla previsto por el numeral 10. del mismo art. 363, por establecerlo así el art. 21 del C. P....".

Por consiguiente, si se interrogó al Jurado sobre tal circunstancia, ello se debió a que fue cargada a los reos en el auto vocatorio, y el cuestionario debe traducir los cargos que en aquel se hagan a los enjuiciados.

Así, no se violó el art. 28 de la Ley 4a, de 1943, ni se quebrantó la norma suprema (art. 26 de la C. N.).

En los términos anteriores, será desechada la demanda presentada por el apoderado de Saúl Truillo Losada.

Segunda demanda: la de Ulises Gustavo Hernández Salas. En este libelo se proponen contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva las causales contempladas en los numerales 10., 20., 30. y 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

10. Con base en la causal primera, el demandante simplemente afirma que el fallador "interpretó mal el inciso 20. del art. 21 del C. P., interpretó mal dicho inciso del mencionado artículo, porque el parentesco (sic) de consanguinidad o el de afinidad no forma parte de lo que el art. 21, inciso 20. autoriza cargar al cómplice conocedor de su existencia, es decir no constituye circunstancia personal, que, al ser conocida por el cómplice, le sea imputada".

Sobre el particular no se ensaya demostración alguna.

20. Se dice que la sentencia está en desacuerdo con el auto de proceder, pues en éste no se
dedujo contra Hernández Salas la circunstancia de haber obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y de haber
participado en la muerte de Ismael Casanova
Sánchez, sabiendo que éste era el esposo de
Concepción Tello Plazas, comprometida también en el crimen, y no obstante ello se preguntó al jurado por tales situaciones. Obtenida de
éste una respuesta afirmativa de responsabilidad, el Tribunal dictó sentencia condenatoria, a pesar de tan notorias fallas.

Se afirma igualmente que la sentencia se pronunció en desacuerdo con el veredicto del jurado, ya que éste, al desconocer en Concepción Tello Plazas, la calidad de autora intelectual, negó también, con relación a Hernández, la circunstancia agravante del numeral 10. del art. 363 del C. P.

- 3. Para el demandante la sentencia proferida contra Ulises Gustavo Hernández Salas, lo fue con base en un veredicto contradictorio. El fundamento de este cargo radica en el hecho de que Concepción Tello Plazas fue considerada por el jurado, en el veredicto correspondiente, como una cómplice no necesaria. De esta suerte, si la Tello Plazas no determinó a Hernández Salas a cometer el crimen, mal puede sostenerse que éste haya actuado con las circunstancias que se le dedujeron en el auto de proceder.
 - 4. Se afirma en el escrito impugnatorio de la

sentencia condenatoria de que se trata, que ésta se pronunció en un juicio viciado de nulidad legal y de nulidad constitucional.

La primera —nulidad legal— consiste en que no se notificó personalmente a los jurados el auto que señaló fecha para la audiencia, en especial a Luis María Penagos y a Angel María Rodríguez.

La segunda —nulidad constitucional— se hace consistir en que, habiendo sido llamado a juicio Hernández Salas, por homicidio, con la sola circunstancia calificadora que contempla el numeral 50. del art. 363 del C. P., no obstante, en el cuestionario, se interrogó al jurado por aquel delito, pero, además, con las circunstancias señaladas en los numerales 10. y 20. del mencionado mandamiento legal.

Se responden los cargos:

1. El demandante no ensayó siquiera la demostración de la causal primera de casación. Se contentó con mencionarla, al hablar de violación del inciso 20. del art. 21 del C. P.

El auto de proceder dedujo contra Ulises Gustavo Hernández Salas las circunstancias siguientes: haber obrado con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos (art. 363, num. 20.); haber puesto a la víctima en especiales condiciones de indefensión e inferioridad personal, "como que el hecho se cometió con insidia, engañando a la víctima para llevarla desprevenida al sacrificio, con seguridad y sin peligro para los acusados (art. 363, num. 50.); y haber actuado contra el esposo legítimo de Concepción Tello Plazas, sabiendo del vínculo existente (art. 363, num. 10.) y teniendo en cuenta que ésta obraba como instigadora del delito.

Si ello es así, en el cuestionario propuesto al Jurado, tenían que mencionarse estas circunstancias, como ocurrió. Y obtenida una respuesta afirmativa, sobre la cual edificó precisamente la sentencia, ésta no violó norma alguna, ya que aplicó las pertinentes.

De otra parte, el demandante estaba obligado a demostrar la causal, y como se explicó antes, no lo hizo. Por tanto, es el caso de desecharla.

20. En los juicios en que interviene el jurado, el fundamento mediato de la sentencia es el auto de proceder, en el cual se concretan los cargos al procesado; pero la razón inmediata del fallo definitivo radica en la respuesta dada

por el juez de hecho a la cuestión que le propone el juez de derecho, por mandarlo así el art. 15 del Decr. 1.358 de 1964. Acierta, pues, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando afirma, en su concepto que "por tratarse de un juicio en que intervino el jurado de conciencia la disonancia debería establecerse entre el veredicto del jurado y la sentencia y no entre el auto de proceder y el fallo, como equivocadamente lo propuso el actor".

No obstante lo dicho, conviene recordar al recurrente que en el auto de proceder contra Ulises Gustavo Hernández, se dedujeron las siguientes circunstancias de agravación del homicidio a que se alude aquí: la premeditación, acompañada de motivos innobles o bajos: la situación de inferioridad personal en que se colocó a la víctima y el aprovechamiento de ella para los victimarios; y el haber dado muerte al cónyuge de Concepción Tello Plazas, siendo conocido tal estado por los delincuentes. Por tanto, si al Jurado se interrogó en armonía con el auto de proceder, si la respuesta fue afirmativa de responsabilidad y si la sentencia acogió el veredicto, mal podrá hablarse de desacuerdo del fallo con el auto de proceder o con el veredicto del Jurado.

"La determinación de la responsabilidad es función privativa del jurado, en los juicios en que interviene éste, y la misión del juez de derecho es la de interpretar el veredicto para encausarlo dentro de las disposiciones de la lev penal que reprime el hecho previamente reconocido por los jueces populares. Por esto se ha dicho que la base de la sentencia tiene por fundamento inmediato el veredicto, y la sentencia que rebase los límites del veredicto, bien sea excediéndose o limitando la responsabilidad reconocida por el Jurado, estaría en franco desacuerdo con él, y por consiguiente es casable por la causal 3a. del art. 567 del C. de P. P.". que es hoy la segunda del art. 56 del Decr. 528 de 1964. (Cas., 2 de marzo de 1948, LXV, 89).

Consecuentemente, el cargo que se hace a la sentencia, con base en la causal segunda de casación, carece de todo valor y será desechado.

3. Se sostiene por el apoderado de Hernández Salas que la sentencia que dio término a este proceso se dictó con base en un veredicto contradictorio, "en atención —explica el Procurador— a que el jurado de conciencia negó a Concepción Tello de Casanova haber determinado el homicidio de su legítimo esposo Ismael Casanova pues la declaró responsable como cómplice no necesario y, declarar el mismo jurado,

de otra parte responsable de homicidio a Gustavo Hernández con varias agravantes entre éstas la del parentesco entre las personas mencionadas y condenársele, la sentencia se dictó con base en un veredicto contradictorio ya que en uno se afirmó lo que en otro se negó".

En el cuestionario propuesto al Jurado, referente a la responsabilidad de Hernández Salas, como partícipe en el homicidio en la persona de Ismael Casanova, esposo legítimo de Concepción Tello Plazas no se menciona la determinación que sobre él hubiera podido ejercer la esposa del occiso. Por tal aspecto, es equivocada la afirmación del recurrente.

En cuanto a la contradicción en el veredicto afirmativo de la responsabilidad de Hernández Salas, tendría la Corte que repetir lo que ya dijo, al analizar la demanda presentada por el apoderado de Trujillo Losada, en el que se hizo el mismo cargo contra la sentencia.

Para que pueda hablarse de contradicción en un veredicto, es necesario que en él se encuentren varios términos, es decir, que la respuesta no sea una proposición simple, sino compleja, en donde al mismo tiempo se afirme y se niegue un hecho.

"Sí es responsable", fue el veredicto. Ninguna apreciación, ninguna agregación, capaz de desvirtuar la afirmación, se agregó por el jurado. De donde se desprende que no existiendo el término de comparación, mal puede hablarse de veredicto contradictorio. Ni vale comparar esta respuesta con otras dictadas en este mismo proceso, ya que cada contestación del jurado es un todo completo, ajeno a lo que se haya afirmado o negado en otras decisiones. Esto es, la suerte de un procesado, por lo general, no se puede hacer depender de la suerte que corran los demás, cuando contra varios se ha adelantado la causa, ya que el tribunal popular tiene cierta libertad para apreciar, en concreto. las pruebas que los comprometan individualmente.

Varias personas aparecen comprometidas en el homicidio en la persona de Ismael Casanova Sánchez: Sanabria, Trujillo, Hernández y Concepción Tello. La mujer, señalada como "instigadora", en el auto de proceder de segundo grado, fue aceptada como "cómplice no necesario" por el jurado. Los tres sujetos dichos aparecen comprometidos directamente en los actos que terminaron con la vida de la víctima.

El autor del delito es aquel que ejecuta los

actos de consumación del mismo, o sea, aquellos con los cuales se alcanza el resultado perseguido. Cuando la actividad delictuosa se cumple por más de una persona, esto es, cuando el trabajo se divide entre varios individuos, habrá varios autores, que actúan en concurso para alcanzar el fin propuesto, en este caso la muerte de Casanova Sánchez. Se tiene así a los coautores, que participan, en forma voluntaria, a la perfección y consumación del hecho que la ley penal ha sancionado con la imposición de una pena. Desde luego, la coparticipación no es siempre la misma en todos ellos.

Autores, coautores, correos, partícipes necesarios están todos comprometidos dentro de las previsiones del art. 19 del estatuto penal, norma que los coloca en un pie de igualdad para los efectos de la punición, ya que como se dice allí, quedarán sometidos a la sanción establecida para el delito.

Autores intelectuales son aquellos que, poseyendo la idea delictuosa y queriendo su realización, la comunican a otros, para que éstos la lleven a su consumación. Los autores intelectuales instigan, determinan a otro u otros para que cometan un determinado delito.

Se da, en este orden de ideas, finalmente, la complicidad no necesaria en "el que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho...", según el art. 20 del C. P.

Pues bien. El Jurado, en esta causa, aceptó la autoría o señaló como coautores del homicidio en Casanova, a Sanabria, Trujillo y Hernández Salas. Concepción Tello v. de Casanova también participó en la muerte de su esposo, si bien su complicidad no era necesaria, según el veredicto del Jurado. A todos se aplicó la sanción correspondiente, teniendo en cuenta el grado de participación.

Ahora bien. Al procesado (Hernández Salas) se le dedujo, como circunstancia de agravación del hecho, (igual que a los otros comprometidos en el mismo), la que trae el numeral 10. del art. 363 del C. P., porque (él) conocía perfectamente que (Ismael Casanova Sánchez), la víctima, era el esposo de la cómplice Concepción Tello Plazas. Y, como lo indica el Procurador Delegado, "las circunstancias personales que concurran respecto del autor o cómplice se comunica a los partícipes que las hubieren conocido, precisamente el caso de autos", y ello en atención al art. 21 del estatuto punitivo.

El primer inciso del art. 21 habla de "circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad" y dispone que no se tenga "en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurran". Tales circunstancias son, desde luego, las contempladas en los arts. 23 y 25 del C. P., es decir, las causas de inimputabilidad y de justificación del hecho, y aquellas referidas en los arts. 27 y 28 de la misma obra, que atenúan o disminuyen la responsabilidad.

El inciso 20. dispone, en cambio, que "aquellas cuyo efecto sea agravar la sanción", se tendrán en cuenta cuando han sido conocidas por el partícipe, esto es, por quien, en cualquier forma concurra a la ejecución del hecho delictuoso. Y así, es asesino—lo dice Vásquez Abad, en su Tratado de Derecho Penal Colombiano—la "persona que interviene como cómplice de otra, que da muerte a su padre...", "siempre y cuando que el copartícipe conociera el vínculo de consanguinidad que une al autor principal con la víctima".

"En el primer inciso —expresó la comisión redactora del Código— se habla de cómplice, pero en su más amplio sentido, que abarca a toda persona que haya participado en la comisión del delito...".

De esta suerte, el procesado (Hernández Salas) conoció la circunstancia de agravación concurrente en el cómplice no necesario Concepción Tello Plazas, y a pesar de ello concurrió a la ejecución del hecho, en la forma que rezan estos cuadernos.

Como se ve, el actor no demostró el cargo que hizo a la sentencia con base en la causal tercera de casación.

4. Se afirma por el recurrente que la demanda se dictó en un juicio viciado de nulidad legal y de nulidad constitucional.

La primera se alega con fundamento en el numeral 50. del art. 198 del C. de P. P., en primer lugar, y luego, en que el jurado que intervino en la causa no estuvo correctamente integrado.

El art. 37 del Decr. 1.358 de 1964 no consideró como causal de nulidad la situación contemplada en el numeral 50. del artículo 198 citado, y el artículo 40 del mismo decreto derogó expresamente el art. 171 del C. de P. P.

A la audiencia pública concurrieron, para

integrar el jurado, tres de los ciudadanos que fueron sorteados, dos principales y un suplente. Su actuación no adolece de vicio alguno —se indicó antes— pues se dio cumplimiento para el caso al art. 27 del Decr. 1358 de 1964. De otra parte, la nulidad aquí propuesta, lo fue antes en las instancias. Tanto el Juez Superior como el Tribunal del Distrito Judicial de Neiva la estudiaron y desecharon en exposiciones que la Corte prohija, pues ellas recogen admirablemente las normaciones jurídicas sobre el particular.

Por este mismo aspecto, no podrá mencionarse la nulidad constitucional, pues ni se privó al procesado del derecho de defensa, ni se le limitó tal derecho.

La nulidad sustancial se hace consistir en haber interrogado al Jurado, en relación con Hernández Salas, por su responsabilidad por haber participado en el homicidio de Ismael Casanova Sánchez, hecho que se cumplió dentro de las circunstancias previstas en los numerales 10., 20. y 50. del art. 363 del C. P.

Ya, al analizar otros cargos, se refirió la Corte a esta cuestión, por lo cual no es el caso de repetir lo dicho allí.

El cuestionario hecho al Jurado tradujo exactamente el cargo deducido en el auto de proceder contra este procesado y fijó las circunstancias conocidas que lo especificaban. Por tanto, no se ha incurrido en informalidad alguna.

De donde este cargo resulta sin capacidad alguna para obtener el resultado que se persiguió.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del Agente del Ministerio Público, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva.

Cópiese, notifiquese, publíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

ESTAFA Y ROBO

El acto de disposición patrimonial del ofendido, si no es consecuencia de las iniciales maniobras engañosas, sino de cualquier forma de violencia, constituye robo y no estafa.

Entra los prosupuestos tipificadores de la estata, está el empleo de artificios o engaños con efisacia y capacidad suficientos para inducir en error el estatado, en forma tal que el agente activo logro, en virtud de essos medios embaucadores, la entrega de la cosa o prestación, con significación patrimonial. Por manera, que en razón del ardid empleado por el delincuente, se produce en la víctima la representación falsa o equivocada sobre algo, y, a su vez, al ser inducida en error, determina su consentimiento para la realización del acto e disposición patrimonial.

Los anotados factoros que caracterizan la ostafa, amón de la obtención de un provecho ilícito, soñalan a su vez las diferencias específicas que distinguen eso ilícito de otros dirigidos contra el patrimonio económico, como el roba, el cual, en su forma más simple, os el acto de tomar lo ajeno valióndoso de medios violentos contra las personas o las cosas, bien sea la violencia física, moral o presunta. Esta violencia, que determina el apaderamiento o entrega de la cosa por razón de tal circunstancia, tieno por finalidad asegurar el producto del delito o procurar la impunidad.

Em al auto da procadar se estima que todos los actos raplizados per al agento fueron maniobras angañosas o artificios dirigidas a inducir en error a la víctima para obtenor la entrega voluntaria, madianto esos medios, de la cosa objeto material de la infracción.

Las accionas se suparcharía ampleadas inizialmente por el procesado con la posible finalidad de perpetrar una estata, ardides consistentes en haberse prosentado ante el dueño de una fábrica de calzado y lograr el interés de éste en la adquisición de unos cueros, compraventa que debía realizar el cajero del negacio, a quien se proveyó de fondos monetarios acra ese ofecto.

Pore, al dimere ne fue a peder del agente del dalite en virtud de exes medies de engaño, ni su entrega previne de situaciones creades previamente por aquel para la modificación del derecho de propiedad en el perjudicado, ya que las circunstancias de la comisión del hecho —el dinero lo entregó el cajero, por las amenazas que le hicieran—, revelan que la conducta del acusado cambió en cuanto al modo de ejecución de su propósito criminal, interrumpiéndose de súbito el iter criminis de la pretensa estafa.

Nuestra ley penal en su art. 408 determina los elementos estructurales de la estafa, al señalar, como presupuestos necesarios para que se tipifique ese delito, el engaño o artificio apto para inducir en error al ofendido, maquinación que, por lo tanto, debe tener con el error una intima relación de efecto a causa. Por manera que la comprobación de tales factores que dan tipicidad al referido ilícito, debe surgir de prueba idónea, o major aún, de las circunstancias de la comisión del hecho, por cuanto, como lo ha aceptado la jurisprudencia nacional, la estafa "tiene una configuración jurídica especial" y "ella está relacionada con los modos de ejecución o como si se dijera con el modus operandi del agente".

Si se atiende a la relatada por el cajera, en cuanto a la forma de consumación del ilícito, se tione, al contrario de las apreciaciones generales contenidas en el auto de proceder, entre el ampleo de iniciales medios habilideses por el procesado, tendientes a crear una situación falsa para que el dueño de la fábrica de calzado verificara una negociación de compraventa de cueros, y la entrega del dinero por parte del cajero, no existe relación de causalidad, como tampoco puede predicarse que el ánimo de éste último fuera inducido a error por esas maguinaciones fraudulentas. ya que toda vinculación de causalidad a este respecto quedó rota, precisamente, en virtud de una nueva situación de violencia creada por el infractor sobre el sujeto pasivo, determinante del apoderamiento de la cosa ajena, y que, por lo tanto, desplaza la responsabilidad hacia otro tipo delictivo, o sea, el robo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano). (Aprobación: abril 25/69.- Acta No. 17).

VISTOS

Agotado el trámite legal correspondiente, procede esta Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia dictada por la antedicha Corporación el primero de julio del pasado año, mediante la cual, al confirmar la proferida por el Juez Treinta y Seis Pinal Municipal de esta ciudad, condenó a Jesús María Pacheco M., como responsable del delito de estafa, a la pena principal de veinticinco meses de prisión y a las sanciones accesorias pertinentes.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

En los postreros días de junio de 1967, Jesús María Pacheco y otro sujeto se presentaron ante el propietario de una fábrica o almacén de calzado, señor José Ismael Molina, pretextando la venta de cueros. Un hermano del dueño del establecimiento, en vista de la insistencia de los oferentes de esos artículos, resolvió efectuar el negocio y para ese fin envió al contador Jaime Giraldo, acompañado de tales personas, con un cheque por valor de seiscientos pesos, para su cobro, y doscientos pesos en dinero efectivo, destinados a cubrir el precio de compra de los cueros. Una vez cambiado el cheque, dichos sujetos llevaron a Giraldo hasta un lugar apartado del barrio de Las Cruces, en donde le exigieron la entrega de los ochocientos pesos, y como la calle estaba sola y al portador del dinero le dio miedo, este lo entregó, después de lo cual aquellos "salieron corriendo, sin que les pudiera dar alcance". Días después, en lugar cercano al de la comisión del ilícito, Pacheco fue reconocido por Giraldo y con intervención de policía capturado.

Por tales hechos, una vez adelantada la investigación, el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Bogotá llamó a responder en juicio criminal al precitado Jesús María Pacheco, M., entendiéndolos como constitutivos del delito de estafa, según auto de 7 de noviembre de 1967, que fue consentido por las partes.

Posteriormente, el juzgador de primer grado impuso al acusado, mediante sentencia calendada el 23 de febrero de 1968, la pena privativa de la libertad de veinticinco meses de prisión, y las sanciones accesorias del caso, fallo que, al ser consultado, confirmó el ad quem.

DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente, en libelo formalmente ceñido a los requerimientos de rigor legal, después de la relación de los hechos, impugna el anotado fallo con invocación de las siguientes causales de casación: la gobernada por el ordinal 10. del art. 56 del Decr. Legislativo número 528 de 1964, por error de hecho en la apreciación de una prueba, "que condujo a la aplicación indebida de los preceptos sustantivos, porque se echó mano del art. 408 del C. P., en lugar de tomarse el 402 (art. 20. de la Ley 4a. de 1943)"; la establecida en el mismo ordinal de la precitada norma, porque la sentencia violó directamente la ley sustancial por interpretación errónea, motivo de casación que se fundamenta en los mismos argumentos en que se apoya el anterior; la prevista en el numeral 40, del art, 56 del referido estatuto legal, por haberse dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad, por error en la denominación jurídica de la infracción, ya que, en opinión del recurrente, el cargo resultante al acusado es el de robo y no el de estafa.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, con ocasión del traslado previsto en el art. 3o. del Decreto-Ley número 1154 de 1954, manifiesta que no coadyuva ni respalda la demanda en cuestión, toda vez que tuvo plena razón el Tribunal de Bogotá al condenar al procesado Pacheco M. por el delito de estafa, de acuerdo con amplios razonamientos que al respecto expone y a los cuales se hará especial referencia en los considerandos de esta decisión.

LA ACUSACION

Causal Cuarta

En orden inverso al seguido por el Fiscal recurrente y atendiendo al criterio de lógica jurídica que preside la técnica de este recurso extraordinario, la Sala entra a examinar las impugnaciones a la sentencia cuestionada, mas dando prelación a la que hace relación a la invalidez del juicio, o sea, la establecida en la causal cuarta de la preceptuación ya citada, por cuanto, al prosperar ésta, correspondería a la Corte hacer una declaratoria parcial o total de nulidad y ordenar,

en consecuencia, la devolución del proceso a quien corresponda, por conducto del Tribunal de origen, para que se reponga el procedimiento.

Con fundamento en la precitada causal cuarta de casación, se impugna la sentencia por cuanto se dictó en juicio viciado de nulidad, ya que en el auto de proceder se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

En desarrollo del cargo dice el recurrente:

"En el auto de calificación del proceso, visible a fls. 34 y siguientes del cuaderno original, se sostiene que la calificación jurídica del delito atribuído al señor José (sic) María Pacheco Momellín o Medellín, es el de estafa, "porque todos los actos realizados por el sindicado... fueron actos ejecutivos en el proceso de realización del delito, puesto que todas estas maniobras tienen la virtud suficiente para tipificar el delito de estafa ya que los actos consumativos o resultado, como fue la obtención del provecho ilícito se llevaron a cabo hasta su consumación...".

"Empero, he afirmado que el señor Giraldo no entregó voluntariamente los dineros recibidos de sus patrones, en el almacén de calzado y cuyo objetivo era compra de mercancías. La entrega de tales cantidades fue precedida exclusivamente por la violencia moral y hasta física desplegada por el incriminado y su compañero hasta ahora inidentificado. No fue error provocado en la mente del señor Giraldo lo que determinó la entrega o el desplazamiento de los ochocientos pesos a manos de Pacheco y el codelincuente. Fue la opresión a la facultad de elegir, que se realizó en sitio adecuado, previsto de antemano y al cual hicieron llegar al señor Giraldo. La Honorable Sala de nuestro máximo Tribunal, ha de reflexionar de cómo una persona normal, en igualdad de condiciones a las experimentadas por el dependiente Giraldo, hubiera sucumbido ante las pretensiones arbitrarias e ilícitas de Pacheco y su coconcertado.

"Partiendo por esta circunstancia, del elemento básico informador de certeza, como lo es el testimonio del señor Giraldo, se comprende que la actividad de Pacheco no podía incorporarse dentro de la nominación estafar descrita por el art. 408 del C. P., sino dentro de las previsiones del art. 402, de tal obra, en la medida en que la entrega o desplazamiento de las cosas muebles, no se logró por ardid o engaño, sino por fuerza o violencia moral (que también pudiera apodarse física). Con todo el juzgador de primera instancia incurrió en el error de calificar mal el delito, contagiando así al Tribunal de Bogotá, hasta

realizarse el último acto jurisdiccional de trascendencia en el rito ordinario, cual fue la sentencia confirmatoria de responsabilidad, por estafa, dictada contra el acriminado Pacheco Momellín o Medellín".

Además, la Sala procede a estudiar preferencialmente el referido cargo por cuanto en realidad se ha aducido la causal prevista en el ordinal 10. del art. 56 del Decr. Legislativo número 528 de 1964 v. en forma más concreta, la establecida en el inciso 2o. de dicho ordenamiento, que consagra como motivo de casación la violación indirecta de la lev sustancial proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, pero para luego, como consecuencia, pedir la nulidad de la actuación por haberse dictado la sentencia en un juicio que adolece de tal vicio, al tenor de lo dispuesto en el numeral 40, del precitado estatuto legal, en concordancia con lo preceptuado en el ord. 5o. del art. 37 del Decreto-Ley número 1358 de 1964.

SE CONTESTA

El error en la denominación jurídica de la infracción se hace depender en el evento sub judice de que a Pacheco se le formuló en el auto de enjuiciamiento un cargo distinto del que realmente le corresponde, pues se le llamó a responder en juicio criminal por el delito de estafa, tratándose de un robo, toda vez que la prueba básica allegada al proceso, o sea, el testimonio del cajero Jaime Giraldo permite concluir que no hubo estafa en la acción del agente.

Antes de entrar al estudio de la prueba aducida contra el incriminado, importa, así se haga solo señalando su estructura fundamental, advertir algunas características de la anotada infracción penal.

No obstante ser la estafa un ilícito que, como lo ponen en evidencia los tratadistas de la materia, asume modalidades tan variadas y proteicas en las formas o procedimientos de ejecución, por ser múltiples los ardides a que se recurre para la comisión del mismo, sin embargo, nuestra ley penal, al definir la infracción en referencia, lo hace en los siguientes términos, que permiten aislar con claridad los elementos que la estructuran:

"Art. 408.- El que induciendo a una persona en error por medio de artificios o engaños, obtenga un provecho ilícito con perjuicio de otro, incurrirá en prisión...".

Entre esos presupuestos tipificadores de la estafa, que es necesario destacar para los fines de este pronunciamiento, está el empleo de artificios o engaños con eficacia y capacidad suficientes para inducir en error al estafado, en forma tal que el agente activo logre, en virtud de esos medios embaucadores, la entrega de la cosa o prestación, con significación patrimonial. Por manera, que en razón del ardid empleado por el delincuente, se produce en la víctima la representación falsa o equivocada sobre algo, y, a su vez, al ser inducida en error, determina su consentimiento para la realización del acto o disposición patrimonial.

A este respecto anota el tratadista doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez (Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad, págs. 167 y 168):

"En el iter criminis de la estafa el error del ofendido sigue de inmediato al artificio del estafador, y debe tener con él una íntima relación de efecto a causa.

"Dentro del proceso sucesivo de los hechos que integran una estafa, dice Soler, la situación del error podría decirse que es central. Debe ocupar un lugar intermedio entre el ardid y la disposición patrimonial y con ambos ha de mantener una estrecha relación de razón suficiente. El ardid debe haber determinado el error y éste a su vez debe haber determinado la prestación. Si no existe esa perfecta consecutividad, tampoco hay estafa".

Ahora bien: los anotados factores que caracterizan la estafa, amén de la obtención de un provecho ilícito, señalan a su vez las diferencias específicas que distinguen ese ilícito de otros dirigidos contra el patrimonio económico, como el robo, el cual, en su forma más simple, es el acto de tomar lo ajeno valiéndose de medios violentos contra las personas o las cosas, bien sea la violencia física, moral o presunta. Esta violencia, que determina el apoderamiento o entrega de la cosa por razón de tal circunstancia, tiene por finalidad asegurar el producto del delito o procurar la impunidad.

Si estos principios, someramente enunciados, se aplican al caso de autos, se tiene lo siguiente:

En el auto de proceder se estima que todos los actos realizados por el agente fueron maniobras engañosas o artificios dirigidos a inducir en error a la víctima para obtener la entrega voluntaria, mediante esos medios, de la cosa objeto material de la infracción.

No divergen los declarantes que han depuesto

en este negocio, al narrar los hechos, en la indicación de acciones de superchería empleadas inicialmente por el procesado con la posible finalidad de perpetrar una estafa, ardides consistentes en haberse presentado ante el dueño de una fábrica de calzado y lograr el interés de éste en la adquisición de unos cueros, compraventa que debía realizar el cajero del indicado negocio, señor Jaime Giraldo, a quien se proveyó de fondos monetarios para ese efecto.

Pero, posteriormente, el dinero no fue a poder del agente del delito en virtud de esos medios de engaño, ni su entrega provino de situaciones creadas previamente por aquél para la modificación del derecho de propiedad en el perjudicado, ya que las circunstancias de la comisión del hecho revelan que la conducta del acusado cambió en cuanto al modo de ejecución de su propósito criminal, interrumpiéndose de súbito el iter críminis de la pretensa estafa.

En efecto, relata Giraldo, único testigo a este particular:

"... llegamos a la calle primera con carrera 6a, en el carro y ahí nos bajamos y subimos por una callecita chiquita hacia arriba y es empedrada tal calle y me dijo que el almacén quedaba ahí en la mitad de la cuadra arriba; cuando íbamos llegando más o menos a unos cuarenta metros o media cuadra normal, el de bigote se me adelantó un poquito y cuando subían a una planadita chiquita me dijo entrégueme la plata, entonces ahí me dio fue miedo porque eso estaba solo v por ahí no pasa nadie v eso es solo y ni una ventana siquiera abierta y entonces en vista de eso, ahí mismo saqué la plata; inmediatamente les entregué la plata me arrancaron a correr derecho por esa calle que es larga; entonces ya me dio un poco de ánimo y con la esperanza de que alguien me avudara o me diera auxilio y seguí detrás..." Más adelante v al ser preguntado sobre si tiene otra cosa que agregar, responde: "No señor, no más; el que me amenazó y me pidió la plata es uno bajito, chiquito, de bigote...".

La atestación de Giraldo es clave en cuanto a fijación de las circunstancias como se ejecutó el hecho. Ahora bien: quedó ya indicado que nuestra ley penal en su art. 408 determina los elementos estructurales de la estafa, al señalar, como presupuestos necesarios para que se tipifique ese delito, el engaño o artificio apto para inducir en error al ofendido, maquinación que, por lo tanto, debe tener con el error una íntima relación de efecto a causa. Por manera que la comprobación de tales factores que dan

tipicidad al referido ilícito, debe surgir de prueba idónea, o mejor aún, de las circunstancias de la comisión del hecho, por cuanto, como lo ha aceptado la jurisprudencia nacional, la estafa "tiene una configuración jurídica especial y "ella está relacionada con los modos de ejecución o como si se dijera con el modus operandi del agente".

En el caso sub judice, si se atiende a las circunstancias o modos de ejecución del hecho. únicamente relatados por Giraldo en cuanto a su forma de consumación, se tiene que, al contrario de las apreciaciones generales contenidas en el auto de proceder, entre el empleo de iniciales medios habilidosos por el procesado, tendientes a crear una situación falsa para que el dueño de la fábrica de calzado verificara una negociación de compraventa de cueros. y la entrega del dinero por parte de Giraldo, no existe relación de causalidad, como tampoco puede predicarse que el ánimo de este último fuera inducido a error por esas maquinaciones fraudulentas, ya que toda vinculación de causalidad a este respecto quedó rota, precisamente, en virtud de una nueva situación de violencia creada por el infractor sobre el sujeto pasivo, determinante del apoderamiento de la cosa ajena, v que, por lo tanto, desplaza la responsabilidad hacia otro tipo delictivo, o sea, el robo.

Desde luego, trátase de una violencia moral o subjetiva, consistente en el constreñimiento psicológico resultante de la exigencia perentoria de entrega inmediata del dinero que el agente hizo al sujeto paciente de la amenaza, hecho que reviste, además, suficiente potencia intimidadora si se tienen en considera-

ción las circunstancias de lugar en donde se empleó ese medio compulsivo, según lo expresa la víctima en declaración va glosada.

Frente a esta situación procesal, resulta inadmisible la afirmación de la Procuraduría Delegada en el sentido de que el miedo, el temor que sobrecogió a Giraldo en tal ocasión, "no fue producto de actividades objetivas imputables a los depredadores".

Al prosperar el cargo en virtud de las consideraciones anteriores, debe, en consecuencia, invalidarse la actuación desde el auto de proceder, inclusive.

Por lo expuesto, la Corte Suprema Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal y en desacuerdo con él, invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 10. de julio del pasado año, y dispone devolver el proceso al Juez del conocimiento, por conducto del Tribunal de origen, para que reponga el procedimiento a partir del auto de 7 de noviembre de 1967, inclusive, por medio del cual se llamó a responder en juicio criminal a José María Pacheco M., por el delito de estafa.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA

Ante la imposibilidad de saber el lugar donde se confeccionó un documento falso, conoce el juez del sitio donde se trató de hacer valer. La no práctica de una inspección ocular en el proceso penal es una irregularidad investigativa, que no constituye nulidad. Causal 10. de casación: El error de hecho ha de ser manificato. Autonomía del juzgador para la valorización del material probatorio.

1. El ord. 10. del ort. 37 del Decr. 1358 de 1964 consagra la incompetencia de jurisdicción como causal de nulidad de los procesos penales, y el art. 55 del C. de P. P. dispone que es compatente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que sa cometió la infracción. Por tanto, como anota con aciarto la Procuraduría, no puede admitirse que tal nulidad exista en el caso de autos, porque si bien les referides documentes aparecen fechades y atribuidos a una entidad con sede en Bogotá, en donde el procesado obtuvo la autenticación notarial de su firma, puesta en uno de esos decumentos. la infracción se consumó en Armero, Distrito Judicial de Monda, en donde pretendió hacarlos valer para la inscripción del vehículo. En otros términos: Fue en Armero en donde se trató de hacerlos producir efectos jurídicos, con perjuicio de terceros.

Por lo domás, como no se sabe a ciencia cierta en dónde se confeccionaron los documentos de que se trata, por más que uno de ellos aparezca autenticado en Bogotá, sería aplicable en tal caso lo dispuesto en el art. 57 del C. de P. P., por ser desconocido el lugar de tal confección, o bien por haborse realizado ésta en varios lugares, es decir, on Bogotá y en Armero. Consecuentamente, sería compotente, a prevención, el juez de Armero, que inició la correspondiente investigación y, por lo mismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Mando.

2. El no haberse practicado la inspección ocular a que se refiere el art. 296 del C. de P. P. pedría constituir una irregularidad dentro de la tócnica investigativa, pero no está crigida por la ley en causal de nulidad. Con notable frecuencia recuerda esta Sala que las nulidades son taxativas y, por tanto, sóle tienen virtualidad para invalidar determinadas etapas del praceso

aquellas que específicamente hayan sido establecidas por la norma positiva. Las de orden supralegal, de elaboración doctrinaria, se fundan "en la absoluta falta de defensa respecto del procesado, y en el menoscabo, con desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio". Secavan, por decirlo así, las bases mismas del juzgamiento, lesionando gravemente las garantías procesales de las partes. Constituye ostensible error, en consecuencia, asignarle categoría de nulidad constitucional a irregularidades o anomalías que ni siquiera alcanzar a configurar motivos de invalidez legal.

3. De acuerdo con el art. 56 del Decr. 528 de 1964 —20, cuerpo del numeral 10.— cuando la violación del precepto legal sustantivo proviene de errónea apreciación de determinada prueba es necesario que se aleque por el recurrente sobre este punto, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". Se recuerda lo anterior porque el actor, en el planteamiento general de la acusación habla vagamente de "violación indirecta de la ley, por error de derecho y de hecho". Y gunque del examen de la prueba que realiza se infiere que intenta sustentar un error relativo a la materialidad de los elementos de convicción (error de hacho manifiasto) y no el que incide en la vocación de la prueba para demostrar el hecho (error de derecho), es lo cierto que la argumentación carece de claridad al respecto.

Importa rememorar igualmente que aun bajo el imperio del art. 567 del C. P. P. —sustituído, como se sabe, por el 56 del Decr. 528 de 1964— esta Sala sostuvo en innúmeras oportunidades que la antigua causal segunda de casación en manera alguna perseguía que la Corte, en un caso concreto, emprendiera el estudio de todas las

pruebas del proceso para decidir si estaba demostrado o no el cuerpo del delito, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hubiesen influído en la individualización de la pena, porque una tarea de tal naturaleza era propia de los juzgadores de instancia.

lo que entonces se dijo con reiterada insistencia adquirió bases más sólidas frente al nuevo texto legal que recogió, modificándola, la citada causal segunda, texto que exige, como condición necesaria para que prospere ese motivo de casación, que el error de hecho alegado y demostrado sea manificato, vale decir, patente, claro, ostensible. A menudo se suele confundir el error de hecho con la disparidad de criterios entre el sentenciador y el demandante sobre el grado de convicción que podría desprenderse de uno o varios elementos de juicio, pero tal discrepancia, como incansablemente lo recuerda la Corte, jamás puede fundar el referido yerro.

4. Que el Tribunal, al evaluar y sopesar los diferentes elementos de convicción allegados al informativo, no diera valor al dicho del procesado. en cuanto niego hober sido el autor de la falsedad. Es apenas lógico que el fallador, al realizar el proceso analítico de la responsabilidad y del delito, concedo determinado valor o significación jurídica a determinados hechos y se los niegue a otros, pero de allí no se puede inferir que incurrió en error de hecho manifiesto, que es el erigido por la ley en causal de casación. No debe olvidarse que la autonomía de que goza el juzgador en la estimación o valoración del material probatorio, en cuanto respecta al error de que se trata, sólo se halla limitada a aquél que por ser tan grave contraria la evidencia, dando por demostrado lo que cierta e indiscutiblemente no lo está, o negando la realidad de lo que se halla probado de manera inconcusa e irrefragable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta). ('Aprobación: abril 25/69. - Acta No. 17).

VISTOS

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Jaime Velásquez Duque contra la sentencia de fecha doce (12) de marzo de mil novecientos sesenta y ocho (1968), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda, reformando la de primer grado, lo condenó a la pena principal de "setenta y ocho (78) meses de presidio", más las accesorias de rigor legal, como responsable del delito de falsedad en documentos.

ANTECEDENTES

- a) "Para lograr la inscripción de un automóvil Chevrolet 1954 cuyas características se precisan en autos y que vendió en Mariquita a Arturo Mejía Duque por intermedio de Héctor v Gerly Londoño, presentó Jaime Velásquez Duque ante la Inspección de Tránsito y Transportes de Armero un acta del Banco Popular, Sucursal Avenida Caracas, Sección Martillo, de Bogotá en la cual se hacía constar el remate y entrega del vehículo citado a Velásquez Duque, la cual fue confirmada por un oficio de la misma entidad al cual se adjuntó una copia de la misma acta, remitidos estos documentos por correo desde Bogotá v como tales tres documentos resultaran apócrifos, fueron enviados con otros al Juzgado Municipal para la correspondiente investigación". (Concepto de la Procuraduría Primera Delegada, fls. 23 v ss., cdno, de la Corte).
- b) Por tales hechos, ocurridos en julio de mil novecientos sesenta y seis y entendidos como estructurantes del delito de falsedad documentaria, comprendido dentro del Capítulo III, Título VI, Libro 20. del C. P., Jaime Velásquez Duque fue llamado a responder en juicio, conforme a providencia calendada el 10. de abril de 1967, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Honda, resolución que el Superior confirmó en la suya del 11 de julio del mismo año. (fls. 194 a 222 y 277 a 308, cdno. 10.).
- c) A la primera instancia del proceso puso término la sentencia del 14 de noviembre de 1967. por medio de la cual el Juzgado del conocimiento tomó, entre otras determinaciones, la de condenar a Jaime Velásquez Duque, "como responsable del delito de Falsedad agravada por el uso", a la pena principal de siete (7) años de presidio, a las accesorias correspondientes y "a pagar como indemnización de perjuicios causados con la infracción la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$4.500.00)", fallo que el Tribunal Superior de Honda confirmó en el suvo del 12 de marzo de 1968, reformándolo sólo en el sentido de fijar en "setenta y ocho (78) meses de presidio la pena principal impuesta al sentenciado..." (fls. 365 a 396 y 428 a 452, cdno. 1o.).
 - d) El recurso de casación se ha rituado en la

Corte de acuerdo con las disposiciones pertinentes del Decr. 528 de 1964.

LA DEMANDA

El procesado Jaime Velásquez Duque, mediante apoderado especial, acusa la sentencia de segundo grado con apoyo en las causales de casación que el art. 56 del Decr. 528 de 1964 consagra en sus numerales 40. y 10., motivos que la Corte examinará en el mismo orden en que han sido propuestos por el actor.

Causal Cuarta. El cargo se plantea en los siguientes términos: "Acuso la sentencia por violación del art. 26 de la C. N. porque la sentencia se dictó en un proceso viciado de nulidad, con violación de los arts. 55, 149, 153, 159, 198, 200, 202, 296, 298, 315 del C. P. P.

La tacha se sustenta, en esencia, diciendo que como los documentos presentados ante el señor Inspector de Tránsito y Transportes de Armero y sobre los cuales dicho funcionario advirtió circunstancias que le hicieron dudar de su autenticidad, están fechados en Bogotá, el Juez competente para conocer del proceso era el de esta ciudad, "o sea el del territorio del lugar en donde se cometió la infracción". "No era, por tanto, competente el Tribunal que dictó la sentencia, al tenor de lo dispuesto por el art. 199, violado, asimismo".

Luego anota que no se practicó la inspección ocular a que se refiere el art. 296 del C. P. P. para establecer si los formularios usados correspondían a los utilizados por el Banco Popular, violándose así dicha norma y los arts. 297 y 315 ibídem. Finalmente observa que se condenó al pago de perjuicios, en concreto, con base en un "peritazgo inexistente", pues el perito no suscribió la diligencia de posesión. Consecuentemente, dicha prueba está viciada de nulidad, conforme al artículo 261 de la misma obra.

El Procurador, después de estudiar la impugnación que acaba de reseñarse, concluye: "Se han presentado las anteriores alegaciones en relación con un quebrantamiento de la norma constitucional; pero examinadas como quedan, se deduce que no producen nulidad legal, ni menos el manifiesto quebranto de las garantías procesales, como sería necesario para desprender de los mismos la invalidación del proceso".

LA SALA CONSIDERA

1. El ord. 1o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964 consagra la incompetencia de jurisdicción como causal de nulidad de los procesos penales. y el art. 55 del C. P. P. dispone que es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción. Por tanto, como anota con acierto la Procuraduría, no puede admitirse que tal nulidad exista en el caso de autos, porque si bien los referidos documentos aparecen fechados y atribuídos a una entidad con sede en Bogotá, en donde el procesado (Jaime Velásquez Duque) obtuvo la autenticación notarial de su firma, puesta en uno de esos documentos, la infracción se consumó en Armero, Distrito Judicial de Honda, en donde pretendió hacerlos valer para la inscripción del vehículo. En otros términos: Fue en Armero en donde se trató de hacerlos producir efectos jurídicos, con perjuicios de terceros.

Por lo demás, como no se sabe a ciencia cierta en dónde se confeccionaron los documentos de que se trata, por más que uno de ellos aparezca auténticado en Bogotá, sería aplicable en tal caso lo dispuesto en el art. 57 del C. P. P., por ser desconocido el lugar de tal confección, o bien por haberse realizado ésta en varios lugares, es decir, en Bogotá y en Armero. Consecuentemente, sería competente, a prevención, el juez de Armero, que inició la correspondiente investigación y, por lo mismo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda.

2. El no haberse practicado la inspección ocular a que se refiere el art. 296 del C. P. P. podría constituir una irregularidad dentro de la técnica investigativa, pero no está erigida por la ley en causal de nulidad. Con notable frecuencia recuerda esta Sala que las nulidades son taxativas y, por tanto, sólo tienen virtualidad para invalidar determinadas etapas del proceso aquellas que específicamente hayan sido establecidas por la norma positiva. Las de orden supralegal, de elaboración doctrinaria, se fundan "en la absoluta falta de defensa respecto del procesado, y en el menoscabo, con desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio. "Socavan, por decirlo así, las bases mismas del juzgamiento, lesionando gravemente las garantías procesales de las partes. Constituye ostensible error, en consecuencia, asignarle categoría de nulidad constitucional a irregularidades o anomalías que ni siquiera alcanzan a configurar motivos de invalidez legal.

3. La tacha referente a la supuesta inexistencia del peritazgo habría sido aducible, en principio, al amparo de la causal primera de casación civil (art. 52 del Decr. 528 de 1964), como una violación indirecta de la ley sustantiva, dictando precisamente las disposiciones que se estimasen infringidas, pero como en el caso propuesto la fijación de los perjuicios sólo ascienden a la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$4.500.00), aun dentro de esa vía hubiera resultado improcedente, conforme al artículo 57 ibídem, que textualmente expresa:

"Artículo 57.- El recurso de casación podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la parte civil.

"Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, sólo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos.

"En este caso sólo son procedentes las causales de casación en materia civil".

No prospera, por lo visto, la causal examinada.

Causal Primera. La acusación por este aspecto se plantea diciendo que "se cometieron errores evidentes en materia probatoria al no ser apreciadas de acuerdo con la realidad las piezas del proceso, con violación manifiesta de la Ley sustantiva por errores en los presupuestos probatorios contemplados en el art. 203 y siguientes del C. P. P. que conlleva violación indirecta de la Ley, por error de derecho y de hecho, con violación de los arts. 203, 204, 205, 206, 216, 217, 222, 223, 224, 252, 255, 256, 257, 261, 272, 273 del C. P. P. que regula el proceso de valoración de las pruebas en materia penal".

Dentro de este criterio, manifiesta el actor que la sentencia recurrida "considera equivocadamente:

a) "Que los documentos que obran en el expediente, uno de los cuales fue presentado al Inspector de Transportes y Tránsito de Armero y los dos le llegaron directamente a dicho funcionario por correo con sellos de Bogotá, son falsos, sin que al efecto se hubiera establecido en el proceso la falsedad"; b) Que los mensajes dirigidos por el Banco Popular y el Banco de Bogotá eran auténticos, "dándoles un valor que no tienen dado que ni siquiera tienen el carácter de documento privado"; c) Que constituía su-

ficiente demostración de que el señor Brumel Londoño no ejerciera las funciones de Gerente del Banco Popular de Bogotá la constancia expedida por la Superintendencia Bancaria, "certificado que no equivale a documento público y que además establece que la persona que desempeñaba las funciones por la época del presunto ilícito lo hacía como 'encargado', es decir, en ningún caso como titular, sin expresar quién ejercía tales funciones en propiedad": d) Los testimonios rendidos por Héctor Londoño, Severo Bocanegra y Héctor Manuel Molina"; e) Que fue Velásquez Duque quien falsificó las actas y el oficio que dieron lugar a la investigación": f) Que los perjuicios causados con la infracción ascendieron a la suma de \$4.500.00, conforme al avalúo pericial, "pues que tal peritazgo debe considerarse como inexistente por no haber tomado posesión el perito ni haber prestado el juramento de rigor, ni haber sido amonestado como lo ordena la lev".

A continuación el impugnante hace un análisis probatorio enderezado a sustentar sus asertos.

SE RESPONDE

- 1. De acuerdo con el art. 56 del Decr. 528 de 1964 -2o. cuerpo del numeral 1o.- cuando la violación del precepto legal sustantivo proviene de errónea apreciación de determinada prueba es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". Se recuerda lo anterior porque el actor, en el planteamiento general de la acusación habla vagamente de "violación indirecta de la Ley, por error de derecho y de hecho". Y aunque del examen de la prueba que realiza se infiere que intenta sustentar un error relativo a la materialidad de los elementos de convicción (error de hecho manifiesto) y no el que incide en la vocación de la prueba para demostrar el hecho (error de derecho), es lo cierto que la argumentación carece de claridad al respecto.
- 2. Importa rememorar igualmente que aún bajo el imperio del art. 567 del C. P. P. —sustituído, como se sabe, por el 56 del Decr. 528 de 1964— esta Sala sostuvo en innúmeras oportunidades que la antigua causal segunda de casación en manera alguna perseguía que la Corte, en un caso concreto, emprendiera el estudio de todas las pruebas del proceso para decidir si estaba demostrado o no el cuerpo del deli-

to, o la responsabilidad del incriminado, o las circunstancias modificadoras que hubiesen influído en la individualización de la pena, porque una tarea de tal naturaleza era propia de los juzgadores de instancia.

Lo que entonces se dijo con reiterada insistencia adquirió bases más sólidas frente al nuevo texto legal que recogió, modificándola, la citada causal segunda, texto que exige, como condición necesaria para que prospere ese motivo de casación, que el error de hecho alegado y demostrado sea manifiesto, vale decir, patente, claro, ostensible. A menudo se suele confundir el error de hecho con la disparidad de criterios entre el sentenciador y el demandante sobre el grado de convicción que podría desprenderse de uno o varios elementos de juicio, pero tal discrepancia, como incansablemente lo recuerda la Corte, jamás puede fundar el referido yerro.

3. Ciertamente, en la sentencia acusada no se advierte esa manifiesta equivocación al estudiar y apreciar el aspecto probatorio del proceso. Los siguientes pasos del concepto de la Procuraduría son suficientemente claros sobre el particular:

"No encuentra este Despacho en la sentencia -como lo sostiene el recurrente- afirmaciones contrarias a la verdad procesal, ya que se halla debidamente fundada en los correspondientes elementos probatorios allegados al expediente. Concretamente en cuanto a la falsedad de las actas, debe considerarse establecidas plenamente, con base en el hecho de que quien aparece autenticándolas o autorizándolas como Gerente, no tenía tal calidad, pues del certificado expedido por la Superintendencia Bancaria, resulta establecido, quién ejercía el cargo referido en el Banco Popular y consecuentemente, se desprende sin lugar a dudas, que esta acta si fuera válida y auténtica y no producto de una adulteración como lo es efectivamente, no podía ser firmada sino por la correspondiente persona citada en el certificado, como es apenas de elemental deducción y sin que esto pueda rebatirse; por si fuera poco, se comprobó que quien se hizo pasar por Gerente, presentó para autenticar su firma una falsa cédula de identidad, lo cual tampoco es posible remitir a duda, en vista de la autenticación ante el Notario 40. de Bogotá y la certificación expedida por la Oficina autorizada del Estado en cuanto a la invalidez del documento con que se identificó.

"Por manera que estas solas pruebas, con

prescindencia de los demás elementos obtenidos, serían suficientes, como lo estimó el fallador, para considerar probada la falsedad de los documentos aludidos.

"En cuanto al argumento de que Velásquez Duque no es el autor de la falsificación y que concurrió de buena fe a la autenticación de su firma en el acta por él presentada a la autoridad de tránsito, no tiene, como el anterior, mayor seriedad. Basta considerar que la única persona beneficiada con la falsificación sería el procesado, quien pretendió crear en esta forma la prueba de un derecho inexistente. para lograr así la negociación del vehículo —la cual efectuó— con una apariencia de legalidad, a través de esta vía. El hecho de la autenticación, no puede admitirse en forma alguna que constituya acto de buena fe sino que, por el contrario, corrobora o contribuye a demostrar aún más ampliamente su autoría, si no fuera suficiente el solo hecho de haber presentado el documento a la autoridad -lo cual no admite tampoco duda— dada la naturaleza del acto de autenticación, que constituye la plena prueba de que el firmante se presentó ante un funcionario público competente (art. 646 C. J.) para reconocer su firma, lo cual supone fundadamente, un amplio y suficiente conocimiento del correspondiente documento y ratifica por tanto la plena prueba en su contra. En cuanto a la intervención de Guillermo Buitrago en este acto, no tiene ningún respaldo procesal -como se verá seguidamente- ya que no aparece citado en forma alguna en los documentos falsificados.

"Al notario le correspondía comprobar la identidad de quien en el documento aparecía como Gerardo Brumel, pero no la calidad en la cual comparecía o figuraba en el documento, es decir, como Gerente; si una persona supuesta y con falsa identificación se hizo presente para la autenticación y en esta forma la efectuó, este acto no puede tener validez, ni comprometer la responsabilidad del Notario, ni menos constituír demostración de buena fe respecto del otro firmante, quien pretendía demostrar un hecho que no tuvo lugar y por consiguiente, este hecho, viene a constituir una nueva prueba de responsabilidad.

"Advierte el recurrente que no se hizo cotejo de firmas, ni se estableció la falsedad de la firma atestada por el Notario; pero conviene advertir —no obstante la falta de fundamento del argumento— que la firma de Velásquez no puede remitirse a duda alguna y el mismo

procesado admite en los autos esta realidad; en cuanto a la otra firma, tal prueba era claramente inconducente por tratarse de persona desconocida y supuesta y no existir por tanto término para el cotejo, aparte de que la responsabilidad recae directamente en quien pretendió hacer valer los documentos y beneficiarse de los mismos; y en vista de la documentación adulterada, decir que no se estableció la falsedad de la firma, equivale simplemente a un sofisma de distracción.

"En cuanto a los telegramas del Banco Popular, el argumento carece de efecto, pues como se dijo y se desprende de la sentencia, las solas pruebas ya mencionadas son bastantes para acreditar la falsedad; por demás la institución citada, no sólo respondió telegráficamente, sino también por medio de oficios (fls. 16 y 174 ord. 10.), respecto a los cuales cabe el argumento del fallador de que constituyen al menos indicios —si fueren necesarios— en vista de que corresponden a contestación de mensajes librados por el funcionario instructor.

"Impugna también el recurrente el certificado de la Superintendencia Bancaria (fl. 109. cdno. 10.) porque no fueron reconocidas las firmas, no ser documento público y no decir quién era Gerente del Banco en propiedad. No merecería mayor consideración este argumento si no contrariara expresamente a la clara disposición legal (art. 104 L. 45/23) según la cual a la Superintendencia Bancaria le corresponde certificar sobre la representación de las entidades bancarias y su certificación constituye 'prueba suficiente' de tal hecho, sin que como documento público que es, quede sujeto a ninguna clase de autenticación o comprobación, lo cual demuestra su falta de seriedad y de base. Ninguna incidencia tiene el que no se expresara el nombre del Gerente en propiedad, pues la función la ejercía precisamente el encargado en la época de expedición de los documentos.

"Tampoco hubo errada apreciación de los testimonios del Inspector Molina, de Héctor Londoño y Severo Bocanegra, pues las exposiciones de estas personas en forma alguna vienen a demostrar la negociación o adquisición de los vehículos de Velásquez Duque a Guillermo Buitrago. Por el contrario, el dicho de los dos primeros —uno de ellos el Inspector denunciante del ilícito— destruye la afirmación del procesado de no haber tenido en su poder los documentos falsificados. Por lo demás del hecho de que Buitrago hubiera acompañado a Velásquez para

lograr placas o matrícula provisional del vehículo cuya situación pretendía legalizar, no demuestra, ni permite inferir que le hubiera enajenado dichos vehículos, afirmación contra la cual opera la contradicción en que incurre el procesado al decir que negoció con Buitrago en julio de 1966 y tener las actas fecha de marzo del mismo año y esto destruye su afirmación de haber obtenido que las actas dichas se elaboraran a su nombre, razones todas estas consignadas en la providencia recurrida".

- 4. En cuanto al cargo consistente en que el sentenciador le atribuyó al peritazgo un valor probatorio que no tiene, tacha que ya se había formulado con apoyo en la causal cuarta, debe repetirse que es del todo improcedente, conforme al art. 57 del Decr. 528 de 1964, reproducido en otro lugar de esta sentencia.
- 5. Se explica así que el Tribunal, al evaluar y sopesar los diferentes elementos de convicción allegados al informativo, no diera valor al dicho del procesado, en cuanto niega haber sido el autor de la falsedad. Es apenas lógico que el fallador, al realizar el proceso analítico de la responsabilidad y del delito, conceda determinado valor o significación jurídica a determinados hechos y se los niegue a otros, pero de allí no se puede inferir que incurrió en error de hecho manifiesto, que es el erigido por la ley en causal de casación. No debe olvidarse que la autonomía de que goza el juzgador en la estimación o valoración del material probatorio. en cuanto respecta al error de que se trata, sólo se halla limitada a aquel que por ser tan grave contraría la evidencia, dando por demostrado lo que cierta e indiscutiblemente no lo está, o negando la realidad de lo que se halla probado de manera inconcusa e irrefragable.
- 6. Un último cargo se propone en la demanda contra el fallo recurrido: "En caso de que fuera responsable el señor Velásquez —dice el actor— no le sería aplicable el art. 242 sino el 241 del C. P. si apareciere probado el elemento 'a sabiendas', y por lo tanto tampoco habría lugar a la aplicación del art. 33 del C. P. Además, no están comprobadas las circunstancias de mayor peligrosidad, por lo que no era del caso aumentar la pena. En consecuencia debe la H. Corte invalidar la sentencia total o parcialmente. Si lo primero para absolver y si lo 20. para aplicar la sanción correspondiente".

Como puede observarse, nada se ha demostrado con el anterior planteamiento. Cuando la Corte actúa como Tribunal de casación no está autorizada para llenar los vacíos dialécticos de la demanda, precisamente por tratarse de un recurso extraordinario de tan definidas exigencias técnicas, y no de una tercera instancia. Por lo demás, no es exacto que en el fallo recurrido se haya dado aplicación al art. 33 del C. P. Al individualizar la pena expresa, en lo pertinente, el sentenciador: "... A esa pena básica de 67 meses cabe entonces aumentar su sexta parte, es decir, 11 meses más, conforme al art. 32 del C. P., y por estar calificado y establecido el hecho como un delito continuado, según las motivaciones que se consignaron también por parte del Juzgado de origen y de esta Sala". (fl. 452, cdno. 10.).

Tampoco prospera, por tanto, la causal primera.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Procurador 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 Honda.

Cópiese, notifiquese, publíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TECNICA DE CASACION

Causal la. de Casación. En la primera parte de esta causal, se consagra los motivos de violación directa de la ley sustancial. En casación, la Corte no tiene facultad para colmar los vacíos de la demanda, por tratarse de un recurso extraordinario.

1. Dejando de lado la forma confusa en que está expuesto el criterio del actor en relación con las des causales propuestas, es precise recordar que les motives de causaión consegrados en la primera parte de la causal primera, implican siempre una violación directa de la ley sustancial, ya sea perque el fallador le asigna a la norma una inforperatación contraria a sus términos; o perque inforprotándola rectamente, se pretende regular con ella un caso no previsto, o, finalmento, cuando deja de aplicarla al hecho comprobado.

Sin ombargo, como ha padido observarse, el exter no obstanto heblar do que la sentencia exucada os violeteria de la ley sustancial, "por aplicación indebido o interpretación errónea", tále eita como infringidos determinados tentos da la ley adjetiva, como son el 537 del C. de P. P. y ol art. 15 del Docr. 1358 de 1964, y todo ello cuando de manera simultánca sestiene que el referido art. 537 fue deregado por el art. 68 del citado decreto.

2. En al más variado láxico, pero conservando sicmpro la oconcia do su pensamiento, ha oxproceedo osta Sala on múltiplos ecasiones que el uz ob obnegob néisozo ob olegii lob olixò sustancial conformidad con las normas legales guo regulan esso recurso entraordinario, no sólo on su exposto formel, sino on su contenido intrínecco o de fondo, porque es la unidad de esos des fectores lo que estructura jurídicamente una domanda, proporcionando a la Corte al material otabara cirofira nu criaminal preg elegancerièmi rebro los problemas propuestos. No siendo la casación una forcora instancia, sino una opentunidad prescoal do ospocialos y dofinidas cerestoristicas para formular una critica de la contoncia exuceda fronto a la ley, el demandante tiono la imporativa obligación de demostrar sus annos. Si así no la hisiaro, la acusación habrá do sor desestimada, perque la Corte no tiene fesulted para colmar los vacios demostrativos del ത്രിത.

Para que prespere la causal 3a. de casación, (hoy 2a.) —ha dishe también esta Sala— debe al recurrente demostrarle a la Corte la falta de armenía entre el auto de proceder e el veredicte, en su case, y la sentencia, en el sentido de que ásta resolvió una situación jurídica distinta a la reconocida en una de aquellas dos piezas fundamentales del proceso. (Sentencia, 15 de diciembre de 1954, G. J. 2. 149, 370).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, nueve de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: mayo 9/69. - Acta No. 19)

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pablo Antonio Rodríguez Pedraza contra la sentencia del 27 de marzo del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá confirmando la de primer grado, lo condenó, como responsable del delito de homicidio en la persona de Hilario Rodríguez Díaz, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias consiguientes.

ANTECEDENTES

Los hechos debatidos en el juicio están relatados en la sentencia de primer grado en los siguientes términos:

"Refieren los autos que el día primero de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, siendo aproximadamente las seis y media de la mañana, salió Hilario Rodríguez Díaz, en compañía de su hijo Manuel Antonio, de su casa de habitación, situada en la vereda de Santa Bárbara, jurisdicción municipal de Guasca v se dirigió a una dehesa ubicada hacia la parte de abajo de la casa, con el fin de poner a pacer unos animales; luego regresaron ambos hacia la casa; mas cuando iban llegando se encontraron con Pablo Antonio Rodríguez Pedraza -esposo de Hermelinda Garzón cuñada de Hilario— v con su hijo Jesús Antonio Rodríguez. Pablo Antonio Rodríguez increpó a su cuñado Hilario por haberle dejado algunos semovientes en sus pastos y éste a su vez le respondió con palabras altisonantes que cercara. Inmediatamente Pablo Antonio Rodríguez solicitó a su hijo un palo que llevaba y con él descargó un fuerte golpe a la cintura de Hilario, dejándolo tendido por el suelo, en donde siguió propinándole por la cabeza repetidos y mortales golpes de garrote. Hallándose Hilario caído en tierra, Pablo cogió el machete que portaba su contendor y presuroso se dirigió al poblado a poner en conocimiento del señor Alcalde el trágico insuceso, exhibiendo la peinilla que, según él, había logrado arrebatarle a Hilario Rodríguez, mientras éste yacía sin conocimiento y en estado agónico, en el mismo sitio que sirvió de escenario del sangriento lance. Momentos después las autoridades del lugar encontraron allí el cuerpo exánime y aún caluroso de Hilario Rodríguez Díaz".

En auto del 7 de mayo de 1966, el Juzgado Superior de Gachetá abrió causa criminal contra Pablo Antonio Rodríguez Pedraza por el delito de homicidio, providencia en cuya parte motiva se expresó con ostensible vaguedad: "Por vía de benevolencia, y aceptando que el occiso también hubiera atacado a su victimario, tal vez pudiera aceptarse que los hechos se desarrollaron dentro de esta circunstancia modificadora del reato".

Con oportunidad de la primera audiencia pública se le propuso al Jurado la referida modalidad delictuosa, habiéndose obtenido de aquel una respuesta afirmativa de la responsabilidad, a la cual agregaba que el procesado había obrado "en un momento de ira". Sobre tal veredicto se profirió la respectiva sentencia, en la que se impuso al reo la pena principal de diez (10) años de presidio, fallo que el Tribunal revocó en proveído del 20 de abril de 1967, declarando "dicho veredicto contrario a la evidencia procesal en cuanto conlleva la implícita aceptación de la riña imprevista, circunstancia modificadora que no está probada", y disponiendo la convocatoria de un nuevo Jurado.

En la segunda audiencia pública el Juez de

la causa le formuló al Tribunal popular el siguiente cuestionario:

"El acusado Pablo Antonio Rodríguez Pedraza, de condiciones civiles y personales conocidas de autos, es responsable, Sí o No, de haber ocasionado la muerte a Hilario Rodríguez Díaz, empleando arma contundente (palo), con propósito de matar, según hechos ocurridos el día primero (10.) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), hacia las siete y media de la mañana, en la vereda de 'Santa Bárbara', del municipio de Guasca, jurisdicción de este Distrito Judicial?"

Los jueces de hecho respondieron: "sí es culpable, obró en estado de ira injustamente provocada".

Entendiendo este segundo veredicto como afirmativo de un homicidio simplemente voluntario, el Juzgado del conocimiento, mediante fallo del once de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, condenó a Rodríguez Pedraza a la pena principal de ocho (8) años de presidio, fallo en cuya parte motiva, al individualizar la sanción, se reconocieron a favor del reo las circunstancias de menor peligrosidad previstas en los ordinales 10., 30., 90. y 11 del art. 38 del C. P. (fls. 221 a 242, cdno. 10.).

El Tribunal Superior de Gachetá, como hubo de expresarse en la parte inicial de esta sentencia, confirmó plenamente la referida determinación en la que oportunamente fue recurrida en casación.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Después de referirse a los hechos y a la actuación procesal, en la respectiva demanda se acusa la sentencia de segundo grado con apoyo en las causales 1a. y 2a. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, motivos que el impugnador plantea de la siguiente textual manera:

"a) Cuando el último Tribunal Popular, al responder el cuestionario propuesto por el señor Juez de la causa, expresó: "sí es responsable, obró en estado de ira injustamente provocada", no hizo cosa distinta que expresar su convicción moral, conformada a través de los hechos controvertidos en la Audiencia Pública. Obró dentro de la soberanía que nuestra legislación positiva penal le otorga, esto es, sin que sea dable que, para sus decisiones, deba precisamente exigírsele sujeción a las normas reguladoras y conformantes de la certeza legal.

"Tan cierto es esto, que la Honorable Corte Suprema, en casación de 4 de septiembre de 1942 LIV, 163, nos ha enseñado que 'La convicción moral que es lo que la ley exige de los jurados, no está subordinada a las condiciones predeterminadas en que se funda la certeza legal', máxime, agrego, si, como en el caso que nos ocupa, nos encontramos frente al 'veredicto del segundo jurado', que por expresa voluntad de la ley, es y debe ser considerado 'definitivo'.

"Y si esto es así, no es aventurada nuestra convicción, de que, la sentencia de segundo grado, pronunciada por el ad quem y motivo del recurso extraordinario, es violatoria de la ley sustancial, 'por aplicación indebida o interpretación errónea', por cuanto, no fue tenido en cuenta lo dispuesto por el inciso tercero del art. 537 del C. de P. P., cuando preceptúa de manera clara y concluyente, que "el veredicto del segundo jurado es definitivo", lo que, en verdad, se traduce en el sentido, de que, el veredicto del segundo jurado, no solamente es la culminación y fin del proceso, sino que, a dicho veredicto debe atenerse el juzgador de derecho.

"Pero es más. Y es que, el Decreto Legislativo número 1358 de 10 de junio de 1964, en su art. 15 preceptúa: 'En los procesos con intervencioción del jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con la calificación que aquel diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate'. Y luego, en el art. 68 el mismo decreto expresamente dice: "Art. 68. Deróganse todas las disposiciones contrarias al presente decreto'; con lo cual se significa, sin lugar a duda alguna, que el art. 537 del C. de P. P. quedó sin efecto alguno, en virtud de la derogatoria de 'todas las disposiciones contrarias al presente decreto'.

"De tal manera, que, por este otro aspecto, la sentencia de segundo grado, pronunciada por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá y materia del recurso extraordinario, violó la ley, al no tener en cuenta asimismo lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1358 de 1964, en los artículos citados. Esto, en cuanto se relaciona con la primera causal que se ha invocado en esta demanda.

"b) Por lo que respecta a la segunda causal, ella aparece perfectamente demostrada, además de, con lo ya expuesto, (sic) con el mismo texto de la sentencia recurrida, por cuanto ésta fue proferida por el ad quem, en 'desacuerdo con el veredicto del jurado', con lo cual se des-

naturaliza el juicio popular, dejando al Jurado huérfano de soberanía y por ende, sin objeto alguno que justifique su permanencia en la ley, sobre todo, si se tiene en cuenta que su veredicto llámese así, en primera o segunda vez, puede ser apenas capítulo de una comedia, al ser desconocida su veredicción".

En párrafo final intitulado "Conclusiones", el actor, después de expresar su creencia en que las causales aducidas han quedado demostradas, pide a la Corte que case el fallo recurrido y, en su lugar, dicte el que deba reemplazarlo, "como lo preceptúa el ordinal 10. del art. 58 del Decreto Legislativo 528 de 1964".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador, realizando un noble esfuerzo, reconstruye la acusación y, luego de defender la tesis que de esa nueva organización conceptual resulta, concluye que la causal segunda debe prosperar.

LA CORTE CONSIDERA

- 1. Dejando de lado la forma confusa en que está expuesto el criterio del actor en relación con las dos causales propuestas, es preciso recordar que los motivos de casación consagrados en la primera parte de la causal primera, implican siempre una violación directa de la ley sustancial, ya sea porque el fallador le asigna a la norma una interpretación contraria a sus términos; o porque interpretándola rectamente, se pretende regular con ella un caso no previsto, o, finalmente, cuando deja de aplicarla al hecho comprobado.
- 2. Sin embargo, como ha podido observarse, el actor, no obstante hablar de que la sentencia acusada es violatoria de la ley sustancial, "por aplicación indebida o interpretación errónea", sólo cita como infringidos determinados textos de la ley adjetiva, como son el 537 del C. de P. P. y el art. 15 del Decr. 1358 de 1964, y todo ello cuando de manera simultánea sostiene que el referido art. 537 fue derogado por el articulo 68 del citado decreto.

Lo anterior significa que la causal primera en manera alguna ha sido demostrada.

3. Y en cuanto a la segunda hipótesis de la causal segunda —estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado— es evidente que lo dicho por el demandante en el intento de sustentarla ni siquiera constituye un princi-

pio de demostración. Nada arguyó, por ejemplo, para refutar lo que sobre el particular expuso el sentenciador de segunda instancia en el fallo acusado: "La respuesta del jurado al decir 'Sí es culpable', aunque más correcto hubiera sido decir sí es responsable, o, simplemente, SI, está ceñida a la realidad ocurrida en Guasca y probada en los autos. El aditamento 'obró en estado de ira injustamente provocada', no le agrega ciertamente ni le quita nada a la condenación por no haber sido el estado de ira previsto como atenuante de la responsabilidad sino cuando es causado 'por grave e injusta provocación', según ordenamiento del art. 28 del C. P. No puede ser más conciso y terminante el legislador al usar aquí los dos adjetivos unidos por la conjugación copulativa 'y', que en este caso hubo de ser reemplazada por 'e' para evitar la cacofonía. Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, dice normativamente la Lev 153 de 1887".

4. En el más variado léxico, pero conservando siempre la esencia de su pensamiento, ha expresado esta Sala en múltiples ocasiones que el éxito del libelo de casación depende de su sustancial conformidad con las normas legales que regulan este recurso extraordinario, no sólo en su aspecto formal, sino en su contenido intrínseco o de fondo, porque es la unidad de esos dos factores lo que estructura jurídicamente una demanda, proporcionando a la Corte el material indispensable para formarse un criterio exacto sobre los problemas propuestos. No siendo la casación una tercera instancia, sino una oportunidad procesal de especiales y definidas características para formular una crí-

tica de la sentencia acusada frente a la ley, el demandante tiene la imperativa obligación de demostrar sus asertos. Si así no lo hiciere, la acusación habrá de ser desestimada, porque la Corte no tiene facultad para colmar los vacíos demostrativos del actor.

Para que prospere la causal 3a. de casación, (hoy 2a.) —ha dicho también esta Sala— debe el recurrente demostrarle a la Corte la falta de armonía entre el auto de proceder o el veredicto, en su caso, y la sentencia, en el sentido de que ésta resolvió una situación jurídica distinta a la reconocida en una de aquellas dos piezas fundamentales del proceso. (Sentencia, 15 de diciembre de 1954, G. J. 2.149, 370).

También debe desecharse, por tanto, la causal segunda.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oída la respuesta del Ministerio Público 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 Gachetá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Despacho de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

HOMICIDIO

El cometido por un suboficial del ejército retirado de las fuerzas militares, es juzgable por la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación - Penal. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: mayo 9/69. - Acta No. 19).

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Ramón Emilio Betancourt Puertas* contra la sentencia de 28 de octubre del año pasado proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá.

Betancourt Puertas fue condenado por el Juzgado Superior de Sevilla a la pena de ocho (8) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, por el delito de homicidio en la persona de Nury o José Nury Quiceno Díaz, en sentencia de 16 de noviembre de 1967, la que fue confirmada en todas sus partes en el fallo del Tribunal Superior de Tuluá, que es objeto del presente recurso.

ANTECEDENTES

Al procesado Ramón Emilio Betancourt Puertas se atribuye el hecho de haber dado muerte mediante disparos de arma de fuego de corto alcance, a Nury Quiceno Díaz, en la madrugada del 16 de abril de 1966, en el bar "Luces de Buenos Aires", situado en la zona de tolerancia de Sevilla, "en lance personal totalmente ajeno a las actividades militares".

En el proceso, adelantado primero por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Sevilla y decidido luego por el Juzgado Superior de la misma ciudad, se demostró que Betancourt Puertas, Cabo 1o. del Batallón de Infantería No. 24 "Voltígeros", fue separado en forma temporal del servicio activo de las Fuerzas Militares y por el lapso de siete (7) meses, por Res. No.

050023 de 2 de agosto de 1965, del Ministerio de Guerra, y por habérsele hallado responsable del delito de "Abandono del Servicio". Lo anterior en obedecimiento a la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, el 19 de abril de 1965.

La separación se inició el 10. de noviembre, y por tanto, no debió terminar sino el 10. de junio de 1966, caso de que se reintegrase al servicio. Dentro de este espacio —16 de abril de 1966— se presentó el hecho delictuoso de que se trata en este expediente.

DEMANDA DE CASACION

Contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tuluá, se propone, en la demanda de casación, la causal cuarta (4a) referida en el art. 56 del Decr. 528 de 1964, pues se estima que aquella se pronunció en un juicio viciado de nulidad.

Se alega, en efecto, que se incurrió en una incompetencia de jurisdicción, ya que el proceso se adelantó y se falló por la justicia ordinaria, cuando debió serlo por la jurisdicción castrense, por tratarse de un sindicado que, al momento de cometer el delito, era un civil al servicio de las Fuerzas Armadas.

Si ello es así, dice el recurrente, se incurrió en la causal de nulidad legal contemplada por el numeral 10. del art. 37 del Decr. No. 1358 de 1964.

Y para afirmarlo, se trae a la demanda el análisis de pruebas demostrativas de tal calidad en Ramón Emilio Betancourt Puertas. En primer lugar, la constancia de fl. 53 del cdno. 10., en la cual se anota que el procesado "durante el mes pasado (abril) cumplía misiones especiales en Departamento Valle", pues "actualidad hállase al servicio Batallón Contraguerrillas", a pesar de encontrarse "separado ejercito hasta mes de junio en que será llamado al servi-

cio nuevamente". Luego, una certificación del Jefe del Departamento E-2, en que se ratifica lo dicho anteriormente. Después, el indicio que se desprende del hecho de que el delito hubiera sido cometido con arma de dotación oficial, perteneciente al "Ejército de Colombia". Y finalmente, la confesión de Betancourt Puertas, quien afirma en indagatoria, que, en el momento de cometer el delito, se encontraba al servicio de las Fuerzas Armadas y cumplía misión especial en el Departamento del Valle.

Lo anterior lleva al demandante a concluir que el procesado era un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, por lo cual debió ser juzgado por la jurisdicción castrense, en vista de lo dispuesto por el numeral 20. del art. 308 del C. de J. P. M. Y como no se obró en consecuencia, se incurrió en nulidad por incompetencia de jurisdicción.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptuó sobre la causal propuesta:

"El fuero militar no podría comprender a los civiles que en alguna forma presten un servicio, como lo afirma el demandante, pues se requiere una vinculación efectiva, sin que valga el argumento de más precisas expresiones contenidas en otras normas; por manera, que al darle el art. 308 el alcance mencionado, no se hace una interpretación arbitraria, sino se atiende a su sentido; lo cual, por demás, no afecta en forma alguna, los medios de los cuales deba hacer uso dicha institución en cumplimiento de su función.

"Hace referencia el demandante a determinada expresión del jurado o de uno de sus miembros, la cual no resulta acreditada; en cuanto a este punto, como en el relacionado con las irregularidades de las cuales se inculpa a los jueces de conciencia mencionadas al tratar de la historia del proceso, debe anotarse que no tiene incidencia, pues no se propusieron directamente como cargos dentro de la Casación.

"Considera el recurrente que la decisión de la H. Corte en cuanto a la colisión de competencias no es ley inalterable del proceso y 'no puede hacer tránsito a cosa juzgada', frente a las pruebas del proceso; afirmación ésta indispensable para poder proponer el cargo, pero como ya se dijo, no tiene mayor validez, por las razones expuestas, a las cuales bastaría agregar para precisar más el asunto, que la Corte ejerce tam-

bién la jurisdicción Penal Militar, con la atribución de decidir las colisiones de competencias entre la Justicia Penal Militar y autoridades de otras jurisdicciones (arts. 319 y 320 del C. P. M.).

"Tampoco tiene incidencia el que la colisión de competencias la hubiera propuesto una u otra autoridad militar —Comandante del Batallón— pues la resolución de esa Corporación se refirió en términos generales a la competencia de la justicia penal militar para el caso y lo definió en forma concreta".

Consecuentemente, pide que se deseche el recurso por no estar demostrada la causal alegada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Antes de calificarse este proceso, se provocó una colisión positiva de competencias entre el Comando del Batallón de Infantería No. 24 "Voltígeros" y el Juzgado Superior de Sevilla. Tal colisión fue desatada por la Corte, en estos términos:

"Según esto, y de acuerdo con lo previsto en el art. 90 del Decr. 501 de 1955, por la época en que el delito se reputa cometido, el sindicado estaba temporalmente situado fuera de las Fuerzas Militares.

"No podría, pues, en tales circunstancias considerársele como militar.

"Tampoco, por la misma razón como civil que formara parte de las Fuerzas Armadas. Lo previsto en el ord. 50. del art. 307 del Código de Justicia Penal Militar, se refiere a un status de características propias, totalmente diferente a las situaciones que en orden a la calidad del agente se contempla en los demás ordinales de dicho texto.

"No cabe, por tanto, la disyuntiva que plantea el Comando, ni puede dársele al hecho de haber prestado el procesado algunos servicios al ejército estando separado de éste, el alcance que el referido Comando le da con fundamento en el mensaje que al respecto cita, fl. 53, en el que se informa de tal hecho. Esa situación de facto en nada altera la de jure".

La situación allí contemplada no ha variado. La prueba documental analizada por el recurrente, se había producido ya por la época en que se suscitó y fue definida la colisión de competencias. Se sabía, además, que el arma empleada era de dotación oficial y que el procesado había alegado en su favor su calidad de civil al servicio de las Fuerzas Militares. No obstante, la Corte estimó que el juzgamiento de Betancourt Puertas era de competencia de la justicia ordinaria.

b) Ramón Emilio Betancourt Puertas, a la fecha en que cometió el delito por el cual se le ha juzgado, era Cabo 10., pero se encontraba separado del servicio en virtud de una sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior Militar y de la Res. No. 050023 de 2 de agosto de 1966 del Ministerio de Guerra. La separación implica —dice el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional— que "el Suboficial separado en forma absoluta o temporal por sentencia condenatoria de la Justicia Militar u Ordinaria o de un Tribunal Disciplinario no puede desempeñar cargos civiles dentro de las Fuerzas Militares".

Por consiguiente, si de hecho se desatendieron las disposiciones y mandatos que se acaban de citar, en el caso de Ramón Emilio Betancourt Puertas, se estaría en presencia de una "situación de facto que en nada altera la de jure", como lo anotó la Corte, al decidir la colisión.

Sea, pues, que se mire el caso frente al art. 307 del C. de J. P. M. o al 308 del mismo estatuto, la competencia radica en la justicia ordinaria, pues el procesado no podía formar parte como civil de las Fuerzas Armadas, al cometer el delito, por estar separado de ellas, ni podía ser un civil al servicio de las Fuerzas Armadas, ya que si "el personal de las Fuerzas Militares está integrado por Oficiales, Suboficiales, tropas y empleados civiles" (art. 10. Ley 68 de 1963), es obvio, como indica el Secretario General del Ministerio de Defensa "que el militar separado—en acatamiento de una sentencia condenato-

ria— no puede prestar servicio alguno dentro de las Fuerzas Militares, toda vez que la separación es un término excluyente de toda vinculación con el Ministerio".

El mismo Procurador Delegado, al enfocar este aspecto de la cuestión, anota:

"Esta situación no varía, aunque se haga alusión al art. 308 del C. P. M., pues dicha norma al decir que la justicia militar conoce de los delitos comunes cometidos por civiles que estén al servicio de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra o turbación del orden público, comprende solo a aquellos vinculados en forma regular a dichas fuerzas y no a quienes en forma ocasional o de hecho presten un servicio, pues del texto de la norma así se deduce, es decir, que hace relación a los vínculos, a la administración en forma reglamentaria. Esta situación no puede ser acreditada respecto a Betancourt y parece claro que no pudiera existir, en razón de la sanción impuesta, ya que la excluía como se dijo".

No estando demostrada la causal propuesta, no es el caso de invalidar el fallo acusado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Tuluá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

FALSIFICACION DE MONEDA

El hallazgo de los billetes falsos y la imposibilidad de distinguirlos de los legítimos, son hechos que no alcanzan a probar plenamente el elemento "a sabiendas", de que habla el ord. 40. del art. 214 del C. P.

El hallazgo de los billetes, por una parte, y por otra, lo difícil de distinguirlos de los legítimos, hacen que el elemento "a sabiendas", no pueda darse como probado como lo exige el art. 273 del C. de P. P., que el tribunal quebrantó en forma evidente y en forma indirecta el numeral 40. del art. 214 del C. P., por indebida aplicación.

El tribunal acude, para establecer el elemento "a sabiendas", a varios hechos que califica como indicios, pero que no tienen realmente tal calidad, jurídica, porque parte de una suposición o conjetura, más o menos probable, pero no cierta ni demostrada, como por ejemplo, el haber efectuado todas las compras durante la noche, incide en una petición de principio al dar por demostrado el mismo hecho que se quiere probar, pues el razonamiento lógico sería éste: quien sabe o conoce que sus billetes son falsos hace las compras durante la noche; es así que el procesado las hizo por la noche, luego procedió a sabiendas de la ilegitimidad de las especies monetarias que dio en pago de los artículos comprados; sin embargo, queda por demostrar la exactitud de la premisa mayor del silogismo, pero como esto no está probado, pues apenas sería una conjetura o mera probabilidad, se incurre en una petición de principio, con evidente violación del art. 216 del C. de P. P. en armonía con el 223 del mismo Código, que a la vez condujo al sentenciador de segunda instancia a la violación indirecta del numeral 40. del art. 214 del C. P.

Los otros hechos, equivocadamente calificados de indicios por el tribunal, como las sucesivas compras, la velocidad en el cambio de los billetes, etc., etc., incurren en el mismo vicio anotado en el aparte anterior al considerar demostrado el mismo hecho que está en tela de juicio, esto es, que sólo quienes conocen la ilegitimidad de las especies efectúan las operaciones comerciales en tales condiciones; y como éste, se repite no está demostrado y apenas sería una conjetura, el quebrantamiento de las normas antes citadas

resulta también evidente, es decir, que el tribunal incurrió en error de derecho al apreciar tales pruebas o hechos como indicios.

Nótese, en fin, que los hechos considerados como indicios por el tribunal, en caso de que realmente lo fueran, todos ellos no serían sino uno solo, conforme al art. 222 del C. de P. P., porque parten del mismo supuesto o hecho en cuanto supone o conjetura que los portadores a sabiendas de billetes falsos hacen sus transacciones en las condiciones que anota el tribunal, es decir, la misma conjetura o suposición o hipótesis para todos ellos.

La manifestación hecha por el procesado en su primera indagatoria, reiterada en la ampliación, seis años después (fls. 12 a 15 y 51 a 55), en cuanto allí dijo: "yo he oído decir que este señor Angel Alberto Alvarez trabaja con billetes falsos..." no puede deducirse que estaba en condiciones de presumir que los hallados en la demolición de la enramada de Alvarez, lo fueran y, por no ser un indicio necesario, tampoco podría considerarse como plena prueba sin violar el art. 217 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve).

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

(Aprobado: Acta No. 19).

Contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior de Chaparral, el apoderado de Gregorio Tique Pedraza ha interpuesto el recurso de casación, por medio de la cual, revocando la absolutoria de primera instancia, lo condenó a seis años de presidio y a las accesorias correspondientes, por el delito de circulación de moneda falsa, conforme al ord. 40. del art. 214 del C. P.

I.- Hechos. Los hechos que dieron ocasión a este proceso, los sintetiza así el procurador segundo delegado en lo penal al descorrer el traslado de la demanda de casación:

"El 11 de mayo de 1960, según versión del acusado. Luis Reinoso contrató los servicios del obrero Gregorio Tique Pedraza para que le ayudara en trabajos de albañilería en casa de propiedad de Angel Alberto Alvarez, relacionados con la demolición de una mediagua de palma entre ésta encontró Tique Pedraza un envoltorio contentivo de "billetes de cien pesos, los cuales guardó sigilosamente y luego de levantar las labores del día salió al comercio con el fin de hacer compras con ese 'dinero'. En efecto, en el almacén de Pompilio Ballesteros compró zapatos para él y su señora y pagó con uno de tales billetes, en el de Ignacio Sáenz adquirió una cama y una almohada y entregó otro billete, en la tienda de Alfonso Mozos compró dos camisas y un cinturón pagando la cuenta con otro de los mismos billetes de cien pesos. Más tarde en la joyería de Fabio González negoció un anillo procediendo de igual manera v finalmente en una cantina del Camellón principal entregó dos billetes de cien pesos para cancelar cuentas de cerveza. Al otro día Pompilio Ballesteros Melo advirtió que el billete dado por Tique era falso y su sospecha fue ratificada por empleados del Banco de Colombia de Chaparral. Los billetes dados a los demás comerciantes resultaron también ilegítimos por lo cual se ordenó la captura del acusado a quien se le encontraron ocho billetes de la misma naturaleza al practicársele una requisa". (fs. 49 y 50 cdno. No. 3o.).

II.- En este proceso el criterio del juez de primera instancia ha estado en abierta oposición con el del tribunal, pues mientras aquel considera que no se ha probado el elemento a sabiendas, el segundo acude a varios elementos probatorios para opinar lo contrario, revocar la providencia absolutoria y condenar al procesado a la pena antes mencionada. En efecto en la dicha sentencia se lee:

"a) La declaración del señor Pompilio Ballesteros Melo, a quien Tique le dio el primer billete falsificado el miércoles 11 de mayo en pago de unos zapatos que adquirió en su comercio, contradice completamente el dicho del sindicado en su diligencia de indagatoria y que es la versión a la cual el juzgado del conocimiento le ha dado plena credibilidad. Y lo cual viene a restarle a éste seriedad y respeto.

"Don Pompilio, testigo que solamente defiende sus naturales intereses y a quien no le liga ninguna clase de rencores o resentimientos con Tique, afirma que cuando él comprobó al día siguiente que el billete que la noche anterior le había dado Tique era falso, lo buscó para pedirle explicaciones y éste al verse sorprendido en su actividad delictuosa le respondió que fuera a donde el señor que a su vez se lo había dado a él y los dos fueron hasta una casa cerca a la bomba de gasolina en donde Tique preguntó por el 'patrón', pero como les dijeran que estaba en la Oficina de Cedulación hacia allí se encaminaron sin que tampoco consiguieran en esta nueva dirección al sujeto buscado. Luego, sigue explicando el testigo. Tique le propuso que arreglaran el asunto y para solucionarlo le dio un anillo y le prometió devolverle la mercancía que no había usado.

"Por su parte el sindicado Tique afirma que el dinero se lo encontró al destruir una pared de la casa del señor Angel Alberto Alvarez.

"Entonces, ¿cuál ha de ser la verdad? Seguramente que no es ni la una ni la otra. Pero lo que sí surge de tales pruebas es que el sindicado sabía de que los billetes eran falsificados. No de otra manera se explica en lógica que hubiese dicho primero una cosa para justificarse con el señor Ballesteros y luego otra para explicar su conducta con las autoridades.

"La procedencia de los billetes no se sabe y esseguro que no se sabrá en esta investigación; que entre otras cosas no se requiere para que la actividad del sindicado sea delictuosa, puesto que la disposición comentada edifica en delito la circulación que de cualquier modo se haga en especies monetarias falsificadas o alteradas. Porque el testimonio de Luis Alfonso Reinoso no demuestra que Tique encontró en las ruinas de la pared destruída por ellos, dinero. Y no lo demuestra simplemente porque Tique no le quiso decir y menos mostrar al testigo qué era lo que se había encontrado. Le mostró un papel y agregó que era una cosa para matar hormigas, lo cual tampoco comprobó el testigo.

"Entonces, no puede afirmarse que la coartada (sic) del sindicado está demostrada, si se acepta la versión que presenta en la indagatoria como buena y verdadera y no contradicha por medio de piezas procesales diferentes del proceso. Pues el testimonio de su esposa no es suficiente para acogerla y aceptar que en verdad Tique esa tarde halló un paquete con billetes de cien pesos. "b) Por último, la ignorancia e ingenuidad del sindicado debe descartarse porque el modo de operar para hacer entrar fraudulentamente especies ilegítimas a la corriente moneda legal de la Nación es típica en la comisión de estos eventos delictuosos.

"Son repetidas y sucesivas compras de mercancia o artículos de comercio de menor precio al de la denominación del billete para obtener especies legítimas, las cuales vienen a significar el aprovechamiento material o lucro de la actividad criminosa.

"También esencial la hora que se escoja para hacer esas pequeñas transacciones. Observamos que todos los perjudicados con el hecho declaran que Tique llegó a sus establecimientos entre las seis y media a las ocho de la noche. Es decir, cuando ya no había luz natural y la artificial por su misma naturaleza hace que los objetos varíen de color y forma. Haciendo posible la confusión en la apreciación del billete y su fácil aceptación teniéndolo como bueno. La aplicación de esa sencilla forma operacional hizo posible la labor fraudulenta de Tique, pues Ballesteros, González, la Rojas, etc., confundieron la especie monetaria, la tuvieron por buena y la aceptaron dándole a aquel el cambio correspondiente. Luego, a otro establecimiento de comercio a repetir la compra y a pagar nuevamente con otro billete de cien pesos y así sucesivamente.

"También hay que observar que lo normal no es que quien tiene billetes de cien pesos se dé a cambiarlos con la velocidad que empleó el sindicado. Generalmente cuando el dinero de esta denominación es legítimo y bien habido se gasta con prudencia y agotado se pone a circular otro, si es que se tiene en cantidad más o menos apreciable. Por otra parte, es hasta inconveniente ese proceder porque no es cómodo portar muchos billetes de baja denominación; quien los tiene los consume primero que los de alta denominación y no lo contrario. (hasta aquí el auto de proceder).

"Podríamos agregar a lo anterior que, el procesado en su indagatoria dice que cuando estaba con Reinoso destruyendo una pared de la casa de Angel Alberto Alvarez fue cuando halló un 'atado' que contenía dinero que él guardo sin comunicárselo a su compañero, creyendo que era bueno. Pero agrega: 'Yo he oído decir que este señor Angel Alberto Alvarez trabaja con billetes falsos, en todo caso en esa casa fue que yo me encontré esa plata'.

"Es decir, que además de lo anterior, copiado del auto de proceder, se puede con el dicho del procesado llegar a la conclusión de que sí tenía conocimiento de que las especies que había encontrado eran falsificadas ya que, si sabía que el señor Angel Alberto Alvarez trabajaba con billetes falsos no le era dificultoso presumir rápidamente que los hallados escondidos en una pared de la casa del mentado señor, también lo eran. Con lo revelado por el procesado, en ese momento de su indagatoria, quiso inconscientemente aceptar que tenía conocimiento de la ilicitud de las especies encontradas, pero que él no era su falsificador sino el señor Alvarez, buscando en esta forma eludir la responsabilidad penal correspondiente en el convencimiento de que el delito no era la circulación de ella sino su falsificación, como es la creencia común entre las gentes que no saben de cuestiones jurídicas.

"El elemento, a sabiendas, según la sentencia, parece que no se consigue probar sino con la confesión del procesado por ser una cuestión enteramente subjetiva. Sin embargo, los hechos que lo demuestran en casi todos los casos se presentan y desarrollan como en esta oportunidad y, siempre, el agente ensayará una explicación pueril del tenor de la formulada por Tique . (fls. 143 a 145 cdno. No. 10.).

III.- Demanda de Casación. En tiempo oportuno presentó el apoderado del procesado la demanda de casación, en la cual solicita que se case la sentencia proferida por el tribunal y se absuelva a su patrocinado por el delito que injustamente se le imputa.

Hace el demandante la historia de la investigación, perfeccionada por el alcalde de Chaparral en pocos días y luego demorada en el juzgado 30. superior de Ibagué, hasta que fue enviada al juez promiscuo del circuito de Chaparral, en virtud de la nueva competencia adscrita por la reforma judicial de 1965, que solamente el 28 de febrero de 1968 la declaró cerrada (fls. 74 cdno. No. 10.) y en providencia del 6 de abril del mismo año sobreseyó definitivamente en favor del sindicado, la cual, consultada al Tribunal Superior, no obstante el concepto del fiscal para que fuera confirmada, la revocó el 16 de mayo y lo llamó a juicio por un delito definido en el capítulo I, Título VI, Libro I (sic) del C. P.

Se refiere al desarrollo del juicio, alude a los fundamentos de la sentencia de primera instancia que absolvió al enjuiciado y a los argumentos o razones que adujo el Tribunal para revocarla y condenarlo a la pena de seis años de presidio y a las accesorias procedentes.

Terminada esta larga e innecesaria crítica a la sentencia recurrida, en el primer capítulo de la demanda de casación, dice textualmente:

"Primera causal que se invoca: la del numeral 20. del art. 567 del C. de P. P. en concordancia con el inciso segundo -numeral 1o.- del art. 56 del Dcr. No. 528 de 1964, a saber: Acuso la sentencia proferida el 18 de septiembre de 1968 contra Gregorio Tique Pedraza por el H. Tribunal Superior de Chaparrral: Pues por errada interpretación o apreciación de algunos hechos, en ella se les atribuyó un valor probatorio de la responsabilidad del encausado, que no tienen; por errada interpretación o apreciación de esos mismos y de otros hechos, en ella se les negó el valor probatorio que sí tienen; en ella no se tomaron en cuenta varios hechos demostrativos de la buena fe del encausado, a pesar de estar acreditados en el proceso; y hay manifiesta contradicción entre hechos que en ella se tomaron como probatorios de la responsabilidad del encausado", (fls. 14 cdno. No. 30).

Expresa que para el mejor ordenamiento expone los fundamentos separadamente; y así, en cuanto concierne al primer cargo, dice "Planteamiento del cargo: La sentencia recurrida, por errada interpretación o apreciación de los hechos les atribuyó un valor probatorio que no tienen".

Con el objeto de demostrar el cargo, se refiere a cada uno de los indicios que el Tribunal considera suficientes para establecer que el procesado, al poner en circulación los billetes, lo hizo a sabiendas de la falsedad.

En el aparte a) sostiene que la explicación que Tique le dio en forma extrajudicial a Pompilio Ballesteros, vendedor de los zapatos, cuando le manifestó que los billetes los recibió de un señor o "patrón" en lugar de la explicación dada en la indagatoria o hallazgo del paquete de billetes, no prueba el elemento a sabiendas, exigido en el numeral 40. del art. 214 del C. P. y que debe probarse en la forma prevista en el art. 273 del C. de P. P., para que exista el cuerpo del delito, pues, dice el recurrente, aquella manifestación a lo sumo puede interpretarse en cuanto a la irregular adquisición, pero no a que tales especies fueran falsas, si se tiene en cuenta que el paquete de los 14 billetes de cien pesos los encontró en una propiedad ajena, en la de Angel Alberto Alvarez; y en consecuencia, la apreciación contraria del tribunal sentenciador viola el art. 216 del C. de P. P., pues de la manifestación de Tique a Ballesteros no se infiere lógicamente el elemento "a sabiendas" en relación con la ilegitimidad de los dichos billetes.

En el aparte b) se refiere al indicio que toma en consideración el tribunal en cuanto a la inversión en varios artículos como zapatos, camisas, cinturón, almohada, etc., para deducir de allí el elemento "a sabiendas", que el recurrente atribuye, no al deseo de poner en circulación los billetes, sino al de conseguir aquellas cosas que más necesitaba, una vez que la casualidad lo había colocado en condiciones de adquirirlas; y así este indicio, como el anterior, no se conforma a las exigencias del citado art. 216 del C. de P. P.

Algo semejante expone en el parágrafo c) en relación con la circunstancia de haber aprovechado las horas de la noche, para invertir los billetes de cien pesos, pues lejos de demostrar una intención dolosa, el procesado solamente dio cumplimiento a los vehementes deseos que tenía de adquirir aquelllos artículos que más necesitaba, como la misma explicación cabe respecto al indicio de la velocidad en las inversiones, porque en la forma como las hizo claramente establecen que consideraba los billetes legítimos. así como efectuó las compras en los almacenes en donde era conocido, firmó facturas y ni siquiera retiró algunas de ellas, como la cama y almohada, para recibirlas al día siguiente, conducta que pone de manifiesto su buena fe y la seguridad de que los billetes eran corrientes.

Finalmente, desecha el indicio relacionado con lo dicho por Tique desde su primera indagatoria rendida el 13 de mayo de 1960, en la cual manifestó: "Yo he oído decir que este señor Angel Alberto Alvarez trabaja con billetes falsos. en todo caso en esa casa fue que yo me encontré esa plata". (fl. 13). Y al respecto observa el recurrente que del posible hecho de que Ticio "tenga billetes falsos no se sigue la falsedad de todo billete que tenga Ticio"; y más adelante agrega: "...supongamos que yo he oído decir que Ticio comercia con billetes falsos. Y que me encontré unos billetes en casa de Ticio. Debo presumir necesariamente que estos son falsos? Evidentemente, no. Lo puedo, sí, presumir. Pero del hecho de que lo pueda presumir no se sigue que lo presumí: pues todo esto es confundir la potencia con el acto, que dirían los escolásticos. De que algo pudo ocurrir no se concluye que ocurrió. De que Tique pudo suponer la falsedad de los billetes por él hallados no se puede concluir que efectivamente los supuso falsos. E incluso en el evento de que los hubiera supuesto falsos -suposición que sólo existe en la sentenciaello no equivale a saberlos falsos, que es el exigente y específico dolo requerido por la norma que se dice violada: el numeral 40. del art. 214 del C. P. ". (fl. 25 cdno No. 30.).

Aduce el recurrente otras causales que resulta innecesario estudiar aquí.

IV.- Concepto del Procurador Delegado. Después de hacer un resumen de la demanda de casación y rectificar el equivocado concepto del recurrente en relación con la violación directa o indirecta de la ley sustancial, supuesta la expresa manifestación del procesado de haber hallado los billetes al demoler la enramada en casa de Angel Alberto Alvarez, expone:

"La jurisprudencia y la doctrina unánimemente han expuesto que el dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil. El juzgador debe por tanto investigar si las aserciones que hace el procesado son verdaderas y del examen prolijo de ellas deducir si el inculpado merece ser creído en sus justificaciones.

"El Tribunal de Chaparral desatendió el contenido de la jurisprudencia anterior y del art. 255 del C. de P. P., por cuanto todas las pruebas testimoniales y la diligencia de inspección ocular practicada por el funcionario instructor corroboran el dicho del sindicado de que, en relación a las primeras, se evidenció el hecho de que el procesado trabajó en la obra de Alvarez, que Luis Reinoso se dio cuenta del hallazgo de Tique y luego algunos comerciantes anotaron la circunstancia de que el papel moneda recibido estaba húmedo. Así mismo la inspección ocular evidenció la destrucción del inmueble y el encuentro de un papel de las características a que se refirió el acusado en el cual, según su versión, estaban envueltos los billetes falsificados.

"La prueba indiciaria por este aspecto, como lo expresa el Juzgado Promiscuo del Circuito en la sentencia absolutoria de primera instancia y el señor apoderado en la demanda de casación, hace verosímil la confesión de Tique Pedraza.

"No existe en el proceso prueba directa respecto del elemento a sabiendas que para su tipificación requiere el numeral 40. del art. 214 del C. P. y la considerada como indiciaria por el Tribunal sentenciador carece de los requisitos legales para aceptarla como tal". (fls. 56 y 57 cdno. No. 30.).

Hace también otras consideraciones perti-

nentes y termina con la solicitud de que se case la sentencia y se absuelva al procesado, según lo ordenado en el numeral 10. del art. 58 del Dcr. No. 528 de 1964.

V.- Consideraciones de la Corte. No obstante las deficiencias de la demanda de casación, en especial al pretender fundarla en una norma derogada, como el art. 567, numeral 20. del C. de P. P., debe interpretarse que invocó la violación indirecta de la ley sustantiva, según lo previsto en el inciso 20. del numeral 10. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, que no se refiere al "valor probatorio de los hechos", sino de las pruebas que son el medio adecuado para el establecimiento de aquellos en el juicio, o bien a los errores de hecho "que aparezcan de modo manifiesto en los autos".

Hecha la anterior aclaración, se considera:

a) En primer término, no puede remitirse a duda que el Tribunal, en la sentencia recurrida, incurrió en un error de derecho al no atribuirle a la indagatoria o declaración judicial del imputado el valor que le corresponde, conforme al art. 255 del C. de P. P., esto es, "se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario"; y en este caso, sobre el hallazgo de los billetes por Tique Pedraza en la demolición de la enramada de Angel Alberto Alvarez, no solo no se ha probado nada en contrario, sino que existen elementos probatorios que lo corroboran: en primer término, es un hecho demostrado que el procesado, el 11 de mayo de 1960, estuvo trabajando en la dicha demolición, en compañía de Luis Alfonso Reinoso (fls. 23), quien declara que cuando volvió de botar unas basuras encontró a "Gregorio sacudiendo un atadito, en un papelito", y al preguntarle qué había hallado, "me dijo no, nada, me parece que es una cosa de matar hormigas y botó un papel...".

En su indagatoria, Tique Pedraza aludió al hecho de haber botado el papel en que encontró envueltos los billetes; y el alcalde, una vez terminada la diligencia, en la misma fecha y a las cinco de la tarde, practicó en forma inmediata una inspección ocular, en asocio de peritos o testigos actuarios, al lugar de la demolición, en donde "el sindicado empieza a remover escombros del techo, es decir, palmas, y dentro de ellas halla un papel perteneciente a una bolsa o maleta de azúcar o cemento, sucia, de veinticinco centímetros de larga, por 15 centímetros de ancha, en forma irregular..." (fl. 16 cdno. No. 10.)

Ignacio Sáenz (fl. 13 vto.), el vendedor de la

cama de hierro y una almohada, declara que rechazó el primer billete de cien pesos, "pues lo noté grueso y húmedo y no me pareció corriente...", pero como Gregorio le dijera que no había negocio "porque tenía otro de los mismos, yo le dije que me lo mostrara el otro, y entonces me lo pasó, lo examiné, me fije, y me pareció como mejor, más corriente y entonces se lo recibí; me dijo que le diera un vale para mandar al día siguiente por esos artículos, y le dije que le iba a dar una factura, y en ese momento le pedí el nombre, habiéndome contestado que llamaba o que le hiciera la factura a Gregorio Tique, y se la hice". (fl. 11 vto.).

Gregorio Tique, en la misma tarde, solamente les informó del hallazgo de los billetes a su mujer Carmenza Prieto de Tique y a su concuñado Ernesto Rico, que lo acompañó a hacer varias compras; y la primeramente nombrada, en su declaración, dice que su marido "sí le mostró unos billetes de cien pesos, unos mojados y otros secos".

En resumen, pues, además de error de derecho del sentenciador de segunda instancia por violación del citado art. 255 del C. de P. P., incurrió en un error de hecho manifiesto al ignorar la declaración de Reinoso; el resultado de la inspección ocular practicada por el alcalde como funcionario de instrucción (13 de mayo de 1960) y lo dicho por Ignacio Sáenz, de acuerdo con lo antes transcrito, que ponen en evidencia tanto el hecho material del hallazgo del paquete que contenía los billetes, como también que el procesado no podía sospechar de la legitimidad de ellos; y en consecuencia, por la violación de una norma probatoria, como el art. 255 del C. de P. P., el Tribunal violó indirectamente el art. 214, numeral 40., por indebida aplicación por no concurrir todos los elementos que integran el cuerpo del delito en el hecho imputado al enjuiciado.

b) Asimismo, el Tribunal incurrió en un error de hecho evidente al suponer que el procesado estuvo en capacidad, no obstante el casual hallazgo de los billetes, de reputarlos ilegítimos o falsos, cuando la realidad procesal demuestra lo contrario, porque, como se acaba de ver, el comerciante Ignacio Sáenz examinó el segundo billete que consideró corriente; el álcalde de Chaparral, en aquel entonces capitán Antonio J. Almanza, en la declaración rendida por Adela Rojas dejó este testimonio: "La compareciente presentó un billete de \$ 100.00 No. 955853, nuevo, muy similar a los legítimos, y el cual se agrega a estas diligencias..." (fls. 3 vto.); Noé Mosos, según el decir del denunciante Pompilio

Ballesteros, "...lo reparó detenidamente y dijo que le parecía bueno..." (fl.1); los peritos nombrados para conceptuar sobre la legitimidad de las especies, los examinaron "cuidadosamente con lentes de aumento..." y en esta forma concluyeron que eran "completamente falsos" por las razones que exponen en la diligencia de fecha 18 de mayo de 1960 (fl. 26 vto.); de manera, pues, que el gerente del Banco Cafetero y el Auditor del mismo, verificaron la ilegitimidad de los billetes después de un cuidadoso examen "con lentes de aumento", lo que significa que no era algo evidente y fácil de distinguir de los auténticos y efectivos.

Por tanto, por el hallazgo de los billetes, por una parte, y por otra lo difícil de distinguirlos de los legítimos, hacen que el elemento "a sabiendas", no pueda darse como probado como lo exige el art. 273 del C. de P. P., que el Tribunal quebrantó en forma evidente y en forma indirecta el numeral 40. del art. 214 del C. P., por indebida aplicación.

- c) El Tribunal acude, para establecer el elemento "a sabiendas", a varios hechos que califica como indicios, pero que no tienen realmente tal calidad jurídica, porque parte de una suposición o conjetura, más o menos probable, pero no cierta ni demostrada, como por ejemplo, el haber efectuado todas las compras durante la noche. incide en una petición de principio al dar por demostrado el mismo hecho que se quiere probar. pues el razonamiento lógico sería éste: quien sabe o conoce que sus billetes son falsos hace las compras durante la noche; es así que Tique las hizo por la noche, luego procedió a sabiendas de la ilegitimidad de las especies monetarias que dio en pago de los artículos comprados; sinembargo, queda por demostrar la exactitud de la premisa mayor del silogismo, pero como esto no está probado, pues apenas sería una conjetura o mera probabilidad, se incurre en una petición de principio, con evidente violación del art. 216 del C. de P. P. en armonía con el 223 del mismo Código, que a la vez condujo al sentenciador de segunda instancia a la violación indirecta del numeral 40. del art. 214 del C. P.
- d) Los otros hechos, equivocadamente calificados de indicios por el Tribunal, como las sucesivas compras, la velocidad en el cambio de los billetes, etc., etc., incurren en el mismo vicio anotado en el aparte anterior al considerar demostrado el mismo hecho que está en tela de juicio, esto es, que solo quienes conocen la ilegitimidad de las especies efectúan las operaciones comerciales en tales condiciones; y como éste, se repi-

te, no está demostrado y apenas sería una conjetura, el quebrantamiento de las normas antes citadas resulta también evidente, es decir, que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar tales pruebas o hechos como indicios.

Nótese, en fin, que los hechos considerados como indicios por el Tribunal, en caso de que realmente lo fueran, todos ellos no serían sino uno solo, conforme al art. 222 del C. de P. P., porque parten del mismo supuesto o hecho en cuanto supone o conjetura que los portadores a sabiendas de billetes falsos hacen sus transacciones en las condiciones que anota el Tribunal, es decir, la misma conjetura o suposición o hipótesis para todos ellos.

e) La manifestación hecha por el procesado (Tique) en su primera indagatoria, reiterada en la ampliación, seis años después (fls. 12 a 15 y 51 a 53), en cuanto allí dijo: "Yo he oído decir que este señor Angel Alberto Alvarez trabaja con billetes falsos..." no puede deducirse que estaba en condiciones de presumir que los hallados en la demolición de la enramada de Alvarez, lo fueran

y, por no ser un indicio necesario, tampoco podría considerárselo como plena prueba sin violar el art. 217 del C. de P. P.

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 de fecha 18 de septiembre de 1968, proferida por el Tribunal Superior de Chaparral y, en consecuencia, absuelve a Gregorio Tique Pedraza del delito de circulación de moneda o billetes falsos.

Como no existe en el expediente testimonio de que el procesado estuviere detenido, no se ordena su libertad.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

FUERO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

El consagrado en el artículo 11 del Decr. 1667 de 1966 lo reconoció la Corte, al dirimir la colisión positiva de competencias, entre el antiguo Juzgado Promiscuo Municipal de Vélez y el Comando del Departamento de Policía de Santander, con sede en Bucaramanga

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: mayo 9/69. - Acta No. 19).

VISTOS

Corresponde a la Corte decidir la colisión de competencia positiva que se ha suscitado entre la jurisdicción penal ordinaria y la justicia penal castrense, en cuanto al conocimiento del proceso que, por el delito de lesiones personales, se sigue al agente de la Policía Nacional, Carlos Arturo Cubides Marín ante el Comando del Departamento de Policía Santander, con sede en Bucaramanga.

El incidente fue planteado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Vélez, el 29 de mayo de 1965, oficina ésta que reclamó el expediente.

El Comando del Departamento de Policía Santander, en providencia de 13 de marzo de este año, considera que debe seguir conociendo del negocio, de acuerdo con el art. 11 del Decr. 1667 de 1966.

SE CONSIDERA

1. Es cierto, como anota el Comando del Departamento de Policía Santander, que el agente Cubides Marín, "cuando lesionó al particular Rodolfo Lippelt Quitian, estaba cumpliendo una orden del servicio, cual era la de aprehender en el corregimiento de "Bajo Jordán", al sujeto de nombre Evaristo N., habiéndolo con-

fundido lamentablemente con aquel y de un disparo de revólver le causó la herida que describe el reconocimiento médico", hecho ocurrido el 11 de septiembre de 1964, en jurisdicción municipal de Vélez.

2. Dice el art. 11 del Decr. 1667 de 1966, adoptado como legislación permanente por el art. 10. de la Ley 48 de 1967, lo siguiente:

"El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de sus funciones inherentes a su cargo, cometa un delito será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen".

La disposición que se acaba de copiar se acomoda, en el caso, ya que el agente Cubides Marín cuando hirió a Lippelt Quitian, se encontraba en una de las situaciones en ella contemplada, es decir, con ocasión del servicio, y por consiguiente, debe seguir conociendo de este proceso, el Comando del Departamento de Policía Santander, con sede en Bucaramanga.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso corresponde al Comando del Departamento de Policía Santander, previo aviso de lo aquí resuelto al Juez Penal Municipal (Reparto) de Vélez.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

(Fdos) Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera, Domíguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ

De la manera más deferente y con el mayor respeto por la opinión de los distinguidos colegas de la Sala Penal de la Corte, que estimaron del caso aplicar el precepto contenido en el art. 11 del Decreto Legislativo No. 1667 de 1966, adoptado como ley por la número 48 de 1967 para dirimir la colisión de competencias surgida entre la jurisdicción castrense y la ordinaria, presento las razones de mi sincero disentimiento, la mayor parte de ellas expuestas en la sesión última.

Primero.- Es cierto que en el caso en estudio los hechos fueron cometidos por razón del servicio, como miembro de la Policía Nacional, que le fue encomendado al acusado.

Segundo.- Dentro de la vigencia del Decreto Legislativo No. 1288 de 1965, por medio del cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República, la jurisdicción penal castrense debió ocuparse del juzgamiento, por delitos, de los miembros de la Policía Nacional, en virtud de lo señalado en el Decr. 1752 del mismo año.

Dice el último de los decretos citados, lo siguiente:

CONSIDERANDO

"Que por Decreto Número 1288 de 21 de mayo de 1965, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio de la República.

"Que el Decr. 1705 de 1960, por medio del cual se reorganizó el ministerio de Guerra y determinó sus funciones, ha traído confusiones en relación con la aplicación del Código de Justicia Penal Militar para la Fuerza Armada de la Policía Nacional, con grave perjuicio para la disciplina y normal desempeño de sus atribuciones, especialmente estando turbado el orden público de la Nación;

"Que tal situación dificulta el pronto restablecimiento del orden, siendo indispensable dictar una norma que defina y aclare cualquier duda que se presente para su cabal interpretación:

"Que el Consejo de Ministros se ha pronunciado, previo estudio, favorablemente sobre la medida que va a tomar,

DECRETA

"Art. 10. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art 40 del Decr. 1705 de 1960, la Justicia Penal Militar continuará con la competencia para conocer y decidir de los delitos cometidos o que se cometan por los miembros de la Policía Nacional, con arreglo al Código de Justicia Penal Militar.

"Art. 20. Este decreto rige desde la fecha de su expedición y suspende todas las disposiciones que le sean contrarias.

"Comuníquese, publíquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 2 de julio de 1965".

El art. 40 del Decreto Ley 1705 de 1960 señala:

"La Policía Nacional es una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales bajo la inmediata dirección y mando del Ministerio de Guerra y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos".

Posteriormente, el Decr. 1667 de junio 30 de 1966, contentivo del "estatuto orgánico de la Policía Nacional", indicó, entre otras cosas:

"Artículo 1. La Policía Nacional es un Cuerpo Armado, eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la Fuerza Pública, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional, y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos.

"Artículo 2.- La Policía Nacional está instituída para proteger la vida, honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia, prestar el auxilio que requiere la ejecución de las leyes y las providencias judiciales y administrativas, cooperar en la investigación de delitos y contravenciones, cumplir una labor educativa en beneficio social, y en general, conservar el orden público interno en sus aspectos de seguridad, tranquilidad y salubridad.

"Artículo 3.- La Policía Nacional no es deliberante; a sus miembros les está vedado ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, y no podrán intervenir en política partidista directa ni indirectamente.

"Artículo 5.- La función de la Policía Nacional se desarrollará dentro de los límites prescritos

por la Constitución Nacional, leyes, ordenanzas, acuerdos municipales y reglamentarios.

46

"Artículo 6. La Policía Nacional normalmente actuará en su función preventiva en coordinación con la autoridad política del lugar. En caso de empleo simultáneo de Policía y Fuerzas Militares, actuarán de acuerdo con los planes previstos o en su defecto en completa coordinación de acuerdo con los reglamentos que se expidan", (subraya el suscrito Magistrado).

"Artículo 11. El personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

"Artículo 28. La Policía, dentro de su misión general de garantizar la tranquilidad pública, de prevenir los hechos que puedan perturbar el orden social de la Nación y de exigir el cumplimiento de las leyes, desarrollará los siguientes servicios especializados:

- "1. Policía de Vigilancia, Urbana y Rural;
- "2. Policía Judicial.
- "3. Policía Vial
- "4. Policía de Circulación y Tránsito.
- "5. Policía de Protección Juvenil.
- "6. Policía de Prisiones.
- "7. Policía de Bomberos.
- "8. Policía de Turismo, y
- "9. Las demás que la Dirección General considere necesario organizar, de conformidad con el desarrollo económico y social de la Nación.

Restablecida la normalidad institucional mediante el Decr. 3070 de 16 de diciembre de 1968, dejó de regir lo preceptuado en el Decr. 1752 de 1965. Pero el art. 10. de la Ley 48 de 1967 adoptó como ley el Decreto Legislativo No. 1667 de 1966, en el cual, como se dejó visto, se dispuso que "el personal de la Policía Nacional que con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo, cometa un delito, será juzgado de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar y de las disposiciones que lo modifiquen o adicionen".

Es obvio, entonces, que se ha establecido en la ley el fuero penal castrense para los miembros de la Policía Nacional.

Pero, ¿es contrario ese precepto a la norma contenida en el art. 170 de la Constitución Nacional?

Si se atiende a que la Carta, en el citado artículo, señala que "de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar". es manifiesta la incompatibilidad entre dicho precepto legal (art. 11 del Decreto Legislativo No. 1667 de 1966, adoptado como ley permanente por la Ley 48 de 1967) y aquella norma de la Constitución, pues los miembros de la Policía Nacional, como expresamente lo indica el art. 60. de su estatuto orgánico, no tienen la calidad de militares; ni su misión esencial, la preservación del orden público interno, permite que se les de esa condición de Fuerza Militar.

En el referido artículo 60. del Decr. 1667 de 1966 se manda que "en caso de empleo simultáneo de Policía y Fuerzas Militares, actuarán de acuerdo con los planes previstos o en su defecto en completa coordinación de acuerdo con los reglamentos que se expidan". Vale decir, que el mismo estatuto orgánico de la Policía Nacional distingue, como jurídicamente corresponde, entre Fuerzas de Policía y Fuerzas Militares.

Y de acuerdo con el art. 215 de la Carta, "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Tercero: El juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional ha sido objeto de distintos estatutos, cuyo alcance ha señalado la Corte en diferentes oportunidades, a saber:

a) En la época que precedió a la vigencia del Decreto Legislativo 1814 de 10 de julio de 1953, que incorporó las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares y les dio a estas últimas la denominación genérica de "Fuerzas Armadas", la competencia para juzgar a los miembros de la Policía Nacional, como personas extrañas al calificativo de militares y de acuerdo con el precepto contenido en el art. 170 de la Carta, correspondió a la justicia penal ordinaria, si bien dentro de las siguientes normas de la Ley 108 de 1946:

"Artículo 7o. Los oficiales, suboficiales, agen-

tes y detectives de la Policía Nacional a quienes por razón de actos ejecutados en ejercicio de sus funciones se sindique como infractores de la ley penal, no serán destituídos mientras no recaiga sentencia condenatoria; durante el proceso, los sindicados serán detenidos dentro de sus respectivas unidades y continuarán perteneciendo a la Institución, percibiendo los sueldos correspondientes a sus grados. Dictada sentencia condenatoria, el responsable será dado de baja y puesto a órdenes del funcionario competente.

"Artículo 9. Los oficiales, suboficiales, agentes y detectives de la Policía Nacional a quienes por razón de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones se abra causa criminal, serán detenidos dentro de sus respectivas unidades, a órdenes del funcionario judicial del conocimiento.

. 4

El Decreto Legislativo No. 1814 de 10 de julio de 1953, dijo:

CONSIDERANDO

"Que por Decr. No. 3518 de 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional:

"Que para el completo restablecimiento de la normalidad republicana es indispensable unificar el mando y coordinar los servicios de las Fuerzas Armadas,

DECRETA

"Artículo 1. A partir de la fecha de este decreto el Comando General de las Fuerzas Militares se denominará Comando General de las Fuerzas Armadas.

"Artículo 20. Las Fuerzas Armadas comprenden:

"El Comando General de las Fuerzas Armadas.

"El Ejército.

"La Armada.

"La Fuerza Aérea.

"Las Fuerzas de Policía."

"Artículo 30. La Policía Nacional pasará des-

de la fecha de expedición de este Decreto, a formar parte activa del Ministerio de Guerra, como el cuarto componente del Comando General de las Fuerzas Armadas, con presupuesto y organización propios, y prestará los servicios que por ley le corresponden.

b) Como consecuencia lógica de la incorporación de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional y demás miembros de esa Institución a las Fuerzas Militares (si bien se adoptó el alcance genérico de "Fuerzas Armadas" para comprender a todas), dada la calidad de militares que tomaron esas fuerzas de Policía Nacional, el Decreto Legislativo 2900 de 3 de noviembre de 1953, dispuso en el art. 140:

"Los procesos penales en curso contra miembros de la Policía que tengan fuero militar, en virtud de la incorporación de esta Fuerza a las Fuerzas Armadas, se tramitarán con arreglo a las disposiciones de este decreto,...".

Y es natural entender que la calidad de militar adquirida por las Fuerzas de la Policía Nacional al ser incorporadas a las Fuerzas Militares es lo que explica dicho artículo 140 del citado decreto 2900 de 1953. No porque adquiriera la Policía Nacional la condición de Fuerza Armada, pues ya lo era una Fuerza Armada.

Esta última norma (el art. 140 del Decr. 2900 de 1953) no resulta incompatible con el art. 170 de la Carta, precisamente por la calidad de militares que adquirieron los miembros de la Policía Nacional al venir a formar el cuarto componente de las Fuerzas Militares, denominadas "Fuerzas Armadas".

De igual manera, como desarrollo de la calidad de militares que tomaron los miembros de las Fuerzas Armadas de la Policía Nacional, el Código de Justicia Penal Militar (Decreto Legislativo No. 0250 de julio 11 de 1958) se ocupa de la determinación de los jueces que deben juzgar a los miembros de la Policía Nacional y háce extensiva a éstos sus preceptos.

Y reafirma dicho Código esa circunstancia de incorporación de las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares el que, en el art. 284, se diga:

"Para los efectos de este Código, los términos militar, o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II", esto es, lo relacionado con el delito de deserción.

Durante esta época resulta inobjetable, desde el punto de vista del precepto que trae el art. 170 de la Constitución Nacional el que las Fuerzas de la Policía Nacional hubieran estado sometidas al fuero penal castrense, pues, se repite, entraron a formar parte de las Fuerzas Militares, bajo un mismo comando, y tomaron sus miembros esa calidad de militares, como ahora la tienen los miembros de la Policía Militar.

c) Mediante el Decr. 1705 de 18 de julio de 1960 se reorganizó el Ministerio de Guerra, y en este estatuto, de una parte, se excluyó a las Fuerzas de la Policía Nacional de su condición de cuarto componente de las Fuerzas Militares, y, de otra, se hizo la declaración (casi innecesaria, atendida la naturaleza de las funciones de la Policía Nacional, atinentes al orden público interno) de que la Policía Nacional es una institución civil.

Se tiene sobre el particular:

1. Se prescindió de comprender a las Fuerzas Militares y a las Fuerzas de la Policía Nacional bajo la designación de "Fuerzas Armadas", en atención a la separación de los Comandos de una y otra fuerza que dispuso el Decr. 1705 de 1960.

A este respecto cabe observar que el Decr. 1814 de 1953, al incorporar las Fuerzas de la Policía Nacional a las Fuerzas Militares para hacer de aquellas el cuarto componente de éstas al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea no requería dejar de designar al conjunto Fuerzas Militares, pues es obvio que toda fuerza armada que sea incorporada a las Fuerzas Militares y que quede sometida al mismo Comando General no puede ser otra cosa que Fuerza Militar.

2. Se hizo la exclusión de la Policía Nacional de las Fuerzas Militares. El art. 10. del Decr. 1705 de 1960 dispuso que "el Ministro de Guerra tiene a su cargo la dirección de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", pero deja de ser la Policía Nacional el cuarto componente de las Fuerzas Militares y se prescinde del Comando General unificado de unas y otras.

Actualmente existe una Policía Militar sometida al Comando General de las Fuerzas Militares. Se trata del "Batallón de Policía Militar", del que dice el doctor Roberto Pineda Castillo que "es una unidad militar que tiene por fin, en tiempos de paz, velar por la conducta de las tropas fuera de los cuarteles, y que, en tiempos de guerra, extiende su vigilancia al comportamiento de los combatientes fuera de las zonas de operaciones" ("La Policía", Editorial "A.B.C.", Bogotá, 1950, pág. 264).

Es lógico que al quedar separada la Policía Nacional de su condición de cuarto componente de las Fuerzas Militares y dejar de estar sometida al Comando General de éstas perdió su calidad de fuerza militar.

La Policía Nacional quedó regida por su Director General y el Ministro de Guerra, correspondiendo a éste por intermedio de aquel "ejercer las funciones de organización, administración, inspección y vigilancia de todos los Cuerpos existentes en el territorio de la República, ya sea que presten servicios a la Nación, a los Departamentos o a los Municipios". Sus institutos quedaron indicados, en el art. 41 del referido decreto, así:

- "a) La Dirección de la Policía Nacional.
- "b) Las Escuelas de formación y preparación.
- "c) Las Unidades de Policía, y
- "d) Los servicios".
- 3. Se hizo la declaración ya transcrita, de que "la Policía Nacional es una institución de carácter civil, con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección del Ministro de Guerra, y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos".

Pues bien:

Como consecuencia de haberse restablecido para la Policía Nacional su natural carácter de institución civil y de haber dejado de formar, con el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea el cuarto componente de las Fuerzas Militares, bajo un mismo Comando General, los miembros de aquella dejaron de estar sometidos al fuero penal castrense, pues de acuerdo con el art. 170 de la Carta, la Justicia Penal Militar se ocupa de juzgar a los militares en servicio activo, por delitos cometidos en el servicio.

Así lo señaló la Corte en sentencia de 27 de julio de 1961 y en diferentes proveídos, hasta cuando, declarado nuevamente en estado de sitio el territorio de la República mediante el Decr. 1288 de 1965, se dispuso por el Decr. 1752 del mismo año someter a las Fuerzas de la Policía Nacional a la jurisdicción castrense.

Este último decreto ya se dejó transcrito. Lo dispuesto en él fue hallado pertinente por la Corte, no obstante, la condición civil de la Policía Nacional y su desvinculación de las Fuerzas Militares, por cuanto algunas normas de la Carta pueden ser suspendidas en época de estado de sitio para disponer lo conveniente a los fines de restablecer el orden público perturbado.

Con el mismo criterio, la Corte encontró procedente que los particulares incursos en asociación para delinquir, secuestro, extorsión y otras infracciones punibles, fueran juzgados por la Justicia Penal Militar, mediante el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, (Decr. 1290 de 1965).

Cuarto: De conformidad con la doctrina y la legislación comparada, la Policía es una institución civil cuya misión es la tutela del orden público interno, ajena al concepto de Fuerza Militar, pues a ésta corresponde un objetivo diferente.

Anota el doctor Alvaro Copete Lizarralde en su obra "Lecciones de derecho constitucional colombiano" (Editorial "Temis", 1957, 2a. edición, págs. 385 y ss.) lo que pasa a transcribirse:

"La Constitución prevé tres clases de cuerpos armados: el Ejército, la milicia y la Policía Nacional.

"La ley no ha organizado la milicia nacional. De suerte que estudiaremos primordialmente la diferencia entre ejército y la Policía.

"El Ejército tiene un carácter estrictamente militar, es decir, jerarquizado, en donde la disciplina se debe cumplir rígidamente y las órdenes de los jefes no son discutibles ni discutidas. Por su estructura, por su disciplina, por su moral, debe ser una poderosa máquina humana de guerra, compuesta de elementos conscientes, pero dispuestos a renunciar a su criterio individual, si ello es necesario, para seguir el camino que le indiquen jefes valerosos y expertos.

"La Policía, por el contrario, no obstante ser cuerpo armado, es de carácter civil, es decir, que los individuos que la componen, a pesar de estar sometidos a rigurosas disciplinas, por sus labores mismas son personalmente responsables de sus actos. Mientras el ejército no obra nunca por unidades, la Policía ordinariamente actúa sin la presencia de los jefes. De allí las diferencias entre las dos instituciones.

"Todos los tratadistas que estudian la noción de Policía, están de acuerdo en que la función policiva corresponde a la administración, entendiendo por tal el Gobierno en su aspecto civil. Esta noción fundamental es lo que la caracteriza como eminentemente civil.

"Aun los que más difieren en sus alcances y consecuencias, acentúan el carácter administrativo de esta función, que en verdad corresponde primordialmente al Gobierno y a sus agentes en todos sus grados".

El doctor Eduardo Fernández Botero, en su obra sobre "Las constituciones colombianas comparadas" (Editorial "Universidad de Antioquia", Medellín, 1964, T. II., págs. 392 y 393), expresa:

"De los artículos transcritos..." (165 a 170, inclusive, de la Constitución Nacional)..., "se deduce que constitucionalmente la fuerza pública se divide en Ejército, Policía Nacional, Cuerpos Armados de carácter permanente y Milicia Nacional.

"Esta última institución no ha sido creada por la ley.

"Por cuerpos armados de carácter permanente deben entenderse aquellos que, como los resguardos de aduana y de rentas, el detectivismo, etc., prestan servicios públicos y portan armas.

"Nos queda el Ejército y la Policía.

"Se diferencian, en primer término, por sus funciones: el primero está hecho para salvaguardiar la independencia nacional y las instituciones patrias. La segunda es, como Policía, esencialmente un instrumento de prevención.

"De lo que surgen consecuencias: la disciplina del ejército, regida por el principio de que los militares en servicio activo quedan eximidos de responsabilidad cuando ejecutan un mandato superior que no compromete sino al autor de la orden. Lo que no pasa con los Agentes de Policía, de suerte que hizo bien la Corte en declarar inexequible el art. 20. del C. de P. P., en cuanto englobó en ese concepto a 'los miembros de los cuerpos armados en servicio', porque ampliaba indebidamente el precepto constitucional, si bien las conveniencias implican la necesidad de una reforma constitucional en el mismo sentido del mencionado Código...".

Observa el suscrito Magistrado que el art. 21 de la Carta no ha sufrido modificación alguna y, de consiguiente, lo dicho por el doctor Fer-

nández Botero tiene actual vigencia. El aludido art. 21 dice:

"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

"Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

Sigue el doctor Fernández Botero, así:

"La Policía actúa, como cuerpo preventivo, individualmente. Los soldados actúan bajo mando y como cuerpo. Los primeros, como tales, pueden discriminar porque la función preventiva es casuista y discriminatoria en el buen sentido de la palabra. Los segundos obedecen.

"La fuerza armada, en general no es deliberante, es decir, que no puede discutir el sí y el no, o puntos intermedios, de lo que se le manda. Mas debe notarse que cuando la Policía obra personalmente, no delibera en cuanto a las órdenes dadas (vigilar, proteger, etc.), pero el deber policíaco y el deber militar no pueden identificarse porque las tareas son distintas, no se puede hablar de una disciplina militar para la policía, a menos que se imponga a ésta el cumplimiento de normas ajenas, con lo cual automáticamente dejaría de ser policía...".

En fin que, si como un tratadista expresa que "el destino esencial del ejército no es el de perseguir los fines de la policía", igualmente corresponde aseverar que el destino esencial de la policía no es el de buscar los fines del ejército.

La doctrina constitucional siempre ha señalado como misión del Ejército la defensa de las instituciones, la independencia de la nación, la integridad de su territorio, y la ejecución de sus compromisos internacionales. Estos supremos intereses, colocados bajo el amparo de las Fuerzas Militares, concretamente los señala el art. 16 de la Constitución de Francia de 1958.

Asimismo, el régimen constitucional de otros países señala los objetivos de las Fuerzas Militares, así:

- 1. Portugal.- (Constitución de 11 de abril de 1933):
- "Art. 53. El Estado garantiza la existencia y prestigio de las instituciones militares de tie-

rra y mar, exigidas por las necesidades supremas de la defensa, de la integridad nacional y del mantenimiento del orden público y de la paz".

2. República Dominicana.- (Constitución de 10 de enero de 1947):

Luego de distinguir en el art. 81 entre Fuerzas Armadas y Cuerpos de Policía, preceptúa en el 86 que "la fuerza armada es esencialmente obediente y no tiene en ningún caso facultad para deliberar. El objeto de su creación es defender la independencia e integridad de la República, mantener el orden público, la Constitución y las leyes".

3. Bolivia.- (Constitución de 17 de noviembre de 1947).

Indica en el art. 171 que "la fuerza armada permanente está compuesta del Ejército de línea cuyo número se determinará en cada legislatura. Es esencialmente obediente, no delibera y está en todo sujeta a las leyes y reglamentos militares". Su fin, dice el art. 172, es "la conservación del orden interno y de la seguridad externa del país...".

4. Brasil. (Constitución de 18 de septiembre de 1946):

Señala en el art. 176 que "las fuerzas armadas, constituídas esencialmente por el Ejército, la Marina y la Aeronáutica, son instituciones nacionales permanentes, organizadas sobre la base de la jerarquía y la disciplina, bajo la autoridad suprema del Presidente de la República y dentro de los límites de la ley". Agrega en el art. 177 que "destínanse las fuerzas armadas a defender a la patria y a garantizar los poderes constitucionales, la ley y el orden".

5. Ecuador. (Constitución de 31 de diciembre de 1946):

En el art. 153 dispone lo siguiente: "Para la defensa de la República y mantenimiento del orden constitucional habrá Fuerza Armada Militar, organizada de acuerdo con la ley. Para salvaguardia del orden y seguridad internos y de los servicios sociales habrá una policía civil, que se rige por leyes especiales".

6. Guatemala.- (Constitución de 11 de marzo de 1945):

Dispone en el art. 149 que "el Ejército nacional está instituído para defender la integridad territorial de la Nación, sostener el cumplimiento de la Constitución y el principio de alternabilidad en la Presidencia de la República. Es apolítico, esencialmente profesional, obediente y no deliberante. Se organiza como institución garante del orden y de la seguridad interior y exterior; y está en un todo sujeto a las leyes y reglamentos militares...".

7. Honduras. (Constitución de 28 de marzo de 1936):

Preceptúa en el art. 169 que "el Ejército es una institución destinada a la defensa nacional y al mantenimiento de la paz y el orden público".

8. Nicaragua. (Constitución de 1o. de noviembre de 1950):

Expresa en el Capítulo único, del Título XIII, que se refiere al "Ejército", que "la Guardia Nacional de Nicaragua es la única fuerza armada de la República, destinada a garantizar la independencia de la Nación, la integridad de su territorio, la paz interior y la seguridad de los derechos individuales. Cualesquiera otros cuerpos armados, por el solo hecho de su organización, quedarán bajo la autoridad y control de la Guardia Nacional".

9. Panamá.- (Constitución de 1o. de marzo de 1946):

Manda en el art. 294 que "la ley organizará por separado el servicio militar y el de la policía nacional".

10. Perú. (Constitución de 9 de abril de 1933):

Preceptúa en el art. 213 que "la finalidad de la fuerza armada es asegurar los derechos de la República, el cumplimiento de la Constitución y de las leyes y la conservación del orden público".

11. El Salvador.- (Constitución de 7 de septiembre de 1950):

Reza el art. 112 lo que sigue: "La fuerza armada está instituída para defender la integridad del territorio y la soberanía de la República, hacer cumplir la ley, mantener el orden público y garantizar los derechos constitucionales. Velará especialmente por que no se viole la norma de la alternabilidad en la Presidencia de la República".

12. Venezuela.- (Constitución de 11 de abril de 1953):

Señala el art. 56 que "las fuerzas armadas nacionales son una institución profesional, impersonal y apolítica, al servicio exclusi-

vo de la Nación. Las fuerzas armadas nacionales tienen por objeto fundamental garantizar la defensa de la Nación, mantener la estabilidad interna y apoyar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes".

También hace la Constitución colombiana una clara diferenciación entre las Fuerzas Militares y las Fuerzas de la Policía Nacional. Basta con anotar la facultad que se indica en el art. 27 para "los jefes militares... "imponer penas in continenti..." a fin... "de contener una insubordinación o motín militar o para mantener el orden hallándose enfrente del enemigo...", cuestión absolutamente extraña a las atribuciones de la Policía.

Corresponde a las Fuerzas Militares la defensa del orden público externo y a las Fuerzas de Policía la tutela del orden público interno.

De acuerdo con el art. 1o. del Decr. 1667 de 1966, "la Policía Nacional es un Cuerpo Armado, eminentemente técnico, de personal jerarquizado que hace parte de la Fuerza Pública con régimen y disciplina especiales, bajo la inmediata dirección y mando del Ministro de Defensa Nacional, y tiene por objeto la función de prevenir la perturbación del orden y de tutelar los derechos ciudadanos". Asimismo, según se anota en el art. 44 del Decr. 2565 de 1968 (orgánico del Ministerio de Defensa Nacional), la Policía Nacional mantiene la naturaleza y objetivos que se indican en su estatuto orgánico (Decr. 1667 de 1966) y su exclusión, como cuarto componente al lado del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, de las Fuerzas Militares. Y, naturalmente, no están las Fuerzas de la Policía Nacional bajo el Comando General de las Fuerzas Militares, salvo la excepción que resulta del parágrafo del art. 19 del Decr. Legislativo No. 3398 de 1965, adoptado por la Ley 48 de 1968 en el parágrafo de su art. 1o., que dice:

"Artículo 19.- Asimismo, a los Comandos de las Fuerzas Militares les corresponde dirigir y coordinar el empleo de la Policía Nacional, los resguardos de cualquier naturaleza que sea, el Departamento Administrativo de Seguridad y cualquier organismo armado que exista en el país, en el cumplimiento de sus misiones en relación con la defensa nacional.

"Parágrafo.- La Policía Nacional actuará a órdenes de los Comandos Militares, ante cualquier tipo de agresión exterior, conmoción interior o calamidad pública".

Así, pues, de acuerdo con la doctrina y la le-

gislación comparada, es obvio que resulta ajena para la Policía Nacional la condición de Fuerza Militar. Su mismo estatuto orgánico preconiza esa diferencia entre las Fuerzas Militares y las Fuerzas de la Policía Nacional cuando anota, en el art. 60., ya transcrito, que "en caso de empleo simultáneo de Policía y Fuerzas Militares, actuarán de acuerdo con los planes previstos o en su defecto en completa coordinación de acuerdo con los reglamentos que se expidan".

Quinto: ¿Comprende a la Policía Nacional el fuero penal castrense que se indica en el art. 170 de la Carta?

Es obvio que no, pues la Policía Nacional no es una institución castrense, sino civil.

¿Puede la ley, como lo hizo el art. 11 del Decr. 1667 de 30 de junio de 1966, en época de normalidad jurídica, extender a otras fuerzas armadas distintas de la Fuerza Militar ese fuero penal castrense de que trata el art. 170 de la Carta?

Atendido que, si bien la Fuerza Militar es una fuerza armada, pero no toda fuerza armada es militar, es evidente que la Policía Nacional—como fuerza armada ajena a la calidad militar— no está sometida a la jurisdicción penal castrense. La norma constitucional citada dice que "conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares... de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

No puede la ley, sin caer en incompatibilidad con la Constitución, ampliar a otras fuerzas armadas aquel fuero castrense.

Si ello, en época de normalidad jurídica, pudiera hacerse (vale decir, en época extraña a esa situación de estado de sitio, durante la cual se admite la suspensión de algunos preceptos de la Carta, para restablecer el orden público perturbado), ningún obstáculo habría para que, al igual que a la Policía Nacional, también se extendiera el fuero penal castrense a otras fuerzas armadas, como los resguardos de aduana, el Departamento Administrativo de Seguridad y aun a particulares, por cualquier delito, con lo cual se prescindiría de la rama penal del Organo Jurisdiccional del Estado, puesto que también puede aseverarse que, como la Policía Nacional puede someterse a la justicia penal militar, sin tener esa calidad de militar, asimismo cualquier particular puede quedar sujeto a esa justicia penal castrense, pues no lo impide que no tenga la calidad de militar.

Y no es este último un planteamiento exótico, pues el mismo Tribunal Superior Militar, en sentencia de 30 de septiembre de 1960, la cuál fue objeto del recurso de casación que resolvió la Corte mediante el citado fallo de 27 de julio de 1961 asegura esa posibilidad, cuando expresa:

"Pero, se pregunta, ¿podrá la ley ordenar a la inversa que los jueces o Tribunales Militares juzguen delitos distintos de los puramente relacionados con el servicio militar o que juzguen a personas distintas de los militares en servicio?

"Para nosotros es claro que sí, por dos razones:

"a) Porque con ello no se impide a la Justicia Militar juzgar los reos y los delitos que le son propios. Su competencia no se reduce. sino que se amplía. El fuero constitucional de los militares no se ataca.

"b) Porque, de otro lado, esta ampliación de la competencia para la jurisdicción castrense no está prohibida por la Constitución. Esta ha dicho, apenas, que el delito militar cometido por el militar solamente puede juzgarlo el juez militar; pero no ha dicho que el juez militar no puede conocer otros delitos, ni juzgar otros reos".

Claro está, como ya se dijo, que en la especial situación de estado de sitio y para restablecer el orden público perturbado, por cuanto en ese caso pueden suspenderse en todo o en parte algunos preceptos de la Carta (entre otros, el art. 170), bien resulta procedente que se someta al fuero penal castrense a personas ajenas a la calidad militar, por cualquier delito, como ya ha ocurrido.

Cuando la Carta señala, como excepción, una particular forma de juzgamiento, no puede la ley ni extenderla a otras personas ni modificar los trámites que indica.

Y es que, de otra parte, en el art. 170 de la Constitución Nacional se consagra, implícitamente, una garantía para las personas extrañas a la calidad militar: La de que no serán sometidos —con exclusión de los jueces propios previstos en la misma C. N.— a la Justicia Penal Militar por los delitos que cometan.

Y es una garantía prevista en la Carta, porque bien sabido es que el fuero no es un privilegio, sino una excepcional competencia dada en razón de la persona. Y el fuero penal castrense, en particular, antes que ampliar los medios de defensa es bien sabido que los restringe, especialmente dentro del procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra.

Esta garantía es la que, en estado de sitio, puede ser suspendida, como se ha hecho, para restablecer el orden público perturbado.

Y es que cabe preguntar: ¿No sería claramente incompatible con el art. 170 de la C. N. un precepto legal que dispusiera que los particulares, por cualquier delito, sean juzgados por la Justicia Penal Militar?

Si los particulares, al igual que la Policía Nacional, son ajenos, a la calidad militar, es obvio que la supuesta disposición legal es contraria a la referida norma de la Carta.

Pero se dirá: Es que la Policía Nacional es un cuerpo jerarquizado. A ésto cabe anotar que el Poder Judicial también es una rama del Poder Público jerarquizada, en razón de las instancias.

De otra parte, resulta obvio que no es un privilegio para las Fuerzas de la Policía Nacional el que se las someta al fuero penal castrense, de acuerdo con las normas del Código de Justicia Penal Militar, puesto que quedarían incursos en infracciones punibles previstas para los militares en servicio activo, pertinentes por el precepto que trae dicho Código en el art. 284, ya citado, que dice: "Para los efectos de este Código, los términos militar, o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía a excepción de lo dispuesto en el Capítulo IV, Título IV, Libro II", que trata de la deserción.

En efecto, podrían ser acusados, entre otras, de las siguientes infracciones: insubordinación, desobediencia, ataque a superiores e inferiores, abandono del servicio, delito del centinela e inutilización voluntaria.

El tratadista Mateo Goldstein, en su estudio sobre el "Fuero", publicado en la "Enciclopedia Jurídica Omeba" (Editorial Bibliográfica Argentina, T. XII. p. 773), dice, refiriéndose a la definición de "Fuero Militar" que "para tener una noción completa de la extensión del fuero militar, cabe atender a la definición que la disciplina ha hallado en la doctrina. Un autor lo define de este modo: "la jurisdicción militar es la potestad que tienen los jueces militares para conocer de los negocios de las personas que sirven en los ejércitos, o dependen de

ellos, como asimismo de los que interesan al servicio de los mismos ejércitos'".

El fuero penal castrense, como se dijo, es una especial competencia, fundada en la profesión militar de la persona y estatuída para juzgar los delitos relacionados con el servicio.

De otra parte, corresponde observar que la iurisdicción penal castrense, con el Tribunal Superior Militar, los Jueces de Instrucción Penal Militar y los Comandos de las Fuerzas Militares (jueces de primera instancia) constituve un organismo excepcional, ajeno al Organo Jurisdiccional del Estado por su origen. En efecto, la designación de todos los funcionarios que se encargan de esta especial jurisdicción se hace por la Rama Ejecutiva del Poder Público. Su facultad de administrar justicia tiene su origen en el art. 170 de la Carta y el ámbito de su competencia, como instituto de alcance excepcional en la Carta, no puede ocuparse sino del juzgamiento de las personas que en la Constitución se indican: los militares en servicio activo y por delitos cometidos en el servicio.

Dice el doctor Copete Lizarralde en la obra citada (pág. 341):

"Al organizar el Estado sobre la base de la división de los poderes, se creó un cuerpo de jueces que conocían de los litigios entre los particulares y aplicaban la ley penal. Con el desarrollo de las actividades estatales han ido apareciendo jurisdicciones especiales que se ocupan privativamente en asuntos contenciosos de determinada índole. Tal es el caso de nuestras jurisdicciones especiales de lo contencioso-administrativo y del trabajo.

"Se reserva la denominación de jurisdicción ordinaria para aquella a la cual están atribuídos los asuntos que no son de competencia de ninguna de las jurisdicciones especiales.

"Entre nosotros está integrada por la Corte Suprema de Justicia, que es su más alto tribunal; por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y por los jueces inferiores".

Conoce, pues, la jurisdicción ordinaria lo que no está atribuído a las jurisdicciones especiales. Pero nó al contrario: que conozcan las jurisdicciones especiales (además de lo que específicamente les está señalado) lo que corresponde a la jurisdicción ordinaria, pues sería hacer de la excepción la regla general.

En consecuencia, no puede la ley ampliar la,

competencia de la jurisdicción penal castrense, más allá del juzgamiento de los militares en servicio activo por delitos cometidos en el servicio, puesto que se trata de una jurisdicción especial, de origen administrativo además. Si así lo hiciera un estatuto legal, como lo hizo el art. 11 del Decr. 1667 de 1966 (con fuerza legal en virtud de la Ley 48 de 1967), se da origen a una clara incompatibilidad entre la ley y la C. N.

Y (es que cabe nuevamente) preguntar: ¿Puede la ley darle a la jurisdicción penal castrense competencia para juzgar a personas distintas de los militares en servicio activo? Es obvio que no, porque el ámbito de la jurisdicción penal militar lo señala el art. 170 de la Carta y corresponde a la jurisdicción penal ordinaria conocer de aquello que no está atribuído a las jurisdicciones especiales. Y en este caso, es la misma C. N. la que ha indicado la competencia de la Justicia Penal Castrense.

Si así no fuera, no habría obstáculo alguno para que la ley, como lo entendió el Tribunal Superior Militar en su fallo de 30 de septiembre de 1960 atrás citado, atribuyera a la especial jurisdicción penal castrense todo lo que le corresponde a la jurisdicción penal ordinaria, terminando con la razón de ser de és-

CONCLUSION

Por cuanto los miembros de la Policía Nacional no tienen la calidad de militares y la Justicia Penal Castrense, por mandato de la Carta, se ocupa del juzgamiento de los militares en servicio activo por delitos cometidos en el servicio, es por lo que el suscrito Magistrado, con el respeto que le merece la opinión de sus distinguidos colegas de la Sala Penal de la Corte, hace el salvamento de voto en la providencia que aplica el art. 11 del Decr. 1667 de 1966.

Este precepto del decreto resulta incompatible con el art. 170 de la C. N. y corresponde, en la modesta opinión del suscrito, dar aplicación al mandato que contiene el art. 215 de la Carta, a saber: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Con toda atención.

Humberto Barrera Domínguez.

Bogotá, mayo 6 de 1969

COMPETENCIA!

De las conductas antisociales señaladas por el art. 16 del Decr. 1699 de 1964, conoce el juez del lugar en donde se giró el cheque y no el del lugar donde debe hacerse efectivo.

Tomando en cuenta la declaración del denunciante, único elemento de juicio de que se dispone, es evidente que la acción ilícita que le imputa al inculpado se ejecutó en la ciudad de Begotá, lugar donde éste compró las mercancias y giró y entregó en pago de ellas un chaque contra un banco de otra ciudad, el que posteriormente fue rechazado por el banco "por motivo de cuenta cancelada".

La Sala ha dicho en repetidas ocasiones que lo que el art. 16 del Decr. 1699 de 1964 sanciona. en sus diferentes hipétosis, "es el hecho de girar chaque o cheques que no correspondan a la cuenta corriente del girador en el Banco respectivo, o sobre cuenta cancelada o con fondos insuficientes sin mediar autorización del airado, o con nombre o firmas distintos de los registrados en el Banco, o sobre saldo embargado a sabiendas de esa circunstancia. La locución subjuntiva "el que gire...", usada en la norma legal, implica lógica y gramáticalmente una subordinación del acto de girar a cada una de las mencionadas hipótesis. Por tanto, tales conductas antisociales adquieren relieve jurídico-penal en el momento en que se giran uno o varios cheques dentro de las circunstancias que la ley prevé. El protesto de los referidos instrumentos negociables por parte de la respectiva entidad bancaria es una formalidad extrínseca, que como tal, no constituye factor integrante de la conducta".

De acuerdo con el art. 55 del C. de P. P., "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción". Según esta disposición, y la consideración anterior, el conocimiento del asunto de autos compete al Juez Penal Municipal de Bogotá y no al de Ibagué, de la misma categoría, por haber sido en Bogotá donde se cumplió la conducta ilícita.

Penal. — Bogotá, mayo diez y seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

VISTOS

Entra la Corte a dirimir de plano, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 67 del C. de P. P. y 17, ord. 40., del Decr. 528 de 1964, la colisión negativa de competencias creada entre el Juzgado 47 Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado 30. de igual categoría de Ibagué, con respecto al conocimiento de los hechos denunciados por Roberto Juvenal Cuesta Ríos en el escrito que encabeza estas diligencias y en el cual sindica a Agustín Rodríguez Zorro de haber incurrido en la conducta antisocial prevista en el art. 16 del Decr. 1699 de 1964.

Afirma el denunciante que "con fecha 3 de septiembre de 1968, el señor Rodríguez Zorro, giró aquí en Bogotá, para pagar una mercancía el cheque No. 342234, en su cuenta corriente No. 360686-6, contra el Banco Cafetero Sucursal de Ibagué por la suma de \$15.400.00 a favor del señor Marco Tulio Prieto"; que ese instrumento le fue endosado a él, y al ser presentado para el cobro fue protestado por la entidad bancaria girada, por "cuenta cancelada".

El Juzgado 47 Penal Municipal de esta ciudad, al que correspondió en reparto la referida denuncia, expresa en auto de abril 8 postrero que es el Juez de Ibagué el llamado por la ley a conocer del asunto, "ya que fue allí en donde debía hacerse efectivo el cobro y percibido el correspondiente valor del cheque de marras".

Por su parte, el Juzgado 3o. Penal Municipal de Ibagué, al declarar su desacuerdo, manifiesta que "de la lectura de la declaración incriminatoria, se deduce inequívocamente, que la infracción porque se procede, se realizó en la ciudad de Bogotá", y que en consecuencia la competencia corresponde al Juez de este Municipio, según lo prescrito en el art. 55 del C. de P. P.

SECONSIDERA

- a) Tomando en cuenta la declaración denuncia del señor Cuesta Ríos, único elemento de juicio de que se dispone, es evidente que la acción ilícita que le imputa al inculpado Agustín Rodríguez Zorro se ejecutó en la ciudad de Bogotá, lugar donde éste compró las mercancías y giró y entregó en pago de ellas el cheque que posteriormente fue rechazado por el Banco "por motivo de cuenta saldada".
- b) La Sala ha dicho en repetidas ocasiones que lo que el art. 16 del Decr. 1699 de 1964 sanciona. en sus diferentes hipótesis, "es el hecho de girar cheque o cheques que no correspondan a la cuenta corriente del girador en el Banco respectivo, o sobre cuenta cancelada o con fondos insuficientes sin mediar autorización del girado. o con nombre o firma distintos de los registrados en el Banco, o sobre saldo embargado a sabiendas de esa circunstancia. La locución subjuntiva "el que gire...", usada por la norma legal, implica lógica y gramaticalmente una subordinación del acto de girar a cada una de las mencionadas hipótesis. Por tanto, tales conductas antisociales adquieren relieve jurídico-penal en el momento en que se giran uno o varios cheques dentro de las circunstancias que la ley prevé. El protesto de los referidos instrumentos negociables por parte de la

respectiva entidad bancaria es una formalidad extrínseca, que como tal, no constituye factor integrante de la conducta".

c) De acuerdo con el art. 55 del C. de P. P., "es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el Juez del territorio en que se cometió la infracción". Según esta disposición, y la consideración anterior, el conocimiento del asunto de autos compete al Juzgado 47 Penal Municipal de Bogotá, por haber sido en estaciudad donde se cumplió la conducta ilícita.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencias a que se contrae la parte motiva declarando que el competente para conocer de los hechos aquí denunciados es el Juzgado 47 Penal Municipal de Bogotá, al cual serán remitidas las presentes diligencias, dando aviso de lo resuelto al Juzgado 30. Penal Municipal de Ibagué.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

TECNICA DE CASACION

El recurrente debe indicar en qué consiste el error de la sentencia y por que se ha errado. La causal 4a. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no da cabida a problemas relativos a cuestiones probatorias.

- 1. En el fallo impugnado, de manera concreta y clara, se puntualiza que los tres delitos imputados al procesado Montero Muñoz operan en concurso, apreciación que el recurrente se abstiene de analizar, limitándose a oponerle su parecer, al margen de cualquier intenta encaminado a rebatirla, lo que de suyo exonera a la Corte de entrar a examinar el cargo, puesto que si el recurso de casación es, sin duda alguna. una crítica a la sentencia, "lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado", ofreciendo para el debate "un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precoución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o demanda".
- 2. El motivo de impugnación del ord. 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no da cabida a problemas relativos a cuestiones probatorias. fenómeno que es del resorte de la causal prevista en el inciso 20, del ordinal 10, del mismo art. 56 de aquel decreto, por la que ha de concluirse que la aserción del recurrente en el sentido de que no existe "dentro del expediente prueba alguna que permita deducir" que el procesado hubiera cometido los delitos que dieron lugar a su condena estuvo mal planteada, circunstancia que también exonera a la Corte de entrar a examinarla, con tanta mayor razón si se tiene en cuenta que apenas corresponde a un escueto enunciado, ajeno, en forma absoluta, a cualquier principio de demostración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 20).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez contra la sentencia del 2 de agosto del año pasado, por medio de la cual esa Corporación condenó a Otoniel Montero Muñoz, como responsable de los delitos de violencia carnal y rapto, consumados en Libia Dolly Restrepo, y de corrupción de menores, en perjuicio de Luz Dare Cardozo, a la pena de "cuatro años de prisión", imponiéndo-le, además, las penas accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION

Conforme a los datos del proceso se tiene que Otoniel Montero sometió al acceso carnal a su sobrina Libia Dolly Restrepo en la casa de la finca "La Quitania", de propiedad de su madre María Eloísa Muñoz de Montero, ubicada en jurisdicción de la antigua Inspección de Policía de Cimitarra, en el Municipio de Vélez. "a la edad de diez años", en presencia de la menor Luz Dare Cardozo, por entonces de simples "nueve años", terminando por llevarse a aquella, tiempo después, el 2 de febrero de 1966, cuando todavía era menor de catorce años, de la casa de sus progenitores, situada en la cabecera de la mencionada Inspección de Policía, para de nuevo satisfacer en ella el apetito sexual, lo que hizo el mismo día en que se la sustrajo, cuando la llevaba consigo, al lado de un camino, en un monte, cerca del poblado de Cimitarra.

El Juzgado 10. Penal Municipal de Vélez, fundándose en estos hechos, a los que estimó como constitutivos de violencia carnal y rapto, consumados en la menor Libia Dolly Restrepo, y de corrupción de menores, cometido en perjuicio de Luz Dare Cardozo, en auto del 6 de abril de 1967, cuya ejecutoria se produjo en

la misma instancia, abrió causa criminal respecto del predicho Montero Muñoz, sujeto al que, tramitado el juicio, condenó, como responsable de esos mismos delitos, mediante sentencia del 17 de agosto. también del año indicado, a la pena de "cinco (5) años de prisión" y accesorias del caso, fallo que el Tribunal de la misma ciudad reformó en el suyo del 2 de agosto del año pasado, a efecto de dejar aquella pena principal en "cuatro años de prisión".

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el Fiscal recurrente invoca la causal de casación prevista en el ord. 40, del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", tesis que ensaya demostrar planteando que como los delitos imputados a Montero Muñoz no son conexos, en fuerza de que "la relación" de los hechos en que se apoyan "no es lógica, ni sustancial", en manera alguna cabía aplicar respecto de ellos el art. 54 del C. de P. P., sino el 52 de esa obra, disposición esta que, al dejarse de tener en cuenta en su mandato de que para "la investigación y fallo de cada delito se formará un solo proceso, cualquiera que sea el número de los autores o partícipes", resultó violada, incurriéndose, de este modo, en una nulidad, por pretermisión de "las formas propias del juicio", garantizadas en el art. 26 de la C. N., precepto superior que, de otra parte, se quebrantó, a su vez, junto con los art. 431 y 203 del citado Código, "al condenar al enjuiciado por delitos que no cometió", lo que es claro si se observa, como ha de hacerse, que no existe "dentro del expediente prueba alguna que permita deducir" que los hubiera realizado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) la conexidad, fenómeno de que trata el art. 54 del C. de P. P., señala "el nexo lógico que une, ata o vincula un delito a otro en forma tan íntima que justifica la orden legal de que se investiguen y fallen en un sólo proceso en obedecimiento a los principios de la competencia, la unidad y la economía del procedimiento". Ella se "predica del concurso de delitos y determina la individualización de

la pena progresiva única por el sistema de la acumulación jurídica".

- b) En el fallo impugnado, de manera concreta y clara, se puntualiza que los tres delitos imputados al procesado Montero Muñoz operan en concurso, apreciación que el recurrente se abstiene de analizar, limitándose a oponerle su parecer, al margen de cualquier intento encaminado a rebatirla, lo que de suyo exonera a la Corte de entrar a examinar el cargo, puesto que si el recurso de casación es, sin duda alguna, una crítica a la sentencia, "lo elemental es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado", ofreciendo para el debate "un mínimo de ilustración y no reducirlo todo a enunciar una protesta cuya razón de ser no tuvo el demandante la precaución de revelársela a la entidad ante quien formuló su petición o demanda".
- c) El motivo de impugnación del ord. 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no da cabida a problemas relativos a cuestiones probatorias, fenómeno que es del resorte de la causal prevista en el inciso 2o, del ord. 1o. del mismo art. 56 de aquel decreto, por lo que ha de concluírse que la aserción del recurrente en el sentido de que no existe "dentro del expediente prueba alguna que permita deducir" que el procesado hubiera cometido los delitos que dieron lugar a su condena estuvo mal planteada, circunstancia que también exonera a la Corte de entrar a examinarla, con tanta mayor razón si se tiene en cuenta que apenas corresponde a un escueto enunciado, ajeno, en forma absoluta, a cualquier principio de demostración.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez contra la sentencia de esa Corporación de fecha 2 de agosto del año pasado, expresamente determinada en la motivación de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

FUERO DE LOS MINISTROS DEL DESPACHO

La Corte sólo puede conocer de procesos contra estos funcionarios, cuando ha precedido acusación de la Cámara de Representantes y que el Senado la haya admitido públicamente y haya puesto al acusado a disposición de la Corte.

Entre las atribuciones especiales asignadas a la Cámara de Representantes por el art. 29 del Acto Legislativo número primero de 1968, está la de "Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este último caso, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos".

Y según el art. 17 del Decreto-Ley 528 de 1964. la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce, entre otros asuntos, "De las causas por delitos cometidos por el Presidente de la República o el Encargado de la Presidencia, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que corresponda conforme a la Constitución Nacional", fuero que el numeral 70. del citado art. 17 extendió a otros altos funcionarios, empezando por los Consejeros de Estado, cuando se trate de delitos "cometidos en ejercicio de funciones o por razón de ellas" observándose que dicho numeral 70, fue aclarado por el art. 40. del Decreto-Ley 1819 de 1964, "en el sentido de que el juzgamiento de los Consejeros de Estado seguirá las normas previstas en los arts. 20 del Código Judicial, 46 de la Lev 167 de 1941 y 42, numeral 50., del C. de P. P.".

Continúa teniendo plena validez, por tanto, la reiterada doctrina de la Corte, conforme a la cual, en casos como el que aquí se plantea, esta Corporación sólo puede usar de su atribución constitucional y legal cuando el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes, ha agotado las condiciones de procedibilidad señaladas en el art. 97 de la Carta, no modificado por el Acto Legislativo número 1 de 1968, doctrina que, por lo demás, como ya lo recordaba esta Sala en providencia del 2 de febrero de

1961, halla respaldo en el criterio de la Comisión Redactora del C. de P. P., como puede verse en los respectivos "Trabajos Preparatorios", T. VIII, pág. 242.

En suma, como lo ha explicado esta Sala en otras oportunidades similares a la presente, para que ella pueda conocer de delitos —oficiales o comunes— cometidos por los altos funcionarios atrás mencionados, es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes, que la acusación haya sido públicamente admitida y que el Senado de la República ponga al acusado a disposición de la Corte, todo de acuerdo con las normas constitucionales y legales que gobiernan la materia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 20).

VISTOS

En el escrito que obra al fl. 5 de estas diligencias el doctor Alfonso Isaza Moreno, mayor de edad y vecino de Bogotá, portador de la cédula de ciudadanía No. 2.918.342, ha puesto en conocimiento de la Corte algunos hechos que, en su sentir, son "constitutivos de graves ilícitos en cuantía superior a ciento cincuenta millones de dólares. Tales hechos, según textual relato del denunciante son, en lo pertinente, éstos:

"1. El señor Dr. Enrique Pardo Parra, actual Senador de la República y exministro de Minas y Petróleos, en su Memoria correspondiente al año de 1965, siendo Ministro del Presidente Dr. Guillermo León Valencia denunció la variación de linderos llevada a cabo por los titula-

res de la Concesión 605, International Petroleum (Colombia) Ltd., Sinclair Colombia Oil Company Inc. B. P. Explotation (Colombia) Ltd., cuyos empleados, con la aquiescencia o encubrimiento del Ministerio de Minas v Petróleos antes de que ocupara esa Cartera el Dr. Pardo Parra 'desplazaron la concesión sobre zonas reservadas por la ley para su administración v explotación por la Empresa Colombiana de Petróleos. En efecto, los nuevos linderos presentados hicieron avanzar por una parte la Concesión 605 sobre una zona intermedia entre ella y la número 625, en terrenos aledaños a la Concesión de Mares, y por otra sobre una franja que pertenece al campo de Payoa que Ecopetrol explota conjuntamente con la Cities Service. El área así invadida de la reserva nacional tiene aproximadamente una longitud total de (19.6 + 3.7 kilómetros) 23.3 kilómetros por 450 metros de anchura, lo cual representa una área petrolífera ligeramente superior a 1.000 hectáreas, con un total de reservas que se estiman en 11.542.000 barriles'.

"2. Según el exministro Dr. Pardo Parra, la Sección técnica del Ministerio advirtió la modificación de los linderos e informó sobre su irregularidad, pero la Oficina Jurídica no dio al informe técnico la importancia que merecía y dictaminó favorablemente sobre la devolución de lotes hecha con las consecuencias señaladas. Debido a ello, el Ministerio expidió la Res. No. 0015 de 1961, aceptando la referida devolución y los nuevos linderos.

Con motivo de esta resolución, que aceptaba la variación de linderos en contra de la Nación, el Ministerio de Minas, a cargo del Dr. Pardo Parra revocó posteriormente la resolución, pero como los propósitos o apoderados de las Compañías en referencia insistieron en sustraer para éstas las 1.000 hectáreas a que se refirió el Ministro, entablaron un pleito contra la Nación, dentro del cual solicité que se me tuviera como parte, pues tratándose de una resolución ministerial, las leves de mi país, dan acción pública. El Dr. Ricardo Bonilla Gutiérrez, negó mi derecho a intervenir y habiendo recurrido, entiendo que la Sala respectiva del Consejo de Estado, confirmó lo resuelto por dicho Consejero, quien en la actualidad ha sufrido un infarto cardíaco".

Como el Presidente de la Sala Penal dispusiera que el denunciante ratificara bajo juramento las afirmaciones anteriores y que, al hacerlo, señalara con precisión la persona o personas "contra quienes pretende dirigir la acusación".

el doctor Isaza Moreno, en diligencia que recogen los fls. 13 y 14, dijo, en esencia: "Me ratifico para todos los efectos legales en el denuncio formulado por mí contra la variación de linderos en extensión de mil hectáreas aproximadamente que hicieron las compañías petroleras por medio de sus empleados o prepósitos: International Petroleum Company (Colombia) Limited, Sinclair Colombia Oil Company Inc. y B. P. Explotation (Colombia) Limited, variación de linderos que se hizo con perjuicio de la Ecopetrol y por consiguiente de la Nación Colombiana, con el consentimiento o aceptación del Ministro de Minas que firmó la Res. 0015 de 1961".

SE CONSIDERA

Parece desprenderse, pues, de lo transcrito, que el denunciante dirige su acusación contra los "empleados o prepósitos" de las mencionadas compañías, —sin decir concretamente quiénes son— y contra el "Ministro de Minas que firmó la Res. 0015 de 1961". Frente a este planteamiento, son evidentes, prima facie, dos cosas: Que la Corte carece de competencia funcional para juzgar a tales "empleados o prepósitos", y que la presunta ilicitud se predica de la conducta oficial del Ministro de Minas, realizada, según el denunciante, a través de la Res. 0015 de 1961.

Ahora bien: Entre las atribuciones especiales asignadas a la Cámara de Representantes por el art. 29 del Acto Legislativo número primero de 1968, está la de "Acusar ante el Senado, cuando hubiere causas constitucionales o legales, al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado, aun cuando hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este último caso, por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos."

Y según el art. 17 del Decr.-Ley 528 de 1964, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce, entre otros asuntos, "De las causas por delitos cometidos por el Presidente de la República o el Encargado de la Presidencia, los Ministros del Despacho, el Procurador General de la Nación y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en que corresponda conforme a la C. N.", fuero que el numeral 70. del citado art. 17 extendió a otros altos funcionarios, empezan-

do por los Consejeros de Estado, cuando se trate de delitos "cometidos en ejercicio de funciones o por razón de ellas", observándose que dicho numeral 70. fue aclarado por el art. 40. del Decr.-Ley 1819 de 1964, "en el sentido de que el juzgamiento de los Consejeros de Estado seguirá las normas previstas en los arts. Nos. 20 del C. J., 46 de la Ley 167 de 1941 y 42, numeral 50. del C. de P. P.".

Continúa teniendo plena validez, por tanto, la reiterada doctrina de la Corte, conforme a la cual, en casos como el que aquí se plantea, esta Corporación sólo puede usar de su atribución constitucional y legal cuando el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes, ha agotado las condiciones de procedibilidad señaladas en el art. 97 de la Carta, no modificado por el Acto Legislativo número 1 de 1968, doctrina que, por lo demás, como ya lo recordaba esta Sala en providencia del 2 de febrero de 1961, halla respaldo en el criterio de la Comisión Redactora del C. de P. P., como puede verse en los respectivos "trabajos Preparatorios", T. VIII, pág. 242.

En suma, como lo ha explicado esta Sala en otras oportunidades similares a la presente, para que ella pueda conocer de delitos —oficiales o comunes— cometidos por los altos funcionarios atrás mencionados, es preciso que haya precedido acusación de la Cámara de Representantes, que la acusación haya sido públicamente admitida y que el Senado de la República ponga al acusado a disposición de la Corte, todo de acuerdo con las normas constitucionales y legales que gobiernan la materia.

En virtud de la motivación anterior, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, ordena enviar estas diligencias a la H. Cámara de Representantes.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

MULIDADES

Ratificación del alcance de la nulidad de carácter constitucional. La no celebración de la audiencia pública dentro de los términos del art. 11 del Decr. 1358 de 1964, no engendra nulidad.

1. Las nulidades que la Corte, interpretando el art. 26 de la Constitución Nacional, ha venido deduciendo a través de reiterada jurisprudencia, se fundan en la falta absoluta de defensa respecto del procesado y en el menoscabo, en desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio. De otra parte, las de carácter legal, dada la finalidad a que obedecen, la cual no es otra que la de impedir que cualquier irregularidad procesal pueda tomarse como constitutiva de cualquiera de ellas, son taxativas y entonces, como es obvio, no pueden acagerse como tales sino las que expresamente aparezcan establecidas en la lev.

El procosado Reyes García, al que se juzgó con subordinación a las formas propias del juicio que le correspondía, dispuso de apoderado desde que rindió indagatoria y luego de defensor, a lo largo de teda la tramitación del negecio, desde el auto de proceder, ejerciendo su ministerio de la manera que lo estimó aconsejable, particularmente en su intervención de la audiencia, la que no es del resorte de esta Corporación entrar a calificar en orden a su oficiencia, punto sobre el que apenas cabe observar que no existe prueba alguna en torno a que el titular de esa defensa se hubiera encontrado "en estado de embriaguex" al realizar su actuación de la vista pública.

2. El hecho de no realizarse la audiencia pública dentro del término que prescribe el art. 11 del Decr. 1358 de 1964, no "antes de cinco días ni después de quince", contados a partir de la fecha del auto que señale día y hora para su celebración, aunque constituye una irregularidad, que es preciso evitar, en manera alguna está erigido en nulidad, siempre que, como en el caso que se estudia, esa vista se lleve a cabo en el día y hora previamente determinados por medio de aquella providencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos sesentà y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 20).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Antonio Reyes García contra la sentencia del 29 de octubre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá lo condenó, como responsable del delito de homicidio en la persona de Pedro Niño Sanabria, a la pena de "ocho años de presidio" y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION

La tarde del 11 de octubre de 1961, Luis Antonio Reves García, en el sitio "Los Muelles", de la fracción rural de Monte Redondo, en el Municipio de San Mateo, de tres disparos de revólver, causó la muerte de Pedro Niño Sanabria, hecho por el que el Juzgado Superior de Soatá. interpretándolo como constitutivo del delito de homicidio, en la modalidad de voluntario. mediante auto del 19 de abril de 1967, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal respecto de su autor, al que más tarde, tramitado el juicio y emitido, de esta suerte, el veredicto del Jurado, que fue de simple afirmación de la responsabilidad en los mismos términos del enjuiciamiento, condenó, de acuerdo con sentencia del 12 de agosto del año pasado, a la pena de "ocho años de presidio" y accesorias del caso, la que el Tribunal del mismo lugar, confirmó, sin ninguna observación, en la suya del 29 de octubre del mismo

año especificado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca la causal de casación prevista en el ordinal 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", tesis para cuya fundamentación formula estos cargos:

- a) El defensor del procesado se presentó a la audiencia pública en "estado de embriaguez", lo que de suyo le impidió "analizar la prueba", "refutar los cargos de la fiscalía", "analizar la situación del sindicado" y, "en una palabra", dadas "sus condiciones", "asumir su defensa", la que, de este modo, vino a ser tan deficiente que, en rigor, cabe sostener que no existió y que, por lo mismo, se violaron el art. 26 de la Carta y los arts. 104, 107, 108, 432 y 465 del C. de P. P. los cuales desarrollan el expresado texto constitucional.
- b) La audiencia pública se señaló en el auto del 14 de mayo del año pasado para llevarla a cabo 58 días después, el 12 de julio de ese año, lo que violó el art. 11 del Decr. 1358 de 1964, y se tradujo en el quebranto de las formas "propias de cada juicio".
- c) En el auto del 2 de mayo del año próximo pasado se reconoció como Jurado a Edilberto Barrera Lizarazo, de quien no se sabe si fue el mismo que intervino en la audiencia pública, puesto que en el Acta de ella se relaciona en su lugar a Edilberto Martínez Lizarazo, persona distinta, no sorteada a esos fines, lo que configura la nulidad prevista en el ordinal 20. del art. 38 del Decr. 1358 de 1964 y da cabida a la violación del art. 26 de la Constitución Nacional.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

I.- Las nulidades que la Corte, interpretando el art. 26 de la Constitución Nacional, ha venido deduciendo a través de reiterada jurisprudencia, se fundan en la falta absoluta de defensa respecto del procesado y en el menoscabo, en desmedro de la sociedad, de las formas propias del juicio. De otra parte, las de carácter legal, dada la finalidad a que obedecen, la cual no es otra que la de impedir que cualquier irregularidad procesal pueda tomarse como constitutiva de cualquiera de ellas, son taxativas y entonces, como es obvio, no pueden acogerse como tales sino las que expresamente aparezcan establecidas en la ley,

- II.- El procesado Reyes García, al que se juzgó con subordinación a las formas propias del juicio que le correspondía, dispuso de apoderado desde que rindió indagatoria y luego de defensor, a lo largo de toda la tramitación del negocio, desde el auto de proceder, ejerciendo su ministerio de la manera que lo estimó aconsejable, particularmente en su intervención de la audiencia, la que no es del resorte de esta Corporación entrar a calificar en orden a su eficiencia, punto sobre el que apenas cabe observar que no existe prueba alguna en torno a que el titular de esa defensa se hubiera encontrado "en estado de embriaguez" al realizar su actuación de la vista pública.
- III.- El hecho de no realizarse la audiencia pública dentro del término que prescribe el art. 11 del Decr. 1358 de 1964, no "antes de cinco días ni después de quince", contados a partir de la fecha del auto que señale día y hora para su celebración, aunque constituye una irregularidad, que es preciso evitar, en manera alguna está erigido en nulidad, siempre que, como en el caso que se estudia, esa vista se lleve a cabo en el día y hora previamente determinados por medio de aquella providencia.
- IV.- En el encabezamiento del Acta concerniente a la reseña de la audiencia pública se incurrió en un error mecanográfico respecto del primer apellido del Jurado Edilberto Barrera Lizarazo, indicándolo como "Martínez", pero, evidentemente, fue ese individuo el que, sorteado y notificado de su designación para ese cargo, actuó en la audiencia pública, refrendando el Acta de la misma con su propia firma, la cual aparece allí, estampada en forma clara.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema—Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Luis Antonio Reves García contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Soatá, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

MULIDADES

Las de orden legal son taxativas y sólo pueden estimarse como tales las señaladas específicamente en la ley. La falta de notificación del auto cabeza de proceso, no está erigida en nulidad de orden legal y menos alcanza la categoría de constitucional. Cada causal de casación tiene su propia naturaleza y resultados jurídicos diferentes.

1. Las nulidades, conforme a las normas procedimentales sobre la materia, sen taxativas, le cual significa que no pueden estimarse como tales sino las que específicamento se hallen previstas en la ley. Las denominadas supralegales e constitucionales —de elaboración doctrinario—fundadas en el art. 26 de la Carta, sólo son admisibles, según reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando implican falta absoluta de defensa respecto del procesado, o cuando en desmedro de la sociedad se conculcan los presupuestos esenciales del juicio.

En el caso de que se ocupa el proceso los procesados estuvieron asistidos por sus respectivos defensores durante el juicio. defensores que actuaron en la audiencia pública expresando lo que estimaron pertinente en favor de sus patrecinados. El silencio del defensor a través de algunas etapas del proceso penal no puede constituir par si solo la nulidad sustancial que la dectrina ha estructurade con apoyo en el art. 26 de la Constitución, ni puede degmáticamente afirmarse que el abstenerse de interponer recursos implique negligencia en la dosansa. Ambas actitudos suelen corresponder, y frecuentemente corresponden, a una deliberada modalidad defensiva. Dentro de un Estado de derecho el defensor tiene libertad para concebir, taxar A. adejantar je dne begija qevemivatse ja estrategia y la táctica de la defensa, y por ello sólo en casos de ostensible y extrema inercia en esa labor, esencialmente intelectual, es posible hallor las bases de una nulidad sustancial.

2. La tacha relativa a la falta de notificación del auto cabezza de proceso, basta observar que si tal circunstancia ni siquiera fue erigida por la ley en causal de nulidad, a fortiari debe rechazarse como constitutiva de invalidaz en el orden supralegal. Inclusive debe recordarse que la nulidad consistente en no haberse notificado en

debida forma el auto do proceder al procesado y a su dofensor, o a éste en el caso del art. 433 del C. de P. P., queda saneada, según las veces del art. 37 numeral 30. del Decr. 1358 de 1964, ni habiendo comparecido el reo en juicio, no la propone dentro de los quinco días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal.

3. El demandante trata de sustentar esta causal —la primera— utilizando los mismos argumentos presentados para fundar la acusación con apoyo en la causal cuarta. Pues bien: tales argumentos no eran exéticos dentro del ámbito de esta última, porque se referian a circunstancias que el actor estimaba como vulnerantes del derecho de defensa de su representado, pero തേരുക്കേ രിര വ്യിതേരിത തത്നത aducirlos en apoyo de la primera. La afirmación de que la casación no es una tercera instancia. leios de ser una france intrascendente o caprichosa, envuelve un dénsa contenida dectrinario. Dentro de la técnica de este recurso extraordinario, de tan especiales y definidas características, cada una de los motivos de impugnación provistos en los cuatro numerales del art. 56 del Decr. 528 de 1964 no sólo tiene su propia naturaleza, sino que, por ser consustancialmente distintos, producen también, al prosperar, resultados jurídicos diferentes. Por ello expresa el art. 58 ibidem que si la causal aceptada fuere la primera o la segunda, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo: si fuere la tercera, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal, al Juzgado de origen para que conveque a nueve jurado, y si fuere la cuarta, declarará en qué estado queda la actuación, y dispondrá que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a la resuelta per la Corte.

los motivos de casación son, pues, específicos, y el demandante no puede cambiarlos a su arbitrio, pretendiendo sustentar una determinada causal con argumentos que serían pertinentes para demostrar otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: mayo 16/69 - Acta No. 20)

VISTOS

Mediante sentencia del trece de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, reformando la de primer grado, condenó a los procesados Diógenes Hernando Cabezas Marín y Luis Antonio Zapata Marín, a la pena principal de veintidós (22) y diecinueve (19) años de presidio, respectivamente, como responsables de los delitos de homicidio (asesinato) y robo, perpetrados en la persona y bienes de José Domingo Torres.

Ambos procesados recurrieron en casación contra el fallo de segunda instancia. Concedido el recurso y enviado el negocio a la Corte, esta Sala lo declaró admisible por auto del 8 de noviembre último. Como sólo el reo Diógenes Hernando Cabezas sustentara dicho recurso por conducto de apoderado especial y a través de demanda formalmente ajustada a las prescripciones legales, así hubo de calificarse en proveído del 24 de marzo del año en curso, en el cual, de otro lado, se declaró desierto en relación con Zapata Marín.

Habiéndose cubierto ya plenamente el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir.

ANTECEDENTES

a) En torno a las nueve de la noche del día 2 de abril de 1965, cerca del caño "Maizaro", entre los barrios "El Retiro" y "El Porvenir" de la ciudad de Villavicencio, Diógenes Hernando Cabezas —llamado también Alfonso Vásquez— y Luis Antonio Zapata Marín dieron muerte, de numerosas puñaladas, a José Domingo Torres, con quien momentos antes habían estado tomando bebidas embriagantes, despojándolo, además, de la suma de un mil pesos, aproximadamente.

- b) Por tales hechos, entendidos como estructurantes de los delitos de homicidio agravado y robo, los referidos procesados fueron residenciados en juicio, con intervención del Jurado, en auto del 8 de marzo de 1966, cuya ejecutoria se produjo en la instancia. (fls. 143 a 189, cdno. 10.).
- c) Celebrada la audiencia pública y propuestos a la consideración del Tribunal popular los cuestionarios pertinentes, aquél afirmó la responsabilidad de Diógenes Hernando Cabezas, negando en cambio la de Zapata Marín, veredicto este último que el Juez de la causa declaró contrario a la evidencia de los hechos mediante resolución calendada el 6 de septiembre de 1967, confirmada por el Superior en providencia del 14 de febrero de 1968, cuya parte resolutiva dispuso, consecuentemente, la convocatoria de nuevo Jurado (fls. 304 a 322, cdno. 10.).
- d) Realizada la nueva audiencia, los jueces de hecho afirmaron la responsabilidad de Zapata Marín respecto de ambos delitos. En desarrollo de lo resuelto por el Juri, el Juzgado Segundo Superior de Villavicencio, mediante fallo del 25 de junio de 1968, condenó a los procesados Diógenes Hernando Cabezas y Luis Antonio Zapata Marín, a la pena principal de treinta (30) y diecisiete (17) años de presidio, en su orden, más las accesorias correspondientes, fallo que el Tribunal de la ciudad nombrada confirmó, modificándolo, en el que es materia de este recurso extraordinario. (fls. 354 a 385, cdno. 10.; y 14 a 37, cdno. 30.).

LA DEMANDA DE CASACION

Después de reproducir la relación que sobre los hechos debatidos en el juicio consignó el sentenciador en la sentencia impugnada, expresa el demandante que acusa el referido fallo "por violación directa del art. 26 de la Carta Fundamental". Acusación ésta que intenta sustentar diciendo que "... de autos no aparece que los apoderados, o el defensor, que tuvieron a su cargo la tutela de los intereses de Diógenes Hernando Cabezas en este proceso, siempre de modo oficioso dada la extrema pobreza del sindicado, hubieran presentado un solo memorial en su favor. Se limitaron a servir de espectadores. Se cruzaron de brazos y de modo impasible asistieron, por sus pasos contados, a la condena de su defendido. Es decir, Diógenes Hernando Cabezas fue juzgado y condenado sin el real lleno de los requisitos legales, tutelados a nivel constitucional por el art. 26 de nuestra Ley Fundamental". Agrega que en tales condiciones el procesado tuvo que asumir su propia defensa, lo cual consta a través de los memoriales visibles a fls. 88, 137, 194, 208, 286, 303 y 329 del cuaderno primero, que no fueron tomados en cuenta por los juzgadores de instancia.

Luego anota, para finalizar este aspecto de la acusación, que si "lo anterior no fuera suficiente para demostrar la violación directa en este proceso del art. 26 de la Carta Fundamental, bastaría para demostrarlo palmariamente el hecho insólito de que en este juicio criminal ni siquiera se notificó el auto cabeza de proceso". Tal circunstancia, en sentir del actor, sería suficiente para colocar al procesado ante un procedimiento de facto, y probaría plenamente "el ataque hecho en este proceso al altísimo derecho de defensa del incriminado Diógenes Hernando Cabezas".

Y en la adición de la demanda, presentada dentro del término legal, el impugnante pide la afirmación del fallo acusado "por violación directa del art. 26 de la C. N., conforme al motivo primero de casación señalado por el art. 56 del Decr. 528 de 1964". Lo alegado sobre el particular concluye así:

"Es sistemática la violación del derecho de defensa en este proceso: a) porque no se notificó a las partes el auto cabeza de proceso, ni se dieron los avisos de ley: b) porque los defensores del incriminado no presentaron un solo memorial en su favor; c) porque el Juez negó sin argumentos válidos el memorial de pruebas del acusado; d) porque el resto de los memoriales del procesado, algunos de los cuales eran de suma importancia para la investigación y principalmente para su defensa, fueron ignorados por sus Jueces".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador examina atenta y minuciosamente los cargos reseñados y concluye que ninguna de las dos causales propuestas está llamada a prosperar: La cuarta, porque el recurrente no demostró el quebrantamiento del derecho de defensa del procesado; y la primera, porque el cargo a su amparo formulado "no tiene cabida dentro de la causal expresada, relacionada con la aplicación de la ley e interpretación probatoria, es decir, por resultar extraño a su naturaleza". Y consecuente con tal criterio, solicita a la Corte que deseche el recurso de casación estudiado y devuelva el proceso al Tribunal de origen.

LA CORTE CONSIDERA

- 1. Las nulidades, conforme a las normas procedimentales sobre la materia, son taxativas, lo cual significa que no pueden estimarse como tales sino las que específicamente se hallen previstas en la ley. Las denominadas supralegales o constitucionales —de elaboración doctrinaria— fundadas en el art. 26 de la Carta, sólo son admisibles, según reiterada jurisprudencia de la Corte, cuando implican falta absoluta de defensa respecto del procesado, o cuando en desmedro de la sociedad se conculcan los presupuestos esenciales del juicio.
- 2. En el caso de que se ocupa el proceso los procesados estuvieron asistidos por sus respectivos defensores durante el juicio, defensores que actuaron en la audiencia pública expresando lo que estimaron pertinente en favor de sus patrocinados. El silencio del defensor a través de algunas etapas del proceso penal no puede constituír por sí solo la nulidad sustancial que la doctrina ha estructurado con apoyo en el art. 26 de la Constitución, ni puede dogmáticamente afirmarse que el abstenerse de interponer recursos implique negligencia en la defensa. Ambas actitudes suelen corresponder, y frecuentemente corresponden, a una deliberada modalidad defensiva. Dentro de un Estado de derecho el defensor tiene libertad para concebir, trazar y adelantar lo que podría denominarse la estrategia y la táctica de la defensa, y por ello sólo en casos de ostensible y extrema inercia en esa labor, esencialmente intelectual, es posible hallar las bases de una nulidad sustancial.
- 3. En cuanto al cargo relativo a las diferentes peticiones y escritos dirigidos por el procesado Cabezas a los juzgadores de instancia, la Sala acoge plenamente la respuesta que sobre el particular ofrece el Procurador:

"En el memorial que obra al fl. 88, solicitó Cabezas la revocatoria del auto de detención, petición dirigida al Juez del conocimiento, por lo cual el instructor dispuso se agregara al expediente para su resolución por tal funcionario, a quien se solicitaba también 'fallo absolutorio'. Calificado el sumario con llamamiento a juicio por el Juez Superior, por considerar reunidas las condiciones necesarias o requisitos legales, tal petición fue resuelta en el fondo y no se encuentra en qué forma haya disminuído el derecho de defensa.

"La petición que obra al fl. 137, se relaciona con una solicitud de audiencia al Juez, es decir, a un acto que en sí no aparece como de fondo; por demás, esta petición como la anterior corresponden a la etapa sumarial y como se ha admitido, la norma constitucional se relaciona más directamente con la causa, esto es el juicio, pues en esta etapa procesal ya se han formulado los cargos contra el procesado y es por tanto la oportunidad, para que éste los infirme a través de la defensa.

"En la etapa del juicio aparecen otras peticiones, una de éstas relacionada con ampliación de indagatoria (fl. 208), no resuelta; y otro en el cual solicita un careo con el procesado Zapata, advierte que no se practicaron careos con determinados testigos, se refiere a papeles enviados por aquél (fl. 286) y cuyo sentido general es el de sostener las afirmaciones de su indagatoria y en careo con el otro procesado. Es conveniente advertir que el primero de estos memoriales se recibió vencido el término probatorio. por lo cual resulta improcedente; y el segundo, ya verificada la audiencia, pues se dirigió al Tribunal; además, como quedó expresado, Cabezas pretendía a través de estas peticiones sostener lo dicho en su indagatoria y se refería a pruebas ya practicadas, como el careo con Zapata Marín, o denegadas en oportunidad o no solicitadas dentro del término.

"En cuanto a la audiencia a que se refiere el memorial del fl. 303, fue denegada por el Magistrado y verificada la audiencia, cuando el negocio pasó al Tribunal para decidir sobre la contraevidencia del veredicto; dada la etapa procesal y la naturaleza de la petición, no se advierte que se tratara de un trámite sustancial, cuyo desconocimiento disminuyera la defensa.

"De lo dicho se desprende, que las peticiones hasta aquí examinadas, se formularon unas en el sumario; y otras se refería a pruebas ya recibidas o formuladas en forma extemporánea o referentes a audiencias con los funcionarios, es decir, que dada su naturaleza no implicaron restricción de la defensa.

"Distinta es la solicitud de pruebas a la cual se refiere el señor apoderado y según petición que formuló oportunamente el procesado Cabezas (fl. 194, cdno. 10.), pues debe admitirse que su rechazo o falta de resolución sin fundamento, sí podría tener el efecto indicado, pues se relacionaba directamente con la defensa del procesado, en cuanto éste buscaba mejorar su situación frente a los cargos formulados en su contra.

"Pidió mediante tal escrito, el procesado Cabezas, la práctica de las siguientes pruebas: una inspección ocular, 'como imprescindible para el esclarecimiento de los cargos' y para desvirtuarlos; ampliación de careo con el procesado Zapata, por cuanto considera faltos de veracidad los cargos formulados por éste y además por la circunstancia de ser amigo suyo el occiso; y finalmente, solicitó 'se practique un dictamen pericial', como indispensable dentro de la investigación y en memorial separado solicitó audiencia al Juez.

"Las anteriores pruebas fueron negadas por el Juzgado, en providencia (fl. 197 Cdno. 10.) suficientemente fundada en concepto de este Despacho, en atención al art. 7o. del Decr. 1358 de 1964, por cuanto el peticionario no indicó con precisión y claridad lo que se pretendía demostrar con las mismas y tampoco indicaba 'la relación que pueden tener con los sucesos objeto del debate'; y por cuanto además, el careo solicitado, ya se había practicado; la prueba pericial no indicaba su objeto y además guardaba relación con la inspección ocular (reconstrucción), igualmente denegada cuanto de los hechos mismos no hubo testigos. sino sólo las versiones de los procesados, quienes confesaron su responsabilidad con naturales reticencias y la prueba sólo conduciría a establecer las versiones tenazmente sostenidas por cada uno de ellos".

4. En cuanto a la tacha relativa a la falta de notificación del auto cabeza de proceso, basta observar que si tal circunstancia ni siquiera fue erigida por la ley en causal de nulidad, a fortiori debe rechazarse como constitutiva de invalidez en el orden supralegal. Inclusive debe recordarse que la nulidad consistente en no haberse notificado en debida forma el auto de proceder al procesado y a su defensor, o a éste en el caso del art. 433 del C. de P. P., queda saneada, según las voces del art. 37 —numeral 30.—del Decr. 1358 de 1964, si habiendo comparecido el reo en juicio, no la propone dentro de los quince días siguientes a aquél en que se le haya hecho la primera notificación personal.

No se infringió, pues, el art. 26 de la Constitución, y por tanto no prospera la causal estudiada.

5. Causal Primera.- Se recordará que el demandante trata de sustentar esta causal utilizando los mismos argumentos presentados para fundar la acusación con apoyo en la causal cuarta. Pues bien: tales argumentos no eran exóticos dentro del ámbito de esta última, porque se referían a circunstancias que el actor.

estimaba como vulnerantes del derecho de defensa de su representado, pero carecen de eficacia para aducirlos en apovo de la primera. La afirmación de que la casación no es una tercera instancia, lejos de ser una frase intrascendente o caprichosa, envuelve un denso contenido doctrinario. Dentro de la técnica de este recurso extraordinario, de tan especiales y definidas características, cada uno de los motivos de impugnación previstos en los cuatro numerales del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no sólo tiene su propia naturaleza, sino que, por ser consustancialmente distintos, producen también, al prosperar, resultados jurídicos diferentes. Por ello expresa el art. 58 ibídem que si la causal aceptada fuere la primera o la segunda, la Corte casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo; si fuere la tercera, devolverá el proceso, por conducto del Tribunal, al Juzgado de origen para que convogue a nuevo jurado. y si fuere la cuarta, declarará en qué estado queda la actuación, y dispondrá que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte.

Los motivos de casación son, pues, específicos,

y el demandante no puede cambiarlos a su arbitrio, pretendiendo sustentar una determinada causal con argumentos que serían pertinentes para demostrar otra. En consecuencia, tampoco está justificada la causal primera.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Villavicencio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

RECURSO DE CASACION

Ha de declararse desierto cuando la demanda es presentada por el defensor nombrado para el juicio, pero sin facultad para actuar en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano) (Aprobación: mayo 16/69. - Acta No. 20).

VISTOS

En virtud de auto calendado el 21 de febrero del año en curso, se admitió el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Gustavo: de Jesús Gallego Zapata contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó el 6 de diciembre de 1968, por medio de la cual condenó a este último, como responsable del delito de bomicidio agravado en la persona de Darío Antonio Giraldo Cardona, a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las sanciones accesorias del caso. Corrido el traslado de rigor legal al recurrente para que dentro del término legal, mediante abogado inscrito en la Corte y con poder especial para intervenir ante ella, formulara la respectiva demanda de casación, el defensor del procesado en mención presentó oportunamente el libelo que estimó conducente al logro de la finalidad anotada. El término del traslado, según informe secretarial, está va vencido.

SECONSIDERA

Cuando se adelantaba este juicio en primera instancia y ante el Juzgado Segundo Superior de Quibdó, Gustavo Gallego Zapata, según aparece de escrito dirigido al funcionario del conocimiento (fl. 302 del cdno. ppal.), designó como defensor al doctor Ramón Lozano Garcés "en el sumario de la referencia". El defensor fue reconocido y tomó debida posesión del cargo, (fl. 302 v. y 303 ibídem).

El doctor Lozano Garcés, en su carácter ya indicado, interpuso el recurso de casación contra

la sentencia ameritada y, luego, presentó la correspondiente demanda en representación del aludido procesado.

Esta Sala de la Corte en providencia proferida al examinar y resolver el recurso de casación sustentado por el defensor de María de los Angeles Camacho Cerquera de Santos, expresó, entre otros, los siguientes conceptos, reiterados en otros autos de esta Corporación y aplicables al caso sub judice:

"2. Aunque, de manera general, al art. 108 del C. de P. P. dice que 'el apoderado o defensor...' '...asistirá al procesado en las diligencias en que la presencia de este sea prescrita por la ley, y lo representará en todos los demás actos del proceso', frente al mandato especial del art. 432 de la misma obra, debe entenderse la asistencia del defensor limitada al juicio. Y si se dice que el art. 108 es norma general, ello se debe a que está colocada precisamente en el Libro I del Código, cuyo rubro es 'Disposiciones Generales'. El art. 432 se encuentra incluído dentro de las disposiciones especiales que regulan el sumario.

"3. Si el recurso de casación puede 'ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público y por el procesado, personalmente, o por su representante o defensor', y en algunos casos por la parte civil, ello se debe a expresas disposiciones legales (arts. 558 y 559 del C. de P.P.). Sin que se quiera decir con lo anterior que la capacidad jurídica de este defensor se extienda hasta la representación en casación, ya que ello, como se ha dicho, equivaldría a sostener que, en el juicio penal, se surten tres instancias -ante el Juez la primera, ante el Tribunal la segunda y la tercera ante la Corte— y que la persona designada expresamente para representar al procesado en el juicio, lo es también para adelantar el juicio de nulidad de la sentencia de segunda instancia, que implica la demanda de casación.

"Si el poder que confiere el sudicado a su representante judicial tiene limitación, el Juez ha de estar a él. Si nada se dice al respecto, ha de estarse al mandamiento legal. De donde se desprende que el defensor se debe tener para el juicio, mientras que el mandante no haya dado potestad especial, al conferir el mandato".

En el evento de autos, si a él se aplican los anteriores principios jurisprudenciales, debe concluirse que las facultades del defensor designado por el procesado Gallego Zapata quedaron circunscritas para que lo representara en la causa o juicio, con personería para interponer el recurso de casación, pero no para presentar la demanda correspondiente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE que ha quedado DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Gustavo de Jesús Gallego Zapata, y condena en costas al recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

(Fdos.) Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Dominguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Fdo. José Evencio Posada, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

DR. LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

El suscrito Magistrado disiente, con el mayor respeto, de la tesis acogida por los distinguidos compañeros de Sala, conforme a la cual el defensor carece de capacidad jurídica para representar al procesado en casación por cuanto este recurso extraordinario no hace parte del juicio, y salva por ello su voto.

En opinión del suscrito, la casación en el derecho colombiano es una fase del juicio y no un incidente posterior a él, por las siguientes razones:

I.- El proceso penal, constituído por el conjunto de actividades que despliegan los distintos sujetos procesales, tiene por fin convertir en derecho subjetivo del Estado la pretensión punitiva que surge de la comisión del delito. Para que lo que en el decurso del proceso es una mera pretensión sancionadora se transforme en realidad, en derecho estatal a imponer la sanción al culpable, es necesario que el proceso culmine con sentencia condenatoria definitiva, vale decir, con fallo ejecutoriado.

II.- La ejecutoria de la sentencia de condena, como la de toda providencia judicial, se opera, al tenor del art. 196 del C. de P. P., "cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada".

III.- La sentencia, entendida como la resolución que decide definitivamente sobre lo principal del juicio, cuando se profiere en primera instancia, es pasible del recurso ordinario de apelación; y cuando se pronuncia en segunda instancia, por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, es susceptible, en algunos casos, del recurso extraordinario de casación. Mientras el fallo pueda ser impugnado, bien por el recurso ordinario de apelación o por el extraordinario de casación, no es definitivo, no está ejecutoriado, ni puede por tanto ejecutarse o cumplirse (art. 195 del C. de P. P.). Ello significa que en esas circunstancias el juicio penal, que se inicia con la ejecutoria del auto de proceder (art. 439 ibídem), no ha terminado; que las relaciones jurídicas que son materia del proceso subsisten, y que la acción penal que nace del delito no se ha consumado.

IV.- El proceso de juzgamiento perdura mientras la acción que origina la infracción de la ley penal y que constituye, como dice Florián, la energía del proceso, la que lo domina y le da carácter, no se haya extinguido por agotamiento de su ejercicio u otro cualquiera de los medios extintivos señalados por la ley. Y el agotamiento del ejercicio de la acción represiva solo puede afirmarse cuando exista cosa juzgada, esto es, cuando haya sentencia ejecutoriada o en firme, como que solo en ese momento se puede aplicar la pena, si la sentencia ha sido de condena, y exigir el pago de los perjuicios que hubiere causado el delito.

V.- El art. 103 del C. de P. P., al consagrar la cosa juzgada, establece que "El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le de una denominación distinta". De esta norma se colige que el proceso penal termina con la sentencia "ejecutoriada", fenómeno éste que, como antes se anotó, úni-

camente se produce cuando el fallo no sea susceptible de recurso alguno.

El resultado del proceso penal es la cosa juzgada (res iudicata), o sea la resolución definitiva del objeto procesal, y su finalidad práctica de sometimiento del delincuente a la pena solo se obtiene con la decisión jurisdiccional que ponga fin al juicio y cause los efectos denominados de la preclusión y ejecución, que no pueden producirse mientras sea posible o se haya interpuesto un recurso contra el fallo.

VI.- La casación, en el derecho nacional, aunque no constituve una instancia, por razones bien conocidas que la Corte ha repetido en innumerables ocasiones, sí es -como dice Manzini- un'grado o una fase especial del proceso, no necesaria sino facultativa de las partes, y tiene un efecto suspensivo con respecto a la sentencia que le sirve de objeto, en el sentido de que el pronunciamiento de absolución o de condena no se puede cumplir estando pendiente la resolución o definición de aquélla. Ello explica que en el trámite de aquel recurso se pueda declarar extinguida la acción penal por prescripción, muerte del procesado, etc., evento en el cual las relaciones jurídicas quedan sin solución (no se restringen los derechos individuales ni políticos del procesado; no hay base legal de reincidencia, no se puede demandar ejecutivamente el pago de perjuicios, etc.). Por eso dice el autor citado que toda impugnación "produce el efecto de mantener la vida de la acción penal".

VII.- El art. 65 del Decr. 528 de 1964, al disponer que de la demanda de casación se corra traslado a quienes no sean recurrentes, da base para sostener que las partes de las instancias conservan las facultades, siguen teniendo ese carácter con respecto al asunto del juicio, lo que equivale a decir que la relación jurídico-procesal subsiste en casación.

VIII.- Admitido el recurso de casación se debe dar traslado al recurrente o recurrentes por treinta días, a cada uno, para que dentro de este término presenten las demandas de casación (art. 64 del mismo decreto). Aplicando esta disposición, cuando el recurrente sea el defensor, a él debe corrérsele dicho traslado, no solo porque así lo dice la norma, sino porque no es concebible que se tenga facultad para interponer un recurso y que se carezca de la misma para sustentarlo y conducirlo hasta que produzca sus consecuencias.

IX.- La manera de proceder de la Corte, cuando encuentre justificada una causal de casación

alegada, conforme al art. 58 del Decr. 528 de 1964, indica que la sentencia acusada no puede ser definitiva ni con ella se puede tener agotada la acción penal. Si la Corte, v. gr., acepta una de las causales primera o segunda de las previstas en el artículo 56 del mismo estatuto. "dictará el fallo que deba reemplazarlo" (al fallo impugnado), convirtiéndose de este modo en tribunal de instancia, como observa el doctor Hernando Morales en su Curso de Derecho Procesal Civil (págs. 441 v 442). De ahí que el art. 156 del estado procesal penal, al definir las sentencias, expresa que son las resoluciones que deciden definitivamente sobre lo principal del juicio, "sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia o a virtud de recurso extraordinario", como es el de casación. Y si la Corte encuentra probada la causal tercera o la cuarta, la declaración que debe hacer retrotrae el proceso, para su reposición en la forma indicada en los ords. 20. y 30. del art. 58 antes citado, lo que demuestra claramente que en dichas situaciones el juicio no terminó con el proferimiento de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior.

X.- El carácter de inmutable del objeto procesal conlleva la subsistencia de éste hasta la decisión jurisdiccional definitiva que concluya la acción penal. Mientras la acción persista, por falta de ejecutoria de la providencia que estime o desestime la acusación, como sucede en el caso de que la sentencia sea recurrida en casación, no se puede afirmar que el objeto jurídico del proceso ha sido definido y que el procedimiento ha finalizado.

XI.- El doctor Flavio Cabrera Dussán, ilustre Magistrado de esta Corporación, en su documentada obra Principios de Casación en Asuntos Civiles, diserta así respecto de la capacidad del apoderado judicial para actuar en casación:

"Por lo que respecta a la personería adjetiva o derecho de representación en juicio, ocurre preguntar: ¿Necesita el apoderado facultad expresa para la casación, o le basta simplemente el poder que se le haya otorgado para representar al poderdante en las instancias? Algunos creen lo primero. Otros consideran —y esta es la tesis de la Corte, Gaceta Judicial T. XLVI pág. 16— que basta el poder dado para el juicio, pues no es posible desconocer, de un lado, que obra dentro del juicio aquél que, por no estar ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, interpone contra ella el único recurso posible que es el de casación; y, de otro, que aun

cuando la casación es un recurso extraordinario, no deja de formar parte, sin embargo, del juicio respectivo".

En consecuencia, con todo lo dicho, considera el suscrito Magistrado que obra dentro del juicio y para los efectos propios del mismo, con suficiente personería jurídica, el defensor del procesado que recurre en casación y busca a través de este medio el único remedio posible contra la sentencia, pues no obstante la naturaleza especial y extraordinaria del referido recurso, la actuación propia de la impugnación forma parte del respectivo juicio.

Bogotá, mayo 16 de 1969.

Luis Eduardo Mesa Velásquez

INTERES DE LA PARTE CIVIL PARA RECURRIR EN CASACION

La doctrina la faculta para hacerlo, cuando se trata de sentencia absolutoria. En caso de condenación en perjuicios en el proceso penal, solo puede intentarlo, si la cuantía es o excede de cincuenta mil pesos y sin buscar una agravación de las sanciones penales.

El art. 57 del Dcr. 528 de 1964 establece, en su inciso 1o., que el recurso de casación "podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la Parte Civil", previniendo, en su inciso 2o., que cuando tal recurso verse sobre indemnización de perjuicios, "solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos".

La Parte Civil, según doctrina de la Corte, interpretativa del inciso 1 o. del mencionado texto legal, está autorizada para interponer el recurso de casación contra la sentencia absolutoria, puesto que con un fallo de esa índole "puede haberse agraviado la ley" en "perjuicio coetáneo de ella", privándola, en forma definitiva, como consecuencia de esa violación, de su derecho a "obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolución inhibe la acción ante los jueces civiles", teniendo en cuenta lo previsto en el art. 28 del C. de P. P.

Esa Parte Civil, de acuerdo, a su vez, con el criterio de la Corte, no está, en cambio, legitimada para interponer recurso de casación contra fallo condenatorio, buscando, en esa forma, "una agravación de las sanciones penales", porque de tener aquello cabida en la esfera del referido inciso 10. del precepto legal que se comenta, esa parte, no obstante haber obtenido condena para el pago de perjuicios, quedaría facultada para determinar el desvío del recurso, "no solo en su fin primordial —defensa de la ley— sino también del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal

(art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando la venganza privada y resucitando la famosa 'acusación particular'".

El interés de la Parte Civil, en el caso de autos, alcanza apenas a \$ 25.000.00, suma en la que se evaluaron los perjuicios del delito conforme a dictamen que, sin ser objetado por ninguna de las partes, se aprobó, para luego ser acogido, también sin observación alguna, en la sentencia, lo que significa, entonces, que por este otro aspecto el expresado recurso tampoco es procedente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: mayo 23/69. - Acta No. 21).

VISTOS:

Se procede a resolver si es admisible el recurso de casación que la Parte Civil interpuso, por conducto de su apoderado, contra la sentencia del 18 de diciembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a Luis Ibarra Parra, como responsable del delito de homicidio en Dámaso Parejo, a la pena de "treinta y dos meses de presidio" y al pago, por concepto de perjuicios generados en ese delito, de \$25.000.00, imponiéndole, además, las penas accesorias del caso, recurso que esa misma Corporación concedió en su auto del 28 de marzo de este año.

El art. 57 del Dcr. 528 de 1964 establece, en su inciso 10., que aquel recurso "podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público, por el procesado, por su defensor y por la Parte Civil", previniendo, en su inciso 20., que cuando tal recurso verse sobre indemnización de perjuicios, "solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de cincuenta mil pesos".

La Parte Civil, según doctrina de la Corte, interpretativa del inciso 10. del mencionado texto legal, está autorizada para interponer el recurso de casación contra la sentencia absolutoria, puesto que con un fallo de esa índole "puede haberse agraviado la ley" en "perjuicio coetáneo de ella", privándola, en forma definitiva, como consecuencia de esa violación, de su derecho a "obtener indemnización de perjuicios, ya que dicha absolucion inhibe la acción ante los jueces civiles", teniendo en cuenta lo previsto en el art. 28 del C. de P. P.

Esa Parte Civil, de acuerdo, a su vez, con el criterio de la Corte, no está, en cambio, legitimada para interponer recurso de casación contra fallo condenatorio, buscando, en esa forma, "una agravación de las sanciones penales", porque de tener aquello cabida en la esfera del referido inciso 10. del precepto legal que se comenta, esa parte, no obstante haber obtenido condena para el pago de perjuicios, que daría facultad para determinar el desvío del recurso, "no solo en su fin primordial —defensa de la ley— sino también del secundario que es el objetivo de la acción civil: el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal (art. 24 del C. de P. P.). Se estaría buscando

la venganza privada y resucitando la famosa 'acusación particular'".

El interés de la Parte Civil, en el caso de autos, alcanza apenas a \$25.000.00, suma en la que se avaluaron los perjuicios del delito conforme a dictamen que, sin ser objetado por ninguna de las partes, se aprobó en auto del 13 de febrero de 1967, para luego ser acogido, también sin observación alguna, en la sentencia, lo que significa, entonces, que por este otro aspecto el expresado recurso tampoco es procedente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la lev. DECLARA INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la Parte Civil constituída en este proceso contra la sentencia del 18 de diciembre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla condenó a Luis Ibarra Parra, como responsable del delito de homicidio en Dámaso Parejo, a la pena principal de "treinta y dos meses de presidio" y al pago, por concepto de perjuicios generados en ese delito, de \$25.000.00, y OR-DENA, en consecuencia, su devolución a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Fuero de los intendentes y comisarios

Competencia de la Corte para conocer de los procesos penales contra estos funcionarios. El investigador no puede ordenar la recepción de indagatoria, ni la detención de un Intendente o Comisario, cuando investiga hechos delictuosos y resultan cargos contra éstos.

De acuerdo con el numeral 7o. del art. 17 del Dcr. 528 de 1964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conoce "de los procesos que se sigan contra... los Intendentes y Comisarios", es decir, a estos empleados de la administración se otorgó un fuero especial. Y como está demostrado, dentro del proceso, que los hechos imputados al sindicado, se cumplieron cuando éste ejercía el cargo de Comisario Encargado de la Comisaría Especial del Vichada, síguese de ahí que es a esta Corporación a la que corresponde el conocimiento del proceso que a ella se ha remitido.

De otra parte, el Juez Promiscuo del Circuito de Villavicencio, al ordenar la remisión de este proceso a la Corte, no hizo otra cosa que dar cumplimiento al art. 51 del C. de P. P.

El Visitador de la Contraloría obraba, dentro de sus atribuciones legales, al adelantar esta investigación, pero al advertir que en los hechos averiguados estaba comprometido el Comisario del Vichada, debió, dando exacto cumplimiento al art. 51 del C. de P. P. citado, tomar las copias del caso y enviarlas a la Corte, para que esta entidad dispusiera lo que estimare legal y conveniente, ya que a ella exclusivamente correspondía su conocimiento, como entidad encargada del fuero que cobija al funcionario acusado, y en orden, además, a reconocer la calidad de instructor que tiene el Magistrado sustanciador (art. 61 del C. de P. P.).

Por consiguiente, son válidas, por el aspecto legal, todas las diligencias llevadas a término por el Visitador de la Contraloría General de la República, como funcionario instructor, ya que él investigaba la conducta de numerosas personas comprometidas, pero no estaba él capacitado para recibir indagatoria al Comisario del Vichada, ni para ordenar su detención, pues ello correspondía exclusivamente a la autoridad encargada del fuero, esto es, a la Corte.

Es de anotar que el numeral 7o. del art. 17 del Dcr. 528 de 1964 habla de "procesos", y esta palabra comprende no solo el juicio, sino también el sumario. De donde se desprende que el fuero cobija tales etapas, esto es, aquella que busca demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad del incriminado, y de la misma suerte la que tiende a decidir definitivamente sobre tal delito y esa responsabilidad.

De esta suerte, como se dijo antes, al enterarse el instructor que el Comisario del Vichada, había tomado parte en la comisión de los hechos investigados, debió suspender con relación a este la investigación y enviar copia de ella a la Corte. En tales términos, no procedía la indagatoria del incriminado, ni la orden de detención del mismo, diligencias que deben considerarse inválidas, por cuanto el Visitador de la Contraloría carecía de competencia no solo para recibir declaración sin juramento al indiciado, sino también para definir su situación jurídica, por estar amparado por el fuero el Comisario del Vichada.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: Mayo 23/69.- Acta No. 21).

VISTOS

Esta investigación se originó en la visita practicada a la Tesorería General Comisarial del Vichada por un Visitador de la Contraloría General, y en virtud de las facultades conferidas al mismo por la Ley 58 de 1946 y el Dcr. No. 2119 de 1960. Como de ella se desprendieran cargos contra el Comisario Encargado de la Comisaría Especial del Vichada, Samuel Cardona Garcés, se dispuso por el Juez Promiscuo del Circuito de Villavicencio el envío del proceso a la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, entidad competente para conocer de él en cuanto toca con el funcionario acusado.

De acuerdo con el numeral 70. del art. 17 del Dcr. 528 de 1964, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, conoce "de los procesos que se sigan contra... los Intendentes y Comisarios", es decir, a estos empleados de la administración se otorgó un fuero especial. Y como está demostrado, dentro de este expediente, que los hechos imputados a Cardona Garcés, se cumplieron cuando ejercía éste el cargo de Comisario Encargado de la Comisaría Especial del Vichada, síguese de ahí que es a esta Corporación a la que corresponde el conocimiento del proceso que a ella se ha remitido.

De otra parte, el Juez Promiscuo del Circuito de Villavicencio, al ordenar la remisión de este proceso a la Corte, no hizo otra cosa que dar cumplimiento al art. 51 del C. de P. P., de acuerdo con el cual, cuando "alguna o algunas personas justiciables estuvieren sometidas a fuero especial, conocerá del proceso, con respecto a éstas exclusivamente la autoridad encargada de tal fuero, para lo cual el funcionario instructor sacará copia de lo actuado, la enviará a la autoridad competente y pondrá a disposición de los jueces ordinarios el proceso original".

En este orden de ideas, el Visitador de la Contraloría obraba, dentro de sus atribuciones legales, al adelantar esta investigación, pero al advertir que en los hechos averiguados estaba comprometido el Comisario del Vichada, Samuel Cardona Garcés, debió, dando exacto cumplimiento al art. 51 del C. de P. P. citado, tomar las copias del caso y enviarlas a la Corte, para que esta entidad dispusiera lo que estimare legal y conveniente, ya que a ella exclusivamente correspondía su conocimiento, como entidad encargada del fuero que cobija al funcionario acusado, y en orden, además, a reconocer la calidad de instructor que tiene el Magistrado sustanciador (art. 61 del C. P. P.).

Por consiguiente, son válidas, por el aspecto legal, todas las diligencias llevadas a término por el Visitador de la Contraloría General de la República, como funcionario instructor, ya que él investigaba la conducta de numerosas personas comprometidas, pero no estaba él capacitado para recibir la indagatoria a Samuel Cardona Garcés, ni para ordenar su detención, pues ello correspondía exclusivamente a la autoridad encargada del fuero, esto es, a la Corte.

Es de anotar que el numeral 70. del art. 17 del Dcr. 528 de 1964 habla de "procesos", y esta palabra comprende no solo el juicio, sino también el sumario. De donde se desprende que el fuero cobija tales etapas, esto es, aquella que busca demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad del incriminado, y de la misma suerte la que tiende a decidir definitivamente sobre tal delito y esa responsabilidad.

La Corte, en auto de 30 de mayo de 1968, estimó que la palabra "causas", que emplea el numeral 60. del mismo mandamiento, "es término genérico y se refiere a procesos, negocios, asuntos, etc. De no ser así, podrían los fiscales instructores ordenar en el sumario, toda clase de medidas, como la detención preventiva del funcionario, y estarían capacitados jurídicamente hasta para dictar el auto de proceder, pues si causa es juicio, éste solo empieza cuando tal providencia se ejecutoría (arts. 434 y 439 del C. de P. P.). Y con ello el fuero reconocido a los altos funcionarios del Estado que enumera la atribución 2a. del art. 151 de la C. N., habría desaparecido".

En otra ocasión había manifestado la Corte que "las diligencias practicadas por un funcionario de instrucción, aunque no sea el competente, no son nulas, pues estatuye el art. 69 del C. de P. P. que la colisión de competencias durante la investigación sumaria ni suspende ésta, ni hace que se anule lo actuado". Pero conocido el funcionario competente, la investigación adelantada debe enviarse a éste, para que, si el acusado goza de fuero, sea la autoridad encargada del mismo la que diga si procede iniciar o adelantar investigación penal, que es exactamente lo propuesto por el art. 51 del C. de P. P.

De esta suerte, como se dijo antes, al enterarse el Instructor que Samuel Cardona Garcés, Comisario del Vichada, había tomado parte en la comisión de los hechos investigados, debió suspender con relación a éste la investigación y enviar copia de ella a la Corte. En tales términos, no procedía la indagatoria del incriminado, ni la orden de detención del mismo, diligencias que deben considerarse inválidas, por cuanto el Visitador de la Contraloría carecía de competencia no solo para recibir declaración sin juramento al indiciado, sino también para definir su situación jurídica, por estar amparado por el fuero el Comisario del Vichada.

La incompetencia de jurisdicción es motivo de nulidad de los procesos penales, por mandato del art. 37 del Dcr. 1,358 de 1964.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. Son nulas la indagatoria de Samuel Cardona Garcés y la providencia de 26 de febrero de este año, por medio de la cual se dispuso su detención preventiva.
- 2. Por telégrafo dése la orden de libertad de Cardona Garcés.
 - 3. Continúe la presente investigación en lo

relacionado con el excomisario del Vichada, Samuel Cardona Garcés. Pídase a la Procuraduría General de la Nación la designación de un funcionario de instrucción para que reciba indagatoria al incriminado sobre los cargos que le resultan de estas diligencias y para que practique las citas que de ella se desprendan y cuantas pruebas se juzgaren conducentes al esclarecimiento de los hechos, pues expresamente se le comisiona para tal fin, con treinta días (30) de término.

- 4. La situación jurídica de Cardona Garcés será resuelta por la Corte, en su oportunidad.
- 5. Dése aviso de la existencia de esta investigación al Procurador General de la Nación.

Notifiquese y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

MULIDADES

Se ratifica la doctrina sobre el alcance de la nulidad de carácter constitucional y de que el recurso de casación, no constituye una tercera instancia. El delito de robo de cuantía inferior a \$ 300.00 pero penado con presidio, corresponde a la justicia ordinaria. Su conocimiento

- 1. Las nulidades supralegales que la Corte ha venido aceptando por vía de interpretación del art. 26 de la Constitución se fundan; conforme a repetida doctrina de esta Sala de tal naturaleza. Así, en sentencia de 25 de abril último decía esta Sala sobre el particular: "Cuando la nulidad que se pretende haya de ser demostrada, como en el caso de autos, la relativa a error en la 'denominación jurídica de la infracción'. mediante un examen probatorio, encaminado a establecer que en ella se incurrió por errónea o falta de apreciación de pruebas, no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ordinal 40, del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, teniendo en cuenta que, en su naturaleza y alcances, ese motivo de impugnación no da cabida a semejante debate, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 20, del ordinal 10, del expresado texto legal".
- 2. Importa recordar aquí una vez más que el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia. En efecto, con la doble instancia precluye la controversia en cuanto al material probatorio, que no puede agitarse de nuevo en casación sino en la medida en que pueda ser indispensable para preservar el imperio de la ley, objeto fundamental de este recurso, medida que la norma positiva señala en el error de derecho, o en el error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos (art. 56 inciso 20., numeral 10.— del Dcr. 528 de 1964), yerros que a su turno conforman el único límite lógico y jurídico a la autonomía del juzgador en la tarea estimativa de la prueba.

- 3. Tampoco existe la pretendida nulidad por incompetencia de jurisdicción, pues auncuando el objeto materia del ilícito tenía un valor inferior a trescientos pesos, tratándose del delito de robo descrito por el art. 404 del C. P., reprimido con pena de presidio, y no con las de arresto o prisión, la competencia, conforme al art. 10. del Dcr. 528 de 1964, correspondía al Juez Municipal. Recuérdese que de acuerdo con la letra b) del art. 65 del Dcr. 1.358 de 1964, la Policía conoce de los delitos contra la propiedad cuya cuantía no exceda de trescientos pesos (\$ 300.00), pero cuando tales infracciones están sancionadas con "arresto o prisión".
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.
- (Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación. mayo 23/69.- Acta No. 21).

VISTOS

Agotado el trámite de rigor legal, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por Oscar Darío Morales Correa contra la sentencia del seis de junio de mil novecientos sesenta y ocho, por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó, confirmando la de primer grado, proferida el 24 de abril del mismo año, a la pena principal de ocho (8) años de presidio, más las accesorias correspondientes, y a la indemnización de perjuicios, en abstracto.

ANTECEDENTES

En torno a las doce de la noche del 23 de septiembre de 1967, hora en que se celebraba una fiesta en la escuela "Jacqueline Kennedy", situada en el barrio de Jesús, de la ciudad de Medellín, Oscar Darío Morales entró a uno de los baños, y escalando un muro de un metro con setenta centímetros de altura, penetró al baño contiguo, cuva puerta estaba asegurada con candado. Allí se apoderó de una pequeña estufa eléctrica marca "Haceb", de propiedad de la señora Amada Ramírez de Quintero, la sacó del referido baño, y en momentos en que la empacaba en una caja de cartón fue sorprendido por el menor Luis Gerardo Castrillón Soto: éste inmediatamente informó sobre el particular a su padre. Agente de la Policía, quien momentos después capturó a Morales y lo entregó a la autoridad.

Por tales hechos, entendidos como estructurales del delito de robo, Oscar Darío Morales Correa fue llamado a responder en juicio mediante providencia calendada el 17 de enero de 1968, en cuya parte motiva se especificó que el delito había sido perpetrado "con escalamiento de muro", resolución que, recurrida por el defensor del acusado, fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en la suya del 7 de marzo del mismo año.

Celebrada la audiencia pública, acto en el cual el defensor alegó haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, pues en su concepto los elementos de juicio obrantes en el proceso solo permitían calificar los hechos como integrantes de un delito de hurto, el Juez de la causa puso término a la primera instancia con la sentencia condenatoria ya citada, que el Superior, al revisarla por vía de apelación, interpuesta por el personero judicial del reo, confirmó plenamente en la que ahora es motivo del recurso extraordinario de casación

LA DEMANDA Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La formulación de los cargos a la sentencia recurrida se concreta a través de las causales de casación consagradas por los ordinales 40. y 10. del art. 56 del Dcr.-Ley 528 de 1964, motivos que se examinarán en el mismo orden propuesto por el actor.

Causal Cuarta.- Tres tachas se formulan a su amparo, a saber:

- a) "Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín. —expresa el demandante resumiendo sus argumentos sobre el particular—... en razón de que durante la etapa sumaria no contó con la asistencia jurídica de un abogado titulado que hubiera hecho valer sus derechos y patrocinado su causa, violándose en tal forma los arts. 104 y siguientes, del C. de P. P., violación que tuvo proyecciones sobre el art. 26 de la Constitución Nacional, por cuanto no habiéndose designado apoderado para Oscar Darío Morales Correa para la instrucción sumaria, no se puede decir que hubo 'plenitud de formas de juzgamiento', violándose por este aspecto el art. 26 de la Carta Fundamental".
- b) La competencia en el caso a que se contraen los autos "estaba atribuída a la Policía, y no al Juez Penal Municipal y el H. Tribunal Superior, por ser la cuantía de cien pesos (\$ 100.00), lo que implica que en este proceso se incurrió en la nulidad prevista en el art. 37 ordinal 10. del Dcr. 1358 de 1964".
- c) "Los testigos fundamentales en este negocio, están acordes en sostener que no hubo sustracción del fogón o parrilla, como se desprende del dicho de Castrillón Montoya, visible a fls. 8 del informativo, quien dice que cuando entró al inodoro allí estaba la parrilla. Igual cosa afirma su hijo en la declaración visible a fl. 13 del expediente. En consecuencia, teniendo en cuenta la realidad procesal, se puede afirmar que la figura tipificante del delito de robo que no es otra que el apoderamiento de la cosa mueble, no se configuró en el caso de autos.

"¿Por qué no se allegó a los autos la declaración del chofer del teniente León, quien capturó al presunto delincuente en el momento en que éste estaba dedicado a empacar el fogón dentro de la caja de cartón? Esta es una falla investigativa, que de conformidad con lo preceptuado en el art. 204 del C. de P. P. debe resolverse a favor del procesado Oscar Darío Morales.

"Aceptando en gracia de discusión que hubo apoderamiento o sustracción de la cosa mueble, esto es, del fogón eléctrico, este no sería un delito de robo, sino de hurto, en el grado de tentativa, luego el error en la denominación jurídica de la infracción resulta de una evidencia manifiesta".

El impugnante concluye este aspecto de la acusación pidiendo, "dentro del marco de la

causal cuarta", que se invalide la sentencia impugnada, "anulando el proceso a partir del auto que declaró cerrada la investigación" y devolviéndolo al Juzgado de origen por conducto del Tribunal Superior de Medellín, a fin de que se reponga el procedimiento.

Causal primera.- Después de examinar la prueba de cargo, sometiéndola a su propio criterio y deduciendo de tal análisis conclusiones distintas a las adoptadas por el juzgador de segundo grado, el demandante sintetiza su pensamiento así:

"Impugno la sentencia objeto del recurso de casación con base en que el H. Tribunal Superior incurrió en equivocada interpretación de los hechos debido al valor probatorio dado a los testimonios de los Castrillón que en forma equivocada la dio el Tribunal sentenciador, motivo por el cual se aplicó en perjuicio de Oscar Darío Morales, el art. 404 del C. P., en su ordinal 30. Y la equivocación del H. Tribunal sentenciador resulta evidente, por cuanto que sin base probatoria alguna, dio por probado el delito de robo calificado, sin que procesalmente se hubiera demostrado que hubo apoderamiento del fogón, pues va sabemos que dicho mueble no fue removido del baño donde lo guardaba su dueña. Allí quedó en la caja de cartón y por lo tanto, no fue desplazado de su sitio, lo que implica que los elementos tipificadores del delito de robo agravado, exigidos por el art. 272 del C. de P. P., no tuvieron legal comprobación en los autos, siendo esta otra de las razones para que se afirme que el Tribunal sentenciador aplicó indebidamente el art. 404 del C. P.".

A continuación se propone en el libelo un segundo y último cargo con apoyo en la causal primera. Radica su esencia en afirmar que la sentencia acusada descansa exclusivamente en la declaración del menor Luis Gerardo Castrillón, base sobre la cual no puede proferirse fallo condenatorio en materia criminal. En apoyo de su aserto cita la sentencia de fecha 30 de septiembre de 1960 —Casación de Felipe Hurtado Ibarbuen— cuya doctrina, relativa al "testimonio único", estudiado entre otros por Framarino de Malatesta, estima el actor aplicable al presente caso.

"Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín con fundamento en la causal primera de casación, prevista en el art. 56 del Dcr. 528 de 1964, — dice el recurrente resumiendo el cargo— en razon de la indebida aplica-

ción que en el caso de Oscar Darío Morales le dio el Tribunal sentenciador a los arts. 34 y 204 (debió citar el 404) del C. P., por errónea interpretación de los arts. 203, 204 y 224 del C. de P. P., en armonía con lo preceptuado por el art. 272 del Código citado".

En seguida se formula la petición final de que se invalide la sentencia acusada, "por medio de la cual se condenó al procesado Oscar Darío Morales Correa a la pena de ocho años de presidio, e incorporales anexas, por el delito de robo calificado, cometido en las circunstancias de lugar, tiempo y modo a que se contrae la relación de los hechos consignados en esta demanda".

Metódicamente estudia el Procurador todos y cada uno de los motivos en que la acusación se funda, y concluye que "ninguno de los cargos está aprobado, ni las causales alegadas para casar la sentencia tienen demostración alguna, por lo cual la demanda que sobre ellas se basa debe desestimarse".

LA CORTE CONSIDERA

Causal cuarta.- Haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

- 1. Las nulidades supralegales que la Corte ha venido aceptando por vía de interpretación del art. 26 de la Constitución se fundan, conforme a repetida doctrina de esta Sala, en falta absoluta de defensa del procesado, en grave quebranto, con desmedro de la sociedad, de los presupuestos esenciales del juicio. Y, ciertamente, ello no ha ocurrido en este proceso. Aunque es verdad que en las diligencias del sumario no fue asistido por abogado titulado, a lo largo del juicio contó con la asistencia de un profesional del derecho, oportunamente, quien interpuso el recurso de apelación contra el auto de proceder y contra la sentencia de primer grado, además de exponer en la audiencia pública las razones jurídicas que estimó pertinentes en defensa de su patrocinado.
- 2. Tampoco existe la pretendida nulidad por incompetencia de jurisdicción, pues auncuando el objeto material del ilícito tenía un valor inferior a trescientos pesos, tratándose del delito de robo descrito por el art. 404 del C. P., reprimido con pena de presidio, y no con las de arresto o prisión, la competencia, conforme al art. 10. del Dcr. 528 de 1964, correspondía al Juez Municipal. Recuérdese que de acuerdo con la letra b) del art. 65 del Dcr. 1.358 de 1964, la Po-

licía conoce de los delitos contra la propiedad cuya cuantía no exceda de trescientos pesos (\$300.00), pero cuando tales infracciones están sancionadas con "arresto o prisión".

3. En cuanto al tercero de los cargos atrás resumidos, es preciso recordar, como lo ha hecho la Corte en otras oportunidades, que si quien alega la causal de nulidad consistente en "error relativo a la denominación jurídica de la infracción" no acepta los hechos que el fallador de segunda instancia encontró comprobados, el análisis probatorio que emprenda para demostrar el referido error debe realizarse, no bajo invocación directa de la causal cuarta de casación, sino al amparo de la causal primera, única que permite adelantar un debate de tal naturaleza. Así, en sentencia del 25 de abril último decía esta Sala sobre el particular: "Cuando la nulidad que se pretende hava de ser demostrada, como en el caso de autos, la relativa a error en la 'denominación jurídica de la infracción', mediante un examen probatorio, encaminado a establecer que en ella se incurrió por errónea o falta de apreciación de pruebas, no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ordinal 40. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, teniendo en cuenta que, en su naturaleza y alcances, ese motivo de impugnación no da cabida a semejante debate, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 2o, del ordinal 1o, del expresado texto legal".

En consecuencia, no prospera la causal estudiada.

Causal primera. Ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea...

4. Importa recordar aquí una vez más que el recurso extraordinario de casación no constituve una tercera instancia. En efecto, con la doble instancia precluye la controversia en cuanto al material probatorio, que no puede agitarse de nuevo en casación sino en la medida en que pueda ser indispensable para preservar el imperio de la ley, objeto fundamental de este recurso, medida que la norma positiva señala en el error de derecho, o en el error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos (Art. 56 —inciso 20., numeral 10.— del Dcr. 528 de 1964), verros que a su turno conforman el único límite lógico y jurídico a la autonomía del juzgador en la tarea estimativa de la prueba.

5. En el caso de autos el Tribunal, para afirmar la existencia del cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado tuvo en cuenta que el menor Luis Gerardo Castrillón sorprendió a Oscar Darío Morales cuando empacaba la estufa objeto del ilícito en un baño contiguo a aquel en que la guardaba su dueña, la señora Ramírez de Quintero; que el referido menor informó inmediatamente de tal hecho a su padre, el Agente de la Policía del mismo nombre, quien sin tardanza se dirigió al lugar indicado, encontrando que va Morales había sido aprehendido por "el chofer del Teniente León": que el Agente Castrillón capturó allí mismo a Morales v se lo entregó a otros dos Agentes de la Policía que se hallaban de servicio en ese sector: que esta versión de los acontecimientos fue sostenida en lo fundamental por los Castrillón, padre e hijo, en sus respectivas declaraciones y en los careos con el procesado; que en la diligencia de inspección ocular se afirma que éste, para apoderarse de la estufa, tuvo que escalar el muro medianero entre el baño en donde fue sorprendido empacándola y aquel en que su dueña la tenía guardada, ya que el candado que aseguraba la puerta de este último lugar se encontró intacto. Y, de otro lado, que va Morales Correa había sido condenado por otro delito contra la propiedad.

Es evidente, por tanto, que si de tales elementos de juicio el fallador extrajo las conclusiones en que descansa el fallo impugnado, no solo no conculcó las normas lógicas del raciocinio, sino que, inclusive su proceso mental en el análisis probatorio acusa buen juicio o sindéresis. Y, a fortiori, carece de todo fundamento el pretendido error de hecho a que se refiere la demanda.

6. De lo dicho se desprende, además, que es inexacta la afirmación de que el fallo acusado descansa exclusivamente en el "testimonio único" de Luis Gerardo Castrillón.

Consecuentemente, tampoco se encuentra justificada la causal primera.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con la Procuraduría Primera Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO INFIRMA la sentencia acusada del Tribunal Superior de Medellín.

Cópiese, notifiquese, publiquese y devuélvase al Despacho de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

Es un delito instantáneo, que admite la tentativa, pero no la frustración.

En principio, como lo ha aceptado la jurisprudencia nacional, el robo se consuma cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. O —como agrega la Corte— "mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. May entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito".

En el caso de autos, como resulta de la situación fáctica reconocida por el mismo actor en cuanto a la ejecución del hecho, hubo una desposesión del propietario de la cosa y a la vez un correlativo apoderamiento de la misma por parte del agente, que así privó a la víctima del poder de hecho sobre el indicado bien.

De otra parte, si bien el robo, no obstante ser una infracción instantánea, admite la tentativa, ya que entre el apoderamiento de la cosa y la desposesión correlativa de la víctima el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad, sin embargo dicho reato no es susceptible de frustración, como lo ha pregonado desde tiempo atrás nuestra jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

(Aprobación: mayo 23/69.- Acta No. 21).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Sexto del Tribunal Superior de Bogotá contra la sentencia dictada por la predicha Corporación el 28 de junio del pasado año, mediante la cual al confirmar la proferida por el Juez Cuarenta y Ocho Penal Municipal de esta ciudad, condenó a Néstor Aguirre Sánchez, como responsable del delito de robo, a la pena principal de dos años de prisión y a las sanciones accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Hacia las tres de la tarde del veinte de agosto de mil novecientos sesenta y siete, cuando Juan Antonio Castellanos se disponía a ocupar un automóvil de servicio público en una calle céntrica de esta ciudad, Néstor Aguirre se le acercó y le rapó de las manos un radio portátil, huyendo en seguida. Mas perseguido por Castellanos y dos Agentes de la Policía, al sentirse ya casi aprehendido, echó el radio al suelo y luego se refugió en un café cercano, lugar en donde se le capturó.

Por tales hechos, una vez adelantada la correspondiente investigación, el Juzgado Cuarenta y Ocho Penal Municipal de Bogotá llamó a responder en juicio criminal al prenombrado Aguirre Sánchez, entendiéndolos como constitutivos del delito de robo, según auto de 10 de enero de 1968, providencia que fue consentida por las partes.

Con posterioridad, dicho juzgador de primer grado impuso al acusado, en virtud de sentencia calendada el 27 de marzo del pasado año, la pena privativa de la libertad de dos años de prisión y las sanciones accesorias correspondientes, fallo que fue confirmado por el ad quem en el mencionado en la parte inicial y motiva de esta decisión de la Corte.

DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente, en demanda que formalmente se ajusta a los requerimientos de rigorilegal y que contiene una relación suscinta de los hechos y de la actuación procesal cumplida en este negocio, impugna la sentencia con apoyo en la causal prevista en el ordinal 10. del art. 56 del Dcr. Legislativo número 526 de 1964, y, en forma más concreta, con invocación del motivo establecido en el inciso 10. de dicho ordenamiento, o sea, por infracción directa de la ley sustancial.

Considera el precitado Agente del Ministerio Público que el procesado Aguirre Sánchez es responsable no de un delito de robo consumado, sino del "de robo imperfecto en su grado de frustración, según lo que establecen los arts. 11, 17 y 402 del C. P. (art. 20. Ley 4a. de 1943)".

En respaldo a su tesis de manera fundamental arguye de esta guisa:

"... Para el evento estudiado, se admite que el señor Aguirre proyectó la infracción, la deliberó y la decidió; enseguida comenzó a ejecutarla aproximándose al titular legítimo de la cosa, asiendola fuertemente y ejerciendo despliegue muscular para lograr aprehensión, y aprovechando la modalidad de que el denunciante despreocupadamente intentaba tomar un vehículo de servicio público. Con la cosa en sus manos, comenzó a correr para huir del sitio pero al ser interrumpida su fuga, por la gestión del propietario de la cosa y el apoyo decidido de los agentes, se frustró, recuperándose el objeto y dándose la captura.

"Bien es verdad que el señor Aguirre en acto voluntario, típico, antijurídico y culpable se apoderó con violencia, de una cosa mueble ajena pero sin lograr por un momento siquiera libre disponibilidad en lo tomado arbitrariamente. Entonces, al no realizar totalmente los elementos de la infracción, siendo interrumpida su conducta en la etapa de la consumación, se desprende la noción de delito frustrado, que es la adecuada al caso, en lugar de la de robo consumado".

El recurrente, después de citar conceptos doctrinales de connotados tratadistas extranjeros sobre esta especial materia, expresa que la sentencia cuestionada viola las siguientes disposiciones:

"Considero que ha sido violada la norma contenida en el art. 17 del C. P., parte general, poral de hurto como parece lo es respecto de todas las infracciones dolosas, no fue evacuada. Al señor Aguirre se le dedujo reproche y sanción como autor de un delito de robo consumado, siendo que tales declaraciones debían solo referirse a una infracción de esa naturaleza, pero imperfecta, dentro de la gradación adecuada.

"También entiendo que se violó el art. 20. de la Ley 4a. de 1943, en armonía con el art. 402 del C. P., porque se le hizo producir efectos, en relación a una conducta voluntaria que no permitía esas consecuenias, por lo excesivo e injusto. Creo, que existe violación de los arts. precitados, porque su vigencia se condiciona a que se reflejen precisa y exactamente en los casos que puedan acomodarse, mas no que en aquellos en los cuales falta uno de los componentes básicos. Acá, al señor Aguirre se le ha proclamado reo de robo consumado, cuando en verdad, justicieramente sí es responsable, pero menormente, por un robo frustrado.

"El art. 203 del C. de P. P., ha sufrido mengua, en la medida en que se empleó para declarar una responsabilidad extralimitada y una declaración consecuencial también desmedida. Si la sentencia hubiera comprendido el ámbito de aplicación temporal y espacial del art. 17 en unión a los otros anotados, no habría llegado a declarar la exageración que ataco, ni a imponer la penalidad extremada que se ve en el fallo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal estima que el juzgador de segundo grado no infringió la ley penal sustantiva en el caso sub judice, por cuanto aquí se presenta un delito de robo en el grado de consumación y no simplemente de frustración, en virtud de estas consideraciones:

"El procesado Aguirre Sánchez, por medio de violencia física, despojó al señor Castellanos de un radio que en ese momento portaba, quien de esta manera perdió la disponibilidad jurídica sobre la cosa. Simultáneamente el agente entró en posesión del objeto del delito y con la posibilidad de ejercer derechos que solo corresponden al poseedor regular. La ley penal no exige que el agente, en realidad, ejerza esas facultades enajenando la cosa, por ejemplo. Es suficiente que de una parte se dé el despoio y de otra la posesión del bien sin que sea

necesario para la consumación del ilícito derivar algún provecho o beneficio (art. 402 del C. P., modificado por el art. 20. de la Ley 4a. de 1943).

"El planteamiento anterior no significa que este Despacho niegue la posibilidad de la tentativa en el delito de robo. Por exigir el tipo delictivo una conducta y un evento o resultado consecuencia de aquella es admisible la tentativa. Por ejemplo, quien ejecute la violencia física o la moral contra las personas o las cosas pero no logre apoderarse de la cosa mueble ajena, no consuma el delito de robo pero la actividad desplegada tendiente a lograr ese resultado corresponde a la tentativa, según la regla del art. 16 del Código Penal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Fiscal recurrente acusa la sentencia, como inequívocamente se expresa en el libelo de demanda, por quebrantamiento del art. 17 del estatuto represivo —en concordancia con el 20. de la Ley 4a. de 1943—, por cuanto condenó a Aguirre Sánchez como responsable de robo consumado, siendo así que solo se presenta en el evento sub lite la figura degradada del mismo, o sea, concretamente, el robo en la forma de frustración. Por la misma razón el cuestionado fallo —según el recurrente— infringió las normas últimamente citadas, en cuanto a la imposición de la pena, por no corresponder ésta a la señalada en tales disposiciones.

En principio, como lo ha aceptado la jurisprudencia nacional, el robo se consuma cuando la víctima pierde su poder de hecho sobre la cosa materia del ilícito, aunque sea por breves momentos. O —como agrega la Corte— "mejor aún, cuando ha sido despojada del bien mueble respectivo y lo ha ocupado el ladrón. Hay entonces un desplazamiento completo de la cosa, en que ésta se traslada de la posesión ajena a la posesión del responsable, que es en lo que consiste la acción de apoderarse que perfecciona el delito".

En el caso de autos, como resulta de la situación fáctica reconocida por el mismo actor en cuanto a la ejecución del hecho, hubo una desposesión del propietario de la cosa y a la vez un correlativo apoderamiento de la misma por parte del agente, que así privó a la víctima del poder de hecho sobre el indicado bien.

De otra parte, si bien el robo, no obstante ser una infracción instantánea, admite la tenta-

tiva, ya que entre el apoderamiento de la cosa y la desposesión correlativa de la víctima el delincuente realiza actos sucesivos que pueden quedar interrumpidos por circunstancias ajenas a su voluntad, sin embargo dicho reato no es suceptible de frustración, como lo ha pregonado desde tiempo atrás nuestra jurisprudencia, al afirmar:

"... En cambio el hurto y el robo no tienen frustración. Es característico de esta figura que el delincuente lleve a término todos los actos necesarios para la consumación del delito, y, sin embargo, éste no se produce por mero accidente. En el delito frustrado la ejecución es completa; mientras que en la tentativa es inacabada porque al culpable le faltaba aún realizar otros actos posibles de su parte para obtener la obra criminal.

"De suerte que si el ladrón hace lo indispensable para privar al ofendido de la posesión de la cosa mueble, culmina con el apoderamiento y el ilícito queda perfecto en su objetividad jurídica. Por lo tanto, entre le ejecución y la consumación no hay más termino medio que la tentativa.

"No se concibe la frustración, pues es muy dificil que el que hace cuanto es necesario para la consumación del hurto no lo consume efectivamente; los raros casos que nuestra jurisprudencia, muy vacilante declara hurtos frustrados son verdaderos delitos consumados". (Cuello Calón. Derecho Penal. Volumen II, páginas 124 y 125).

"Y el Profesor Irureta Goyena dice:

"... No se requiere en el hurto el goce completo de la cosa objeto del delito, o sea la locupletatio: basta, sencillamente, el apoderamiento, el cual tiene mucho menos extensión que el usufructo, o que el goce amplio y absoluto de la cosa robada. Para que el hurto tuviera frustración, sería necesario que la infracción no consistiera, como consiste, en el apoderamiento de la cosa con ánimo de aprovecharse de ella, sino en el aprovechamiento efectivo de la misma. En la hipótesis última, y sólo en ella, si el delicuente hubiera verificado todo lo necesario para realizar el delito, y después de verificar todos los actos pertinentes, por una causa independiente de su voluntad, no hubiera podido aprovecharse efectivamente de la cosa, podría hablarse de frustración'. (El Delito de Hurto, páginas 144 y 145)". (G. J. T. LXXXII, pág. 655).

Debe concluirse, por lo tanto, que el Tribu-

nal no violó el art. 17 del C. P. al no condenar a Aguirre Sánchez por robo frustrado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, desecha el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a que expresamen-

te se alude en la motivación de esta providen-

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

José Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO CULPOSO

Procede el recurso de casación contra las sentencias por este delito, mientras no entre en funcionamiento la nueva organización judicial, de que trata la ley 16 de 1968.

En diversas oportunidades la Corte ha recordado que los arts. 40, 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, estudiada y aprobada por el mismo legislador que expidió la Constitución de 1886, constituye, por el acierto de sus reglas, el más autorizado desarrollo de los arts. 26 y 28 de la Constitución Nacional. Como es sabido, la primera de las normas citadas expresa:

"La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al art. 40. (Subraya la Corte).

Y este último dispone:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Relacionadas estas dos disposiciones, es evidente que las normas relativas a la competencia — ubicadas dentro del ámbito procedimental —, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, lo cual significa que son de aplicación inmediata. Consecuentemente, se diría, como lo ha dicho el Tribunal Superior de Girardot, que frente al texto del art. 16 de la Ley 16 de 1968, la sentencia condenatoria de que se ha hecho mérito no es recurrible en casación, porque no obstante tratarse de un fallo proferido en una causa cuyo

conocimiento correspondió al Juez Superior, la pena máxima imponible en el caso solo alcanzaría a cuatro años, según el art. 370 del C. P.

Sin embargo, como lo ha expuesto la Corte en ya numerosas oportunidades, en virtud del art. 14 de la Ley 16 de 1968 la vigencia de las disposiciones que en ese estatuto se refieren a la competencia "está acondicionada o subordinada a que el Gobierno, haciendo uso de las facultades extraordinarias de que fue revestido por el art. 20 de la misma Ley, ponga en funcionamiento una nueva organización judicial..." Así las cosas, es preciso concluir que hallándose aún en vigor el art. 55 del Dcr.-Ley 528 de 1964, ha debido otorgarse el recurso de casación a que se refiere el presente auto, ya que en el evento estudiado concurren los presupuestos que dicha norma exige en su ordinal 10.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: mayo 30/69. - Acta No. 22).

VISTOS:

Mediante sentencia calendada el 12 de febrero del año en curso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot, confirmando la de primer grado, proferida por el respectivo Juzgado Superior Distrital el 21 de noviembre de 1968, condenó a Juan Evangelista Buitrago Rodríguez a la pena principal de seis (6) meses de prisión, más las accesorias de rigor, como responsable del delito de homicidio culposo en la persona de Angel Alberto Rodríguez Bel-

trán, conforme a hechos ocurridos al anochecer del 9 de abril de 1966 en el paraje denominado "El Recreo", vereda "La Argentina", comprensión municipal de Viotá.

Contra el fallo de segundo grado recurrió en casación el defensor de oficio de Buitrago Rodríguez, recurso que el Tribunal denegó en proveído del 20 de marzo último, fundándose en estas razones:

"El art. 16 de la Ley 16 de 28 de marzo de 1968. vigente desde esa fecha. 'Habrá recurso de casación en lo penal contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años.' A su vez el art. 41 de la misma disposición dice: 'Deróganse todas las disposiciones contrarias a la presente Ley.' Lo anterior estatuve que el recurso de casación es viable y admisible en tratándose de delitos privativos de la libertad y siempre que la sanción sea o exceda de cinco años. Mas como ya se vio, en los casos de homicidio culposo, como el actual, la pena privativa de la libertad solo alcanza a un máximo de cuatro (4) años, de lo cual se infiere inequivocamente que el recurso propuesto por el señor defensor del acusado no tiene cabida y consiguientemente deberá denegarse. Si bien es cierto que el Dcr. 528 de 1964 permitía este recurso en tratándose de toda clase de sentencias emitidas por los Tribunales en causas de que hubieran conocido los jueces superiores, como lo señala su ordinal 10., esta regla dejó de regir al entrar en vigencia la norma indicada en el art. 16 de la Ley 16 de 1968 a que atrás se alude".

Ante tal negativa, el defensor del procesado Buitrago pidió que aquella fuera reconsiderada, y, en subsidio, copia de la sentencia condenatoria recurrida y de las diligencias de su notificación, del escrito en que se interpuso el recurso extraordinario de casación, del auto mediante el cual fue denegado, del memorial de reposición y de la providencia que sobre éste recayera, todo con el fin de recurrir de hecho ante la Corte, ajustándose así a los requisitos exigidos por el art. 513 del C. J., en armonía con el 518 ibídem, aplicables al caso, por mandato del precepto contenido en el art. 193 del C. de P. P.

Por auto del 23 de abril pasado el Tribunal despachó adversamente la reconsideración y dispuso que se expidiesen las copias pedidas, documentos que el recurrente presentó dentro del término legal en la Secretaría de esta Sala, junto con el escrito a que se refiere el art. 514 del C. de P. C.

SE CONSIDERA:

En diversas oportunidades la Corte ha recordado que los arts. 40, 43, 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, estudiada y aprobada por el mismo legislador que expidió la Constitución de 1886, constituye, por el acierto de sus reglas, el más autorizado desarrollo de los arts. 26 y 28 de la Constitución Nacional. Como es sabido, la primera de las normas citadas expresa:

"La ley preexistente prefiere a la ley ex post tacto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al art. 40. (Subraya la Corte).

Y este último dispone:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Relacionadas estas dos disposiciones, es evidente que las normas relativas a la competencia —ubicadas dentro del ámbito procedimental—, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir, lo cual significa que son de aplicación inmediata. Consecuentemente, se diría, como lo ha dicho el Tribunal Superior de Girardot, que frente al texto del art. 16 de la Ley 16 de 1968, la sentencia condenatoria de que se ha hecho mérito no es recurrible en casación, porque no obstante tratarse de un fallo proferido en una causa cuyo conocimiento correspondió al Juez Superior, la pena máxima imponible en el caso solo alcanzaría a cuatro años, según el art. 370 del C. P.

Sin embargo, como lo ha expuesto la Corte en ya numerosas oportunidades, en virtud del art. 14 de la Ley 16 de 1968 la vigencia de las disposiciones que en ese estatuto se refieren a la competencia "está condicionada o subordinada a que el Gobierno, haciendo uso de las facultades extraordinarias de que fue revestido por el art. 20 de la misma Ley, ponga en funcionamiento una nueva organización judicial..." Así las cosas, es preciso concluir que hallándose aún en vigor el art. 55 del Decreto-Ley 528 de 1964, ha debido otorgarse el recurso de casación a que se refiere el presente auto, ya que en el evento estudiado concurren los presupuestos que dicha norma exige en su ordinal 10.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONCEDE el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha doce (12) de febrero de mil novecientos sesen-

ta y nueve (1969), mediante la cual el Tribuanl Superior de Girardot condenó a Juan Evangelista Buitrago Rodríguez a la pena principal de seis (6) meses de prisión, como responsable de la muerte de Angel Alberto Rodríguez Beltrán. En consecuencia, la Secretaría de la Sala solicitará al nombrado Tribunal el envío del expediente respectivo.

Copiese, notifíquese y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

COMPETENCIA

La dificultad en descubrir al autor de un delito de hurto o robo, no cambia la figura delictiva en conducta antisocial. La competencia para juzgar este delito corresponde al juez del lugar de donde se sustrajo el semoviente o la cosa mueble ajenos y no al del lugar donde hallaron o decomisaron los bienes sustraídos.

El hecho, denunciado por el ofendido ante el Juzgado 1o. Penal Municipal de Samaná, por la sustracción ilícita de una mula, de un potrero situado en el corregimiento de Florencia, en el municiplo de Samaná, configura el delito de hurto, cometido en esta localidad, circunstancia que determina la competencia para el juzgamiento en el Juez de este Municipio, conforme a las previsiones del art. 55 del C. de P. P. y no el de Fresno, donde tiempo después de realizado el ilícito fue hallado y decomisado el semoviente.

El hurto es un delito instantáneo, que se consuma o perfecciona en el momento y en el lugar en que se realice la desposesión del propietario, con el correlativo apoderamiento por parte del hurtador, sin referencia al efectivo aprovechamiento del bien, ni al tiempo en que permanezca la cosa en poder del ladrón, ni al lugar donde se lleve, pues, como dice Ricardo C. Múñez, el apoderamiento ilícito queda consumado cuando, con la intención de adueñarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder o custodia.

La desposesión en el caso presente se llevó a término en territorio del municipio de Samaná; allí se consumó el delito contra la propiedad, y por ello es el juez de esa demarcación el señalado por la ley para conocer del asunto, dando aplicación a la norma que en materia criminal gobierna la competencia por el elemento o factor territorial, o sea el art. 55 del estatuto procesal penal, según el cual "Es competente por razón del lugar donde

debe ventilarse el proceso, el juez del territorio en que se cometió la infracción".

La traslación de la cosa hurtada o robada y el hallazgo y decomiso en sitio diferente al de la sustracción, son circunstancias derivadas del hecho delictuoso principal, accidentales e irrelevantes para la tipicidad de la infracción penal y para la determinación del funcionario competente para su juzgamiento.

Cuando, se insinúen con claridad los elementos estructurales de un delito contra la propiedad, aunque el autor no haya sido descubierto, el proceso penal debe tener por objeto tal reato y no alguna de las conductas antisociales contempladas en los arts. 7 a 12 del Dcr. 1699 de 1964, como lo pretende el Juez Penal Municipal de Samaná.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 22).

VISTOS:

Procede la Corte a resolver de plano, conforme a lo dispuesto en los arts. 67 del C. de P. P. y 17, ordinal 40. del Dcr. 528 de 1964, la colisión de competencias planteada, con carácter negativo, entre los Juzgados 20. Penal Municipal de Fresno (Tolima) y 20. de igual categoría de Samaná (Caldas), con respecto al conoci-

miento de las presentes diligencias, iniciadas para investigar un delito contra la propiedad de que fue víctima el señor Rosendo Ortiz Pérez.

Dice el Juzgado de Fresno, en auto de septiembre 4 último, que del examen del contenido de las diversas piezas procesales que conforman el expediente se deduce claramente que el ilícito de que ellas tratan es el de hurto de un semoviente, cometido en territorio del Municipio de Samaná, lugar donde se ejecutó la sustracción del bien, por cuya razón el competente para conocer del asunto es el Juez de esa comprensión, atendiendo a lo dispuesto en el art. 55 del C. de P. P.

Por su parte, el Juzgado de Samaná, en proveído de abril 9 de este año, sin desconocer que el hecho aquí denunciado (la sustracción de un semoviente) se cumplió en territorio de su jurisdicción, sostiene que debe conocer del caso el Juzgado de Fresno porque el decomiso del animal hurtado se llevó a cabo en ese lugar, donde se halló en poder de los hermanos Noé y Serafín Ramírez B., pues no explican éstos satisfactoriamente esa tenencia, motivo por el cual el hecho debe ser considerado como constitutivo de una conducta antisocial prevista en el Dcr. 1699 de 1964, cometida en jurisdicción de Fresno.

CONSIDERA LA SALA:

- a) Según los elementos de juicio de que actualmente se dispone, el 28 de enero de 1968, le fue sustraída a Rosendo Ortiz Pérez, de un potrero de Antonio Moreno situado en el corregimiento de Florencia del municipio de Samaná, una mula de su propiedad, semoviente que fue encontrado algún tiempo después en poder de los hermanos Noé y Serafín Ramírez, en jurisdicción del municipio de Fresno, donde fue decomisado.
- b) El hecho, tal como aparece denunciado por el ofendido Ortiz Pérez ante el Juzgado 1o. Penal Municipal de Samaná en la declaración que encabeza el expediente, configura un delito de hurto, cometido en Samaná, lugar donde se ejecutó la sustracción ilícita, circunstancia que determina la competencia para el juzgamiento en el Juez de ese municipio, conforme a las previsiones del art. 55 del C. de P. P.
- c) El hurto es un delito instantáneo, que se consuma o perfecciona en el momento y en el lugar en que se realice la desposesión del propietario, con el correlativo apoderamiento por

parte del hurtador, sin referencia al efectivo aprovechamiento del bien, ni al tiempo en que permanezca la cosa en poder del ladrón, ni al lugar a donde se lleve, pues, como dice Ricardo C. Núñez, el apoderamiento ilícito queda consumado cuando, con la intención de adueñarse del objeto, el ladrón ha privado de la cosa al ofendido, quitándosela o sacándola de su esfera de poder o custodia.

- d) La desposesión en el caso presente se llevó a término en territorio del municipio de Samaná; allí se consumó el delito contra la propiedad, y por ello es el juez de esa demarcación el señalado por la ley para conocer del asunto, dando aplicación a la norma que en materia criminal gobierna la competencia por el elemento o factor territorial, o sea el art. 55 del estatuto procesal penal, según el cual "Es competente por razón del lugar donde debe ventilarse el proceso, el juez del territorio en que se cometió la infracción".
- `e) La traslación de la cosa hurtada o robada y el hallazgo y decomiso en sitio diferente al de la sustracción, son circunstancias derivadas del hecho delictuoso principal, accidentales e irrelevantes para la tipicidad de la infracción penal y para la determinación del funcionario competente para su juzgamiento.
- f) Cuando, como acontece en el evento de autos, se insinúen con claridad los elementos estructurales de un delito contra la propiedad, aunque el autor no haya sido descubierto, el proceso penal debe tener por objeto tal reato y no alguna de las conductas antisociales contempladas en los arts. 7 a 12 del Dcr. 1699 de 1964, como lo pretende el Juez Municipal de Samaná.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, dirime la colisión de competencias a que expresamente se ha hecho referencia en la parte motiva en el sentido de declarar que el conocimiento de este proceso corresponde al Juzgado 2o. Penal Municipal de Samaná (Caldas), al que será remitido el expediente, previo aviso de esta decisión al Juez 2o. Penal Municipal de Fresno (Tolima).

Cópiese, notifiquese, y cúmplase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TECNICA DE CASACION

Causal 1a.- Comprende la violación directa de la ley sustancial, a que se refiere el inciso 1o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, y la violación indirecta, a que alude el inciso 2o. de la norma citada.

la causal que consagra entre nosotros el recurso de casación en el fondo, en materia penal, es la prevista en el ord. 10. del art. 56 del decreto-ley 528 de 1964 y asume las modalidades que contemplan sus dos incisos.

En al primero: la violación de la ley sustancial, esto es, la que define los delitos y determina las sanciones, "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea". Expresiones que no se pueden confundir porque cada una de ellas tiene su propia significación.

May infracción directa o contravención formal de la ley sustancial "cuando la sentencia está en oposición o contradicción con su texto. Se trata de la antimonia o divorcio entre la que dice la norma y lo que dispone la sentencia".

May aplicación indebida "cuando se aplica la norma a una situación no regulada por ella, o, a la inversa, cuando se deja de aplicar al caso para el cual fue hecha".

La interpretación errónea "consiste en atribuírle a la norma un sentido o alcance diverso del que verdaderamente tiene, esto es, del que le dio el legislador".

La impugnación de una sentencia con fundamento en este primer inciso (violación directa do la ley sustancial), implica, por consiguiente, según lo expuesto, la aceptación de los hechos del proceso tal como los encuentra probados el sentenciador.

En el segundo inciso se contempla otra forma de violación: la indirecta proveniente de la aplicación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba.

Tal infracción a diferencia de la anterior no puede demostrarse —como lo ha dicho la Corte mediante un razonamiento directo, autónomo,

sino a través de un análisis probatorio, y entonços es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos"; que se citen las disposiciones sustantivas violadas; que se puntualice claramente el concepto de la violación y la clase de error en que el Tribunal haya incurrido: si de derecho, demostrando "que el fallo impugnado estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción", si de orden fáctico "que tuvo como existente un hecho que no ha acaecido, o negado el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro". Error éste que para ser manifiesto ha de implicar "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Na advertido esta Corporación que es "contrario a la técnica del recurso y a la légica misma arguír simultáneamente infracción directa e indirecta de una determinada disposición sustantiva, y e que un hecho no se puede aceptar y rechazar al mismo tiempo y por el mismo concepto, porque se quebranta el principio de contradicción".

Al afirmar el demandante "que la sentencia acusada violó la ley sustancial per aplicación indebida originada en error de hecho o de derecho", se sitúa en un terreno de imprecisión que también repugna a la técnica de la causal alegada que requiere que el error se dotermine, queriendo con tal equívoco crear —como dice el Procurador— una situación de por sí anómala que le permitiera encajar sus cargos en cualquiera de ellos, cuando sabido es que "tanto el error de hecho como el de derecho tienen su génesis propia y producen efectos diferentes dentro del campo

adscrito para acusar los fallos a través del recurso de casación; lo que se desprende muy precisamente de la norma que lo gobierna (art. 56 del Decr. 528 de 1964), pues se le ordena al recurrente operar por separado con toda claridad frente a cada uno de los errores que presenta".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: mayo 30/69. - Acta No. 22),

VISTOS

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 22 de octubre último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que, reformando la de 19 de julio anterior del Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad, se condena a Luis Alfonso Muñoz a la pena principal de cinco años de prisión y multa de doscientos pesos y a las demás anexas, como responsable de los delitos de hurto y falsedad en documentos.

ANTECEDENTES

Los hechos originarios de la investigación los relaciona así el Fiscal 4o. de dicho Tribunal:

"León Ramírez como Gerente del Banco de Colombia, el 6 de noviembre de 1965 denunció los hechos delictuosos materia de este estudio, los cuales imputó a Luis Alfonso Muñoz v otros. Según la denuncia, Muñoz trabajaba en el Banco como Jefe de Inspectores de Caja, correspondiéndole vigilar el cuadre diario de la Sección de Cuentas Corrientes, debiendo clasificar los cheques que se recibían en consignación a cargo de otros bancos de la ciudad. El día 2 de septiembre en la Agencia No. 1o. de la Calle 14 se hizo la consignación de la suma de \$15.750.00 en la cuenta corriente No. 101988 de Gustavo Ramírez, consignada en cheque a cargo del Banco del Comercio, siendo enviado ese mismo día en canje, pero el Banco del Comercio lo devolvió por fondos insuficientes, elaborándose la nota de débito contra la cuenta corriente de Ramírez. Muñoz nuevamente mandó el cheque aludido en canje, siendo pagado por el Banco del Comercio, pero no lo acreditó a la cuenta de Ramírez la cual continuó figurando con el débito de esa consignación, por tal motivo el señor Oscar Home. Director de la Agencia del Banco de Colombia de la Calle 14 exigió la devolución del cheque rechazado, pero no fue encontrado en ninguna parte, no obstante que en la contabilidad ese cheque había sido pagado por canje, ignorándose el destino de ese dinero. Cuando se verificaba esta investigación, apareció un nuevo reclamo formulado por escrito por la Empresa Servicio Automotor Caribe Ltda., pidiendo la discriminación de los cheques de la consignación No. 186 de 10 de junio \$10.000,00, a raíz de esta solicitud se descubrió que se trataba de los cheques por \$300.00 a cargo de National City No. 077471 y otro de \$10.800.00 No. 090252 a cargo del Banco Industrial Colombiano de esta ciudad ambos, los cuales habían sido pagados en canje pero abonados a la cuenta corriente de esa firma por la suma de \$10.100.00 únicamente, faltando mil pesos. Muñoz trató insistentemente de hacerlo aparecer como error cometido en la Agencia No. 2 por algún empleado, pero hechas las verificaciones contables del caso se determinó que en la oficina de Muñoz era donde se principiaba el "error". La Agencia No. 7 tiene la cuenta corriente de Marco Tulio Ortiz v en ella descubrió Cárdenas, investigador del Banco, que el 10 de junio se había hecho una consignación por \$1.000.00 ficticia y cuyo comprobante no aparece en la cuenta de Caribe Ltda. de la Oficina No. 2, pero el señor Ortiz giró el 14 de junio de 1965 en favor de la Casa Sardi un cheque, el cual fue presentado por Luis A. Muñoz pagando una letra que debía en favor de la citada empresa comercial. Ante las preguntas de los Revisores Daniel v Mario Giraldo, el señor Muñoz aceptó haber dispuesto de la suma de \$15.750,00 para compensar consignaciones ficticias beneficiándose con la compra de un jeep".

Adelantada la investigación por el Juzgado 16 Penal Municipal de Cali, remitida tras el auto de detención cautelar, por competencia, al Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad; devuelta por éste a aquél por considerar que ninguno de los actos imputables a Muñoz era constitutivo del delito de falsedad en documentos; negada por el Juzgado 16 la solicitud del apoderado de la parte civil para reenviarla al del Circuito por excluír él también la existencia de ese ilícito, este mismo Juzgado la declaró cerrada en auto de 16 de junio de 1966.

Su mérito lo calificó mediante el de 28 de julio siguiente, por el cual se sobreseyó temporalmente en favor de Luis Alfonso Muñoz y de Edgar Galvis Montoya.

Consultada esta providencia, el Tribunal la revocó parcialmente con la suya de 10 de noviembre y en su lugar llamó a responder en juicio al citado Muñoz por los delitos de hurto y falsedad en documentos.

El Juzgado del Circuito a quien se remitió el negocio, por auto de 15 de mayo de 1967 decretó la "nulidad en lo actuado desde el auto de 16 de junio de 1966, folio 251 vto., por incompetencia de jurisdicción".

Cerrada de nuevo la investigación, se calificó su mérito por providencia de 27 de junio en la que se tomaron las mismas determinaciones adoptadas por el Tribunal en la suya de 10 de noviembre.

Proseguida la causa y celebrada la audiencia pública, se profirió sentencia de primer grado. En ella se condena a Muñoz por el susodicho delito de hurto a la pena principal de 21 meses de prisión y se le absuelve por el de falsedad en documentos.

El Tribunal al revisar por consulta este fallo lo reformó mediante la sentencia recurrida, condenando a Muñoz a la pena principal que se indicó al principio "como autor de los delitos de hurto continuado en concurso material con el delito de falsedad".

LA DEMANDA

En ella el actor expresa que acusa dicho fallo "por la causal primera de casación penal que está tratada por el primer numeral del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964. Concretamente: por violación de la ley sustancial (art. 240 del C. P.) consistente en aplicación indebida de la norma citada, originada en error de hecho, al apreciar erradamente las pruebas del proceso y darles un valor o fuerza que la ley no les otorga. Esto, por cuanto que el tipo penal aducido no corresponde a los hechos ocurridos, ya que no tiene la adecuación propia del delito de Falso documental en acto privado".

Manifiesta en sustentación del cargo que los hechos en que el Tribunal hace consistir ese delito son los siguientes:

"1. Que Muñoz falseo un documento de consignación para acreditar ficticiamente la suma

de un mil pesos (\$ 1.000,00) en la cuenta de *Marco Tulio Ortiz Solarte*, de los que posteriormente hace uso al pagar con cheque de este caballero un crédito en su contra en la Casa Sardi de esta ciudad.

"2. Que "en varias operaciones que se presentaron, también se vio en la necesidad de llevar a cabo correcciones para lograr su propósito criminoso" y por tal motivo "debió falsear el contenido de las cuentas tal como se encuentra comprobado en el expediente"."

Cita en seguida el art. 240 del C. P. y señala en conformidad con él los elementos constitutivos del delito de falsedad en documento privado.

Repite luego que "la sentencia acusada violó la ley sustancial por aplicación indebida originada en error de hecho o de derecho, al acomodar la conducta de Luis Alfonso Muñoz a un precepto legal al cual no se adecúa, lo que quiere decir que no hay tipicidad".

Bajo la letra A) afirma que "no existe prueba alguna de que Muñoz falseara un comprobante de consignación por un mil pesos para acreditar ficticiamente un mil pesos en la cuenta de Ortiz Solarte, y para demostrar esto expresa lo siguiente:

"El H. Tribunal Superior echa mano de las deposiciones de Daniel de Jesús Giraldo Abadía y de Mario Giraldo Muñoz, empleados del Banco de Colombia, constituído en parte civil en este proceso, representado por el abogado al servicio de dicha institución, lo que significa que tienen obvio interés en sus acusaciones. Pero si se analizan cuidadosamente tales testificaciones, la consecuencia es obvia: lo esencial de tales testimonios radica en que ambos están de acuerdo con que Muñoz fue llevado a una oficina del Banco y se lo obligó a confesar delante de ellos, y ellos repiten en el proceso aquella confesión. Según estos testimonios, Muñoz les acepta que aprovechó el error cometido por Caribe Ltda. al sumar \$ 10.100.00 cuando la suma total a consignar era de \$11.100,00. Toma estos un mil pesos y los consigna ficticiamente en la cuenta de Ortiz Solarte, dinero con el cual paga una cuenta en la Casa Sardi de esta ciudad".

Niega que a dicho reconocimineto pueda dársele el valor que el art. 255 del C. de P. P. le asigna a la confesión judicial y concluye que tales testimonios "no comprueban la confesión de Muñoz, como cree el H. Tribunal de Cali cuando dice: "El señor Luis Alfonso Muñoz, según consta en autos, cuando se vio descubierto, confesó abiertamente a los señores Daniel y Mario Giraldo ser autor del engaño...".

Que esas deposiciones según lo dispuesto en los arts. 224 y 317 ibídem "no prueban el cuerpo del delito de falsedad".

"No queda sino —agrega— la inspección ocular practicada por el instructor en noviembre 24 en el Banco de Colombia, que se limita a afirmar que en la consignación del 10 de junio de 1965. Caribe Limitada comete el error de sumar con un mil pesos de menos, la suma a depositar ese día. Los peritos Aragón y Gonenaga (sic) no mencionan siguiera la consignación ficticia en la cuenta de Ortiz Solarte, y si se afirma en autos que ella existió, es porque el denunciante señor Ramírez, los dos Giraldo y Urbano Cárdenas Leyva, se encargan de afirmar que ella existió. Pero la existencia de tal consignación ficticia no era materia de testificación, exclusivamente, toda vez que lo lógico era revisar en inspección ocular, acompañada de peritos contadores, los libros respectivos, como el de Ctas. Ctes., Caja, etc.

"Por consiguiente, la verdad es que el H. Tribunal de Cali en su sentencia de octubre 22 pasado, hizo mala apreciación de las pruebas del proceso, considerando probados hechos no acaecidos, referentes al cuerpo del delito de falsedad documental en este concreto caso, lo que implica violación de la ley sustancial por error de hecho, con la consecuencia de acomodar la conducta de Luis Alfonso Muñoz a un precepto legal al que no se adecúa".

Bajo la letra b) el impugnante se refiere al segundo de los hechos que el Tribunal estimó constitutivo del delito de falsedad documental, o sea a las consignaciones ficticias hechas por Muñoz en la cuenta de Edgar Galvis.

Asevera que para demostrar este hecho la sentencia recurrida alude "a las testificaciones de los dos Giraldo y a la de Cárdenas Leyva, quienes se han limitado a afirmar que Muñoz les confesó tal suceso. Reitero —dice— mi pensamiento de que tales testificaciones no pueden valorarse como confesión, dado que carece de los requisitos legales estipulados por el art. 255 del C. de P. P. para tener tal valor probatorio, y que como testigos no comprueban la falsedad aludida, dado que no se refieren a un hecho por ellos presenciado en tal sentido, sino a haber escuchado de Muñoz tal relato".

Manifiesta luego que aunque en la sentencia no se hace alusión a ello, en el proceso se habla "de una inspección ocular practicada en diciembre 1o. en el Banco de Colombia, y del análisis de los peritos Goenaga (sic) y Aragón durante esta inspección".

"La inspección ocular —agrega— prueba que Edgar Galvis es persona que tiene en dicho Banco la cuenta 005348; que en mayo 16 de 1965 deposita la suma de \$15.270,74, entre otras. Que es cuenta pequeña, y que existen cheques de abril 14, mayo 8, julio 10., y 23 y septiembre 10., sobre otros Bancos, entre ellos el de Bogotá y Cali, lo dicen los citados peritos. Estos últimos afirman que las consignaciones referentes a los citados cheques son falsas, por cuanto que averiguaron personalmente en dicho Banco, respondiéndoseles que no coinciden las numeraciones de los mismos, con las que tiene dicho Banco en Cali. Acusan de ello a Muñoz sin comprobar la razón para que aten a dicho procesado con tales ficticias consignaciones, fuera de que en el mismo proceso han leído que Muñoz reconoció como suvos los comprobantes de tales consignaciones.

"Además de lo dicho, José Roberto Andrade Franco, empleado del Banco de Bogotá en Cali, afirma que los números de los cheques citados, no corresponden a numeración del Banco en Cali".

No obstante, concluye que la prueba de las falsas consignaciones "se restringe a la afirmación de los peritos" y que de acuerdo con el art. 268 del C. de P. P. no es prueba completa la pericial.

Ensaya otras críticas sobre la misma prueba.

Quiere que se acepte en todas sus partes la "confesión" de Muñoz.

Y tras de tales razonamientos, concluve:

"Por consiguiente es lo cierto que ningún medio probatorio pleno o completo, estableció que Luis Alfonso Muñoz tomara la suma de \$15.750.00 depositados en septiembre 2 de 1965 por Gustavo Ramírez, para cubrir desfalcos anteriores en la cuenta de Edgar Galvis, Ninguna prueba plena o completa, exigida por el art. 203 del Código de Procedimiento Penal para dictar sentencia condenatoria, demuestra que los cheques a que aluden los peritos Goenaga (sic) y Aragón como depositados en abril a septiembre de 1965 en la misma cuenta de Galvis por Muñoz, a pesar de ser falsos, fueron 'consignados por mi poderdante

con conciencia de su falsedad, toda vez que le unía amistad con los hermanos Edgar y Rubén Darío Galvis, y le cobraba cheques a uno, y consignaba al otro. El explica que Edgar Galvis le prestó o facilitó dinero para comprar un vehículo, y el hermano Rubén Darío confirma ésto, diciendo que el cheque entregado a Pablo Emilio López Ríos es suyo y lo hizo en blanco para su hermano Edgar.

"No existe prueba alguna de que Muñoz usufructuara de tales falsas consignaciones. Y algo más: Aun suponiendo la existencia de comprobantes ficticios y de anotaciones ficticias en los libros del Banco, hechas por Muñoz, la creación integral del documento, integra una evidente falsedad ideológica la que, al decir del doctor Luis Enrique Romero Soto no es punible: "La falsedad ideológica en los documentos públicos ataca la presunción de veracidad propia de tal clase de escritos. Pero como no existe la misma presunción respecto a los documentos privados, no puede hablarse de falsedad ideológica en relación con ellos. Salvo el caso que la ley imponga a los particulares la obligación de ser veraces". (La falsedad documental. Editorial Temis, Bogotá pág. 114).

"Por tanto, al encajar la conducta imputada a Muñoz en el tipo penal del art. 240 que estructura la falsedad en documentos privados, la sentencia de octubre 22 de 1968 violó la ley sustancial por error de derecho, al darle a las pruebas del proceso, un valor que la ley no les otorga".

Pide, en consecuencia. que se infirme ese fallo y en su lugar se dicte al absolutorio por el delito de falsedad que debe reemplazarlo.

Se considera:

1. La causal que consagra entre nosotros el recurso de casación en el fondo en materia penal, es la prevista en el ordinal 10. del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964 y asume las modalidades que contemplan sus dos incisos

En el primero: la violación de la ley sustancial, esto es, la que define los delitos y determina las sanciones, "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea". Expresiones que no se pueden confundir porque cada una de ellas tiene su propia significación.

Hay infracción directa o contravención formal de la ley sustancial "cuando la sentencia está en oposición o contradicción con su texto. Se trata de la antinomia o divorcio entre lo que dice la norma y lo que dispone la sentencia".

Hay aplicación indebida "cuando se aplica la norma a una situación no regulada por ella, o, a la inversa, cuando se deja de aplicar al caso para el que fue hecha".

La interpretación errónea "consiste en atribuírle a la norma un sentido o alcance diverso del que verdaderamente tiene, esto es, del que le dio el legislador".

- 2. La impugnación de una sentencia con fundamento en este primer inciso (violación directa de la ley sustancial), implica, por consiguiente, según lo expuesto, la aceptación de los hechos del proceso tal como los encuentra probados el sentenciador.
- 3. En el segundo inciso se contempla otra forma de violación: la indirecta proveniente de la aplicación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba.

Tal infracción a diferencia de la anterior no puede demostrarse -como lo ha dicho la Corte- mediante un razonamiento directo, autónomo, sino a través de un análisis probatorio, v entonces es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho, que aparezca de modo manifiesto en los autos"; que se citen las disposiciones sustantivas violadas: que se puntualice claramente el concepto de la violación y la clase de error en que el Tribunal hava incurrido: si de derecho. demostrando "que el fallo impugnado estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción", si de orden fáctico "que tuvo como existente un hecho que no ha acaecido, o negado el que sí ocurrió, siempre que la prueba erróneamente apreciada demuestre lo uno o lo otro". Error éste que para ser manifiesto ha de implicar "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

4. La demanda presentada en este caso no reúne los requisitos de fondo que exige la causal aducida.

Frente a los dos incisos que la consagran no especificó el actor bajo el ámbito de cuál de ellos precisamente impugna la sentencia. Y aunque por la enunciación del cargo se pudiera pensar que pretende hacerlo al amparo del segundo, hay apartes del libelo en los que, al

aceptar por la vía hipotética los hechos del proceso que el Tribunal estimó probados y constitutivos del delito de falsedad en documentos y al estimar inexistente sobre tal presupuesto, con razonamiento directo, ese delito, parece que hubiera pretendido acogerse también al primer inciso de dicha causal, siendo, como lo ha advertido esta Corporación que es "contrario a la técnica del recurso y a la lógica misma arguír simultáneamente infracción directa e indirecta de una determinada disposición sustantiva, ya que un hecho no se puede aceptar y rechazar al mismo tiempo y por el mismo concepto, porque se quebranta el principio de contradicción".

- 5. Por otra parte, al afirmar el demandante "que la sentencia acusada violó la ley sustancial por aplicación indebida originada en error de hecho o de derecho", se sitúa en un terreno de imprecisión que también repugna a la técnica de la causal alegada que requiere que el error se determine, queriendo con tal equívoco crear —como dice el Procurador una situación de por sí anómala que le permitiera encajar sus cargos en cualquiera de ellos, cuando sabido es que "tanto el error de hecho como el de derecho tiene su génesis propia y producen efectos diferentes dentro del campo adscrito para acusar los fallos a través del recurso de casación; lo que se desprende muy precisamente de la norma que lo gobierna (art. 56 del Decr. 528 de1964), pues se le ordena al recurrente operar por separado con toda claridad frente a cada uno de los errores que presenta".
- 6. Al amparo de tales planteamientos el actor ensaya demostrar, en primer lugar, que "no existe prueba alguna de que Muñoz falseara un comprobante de consignación por un mil pesos para acreditar ficticiamente un mil pesos en la cuenta de Ortiz Solarte".

Sin embargo, cita los testimonios de Daniel de Jesús Giraldo Abadía y de Mario Giraldo ante los cuales confesó Muñoz —como dice el Tribunal— ser autor del engaño.

Es obvio que no se trata de una confesión judicial. No la hizo el procesado al rendir su indagatoria como que negó en ella ser el autor de los hechos. Ni a esa confesión le ha dado el Tribunal tal calificativo. Se trata de una confesión extrajudicial cuyo valor probatorio se mide según lo prescrito en el art. 608 del C. J. Es, por tanto, improcedente enjuiciarla para desvirtuar su mérito a la faz de una norma,

el art. 255 del C. de P. P. que no reza con ella sino con la confesión judicial.

Y en cuanto a las afirmaciones del demandante sobre el valor probatorio de la inspección ocular practicada en el Banco de Colombia el 24 de noviembre de 1965 y del dictamen de los peritos Aragón y Ogonaga se trata de una opinión personal suya muy somera por cierto que no demuestra que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho o de derecho al apreciar esos elementos de juicio.

Es de tan precarias premisas de donde el actor deduce, en cuanto a este punto, que el Tribunal "hizo mala apreciación de las pruebas del proceso, considerando probados hechos no acaecidos, referentes al cuerpo del delito de falsedad documental en este concreto caso".

7. En forma similar se empeña también el impugnante en demostrar que no existe prueba completa sobre la falsedad de las consignaciones ficticias hechas por Muñoz en la cuenta de Edgar Galvis.

Se refiere otra vez a las declaraciones de Daniel y Mario Giraldo y agrega a éstas la de Urbano Cárdenas Leyva para reiterar su apreciación sobre la confesión de Muñoz hecha ante ellos.

Someramente alude a otros elementos de convicción asignándoles a cada uno de ellos el valor probatorio que en su sentir comportan.

Empero, no logra tampoco demostrar el error en que hubiera podido incurrir el Tribunal al evaluarlos. Que desde este punto de vista no sería un error "de las leyes reguladoras de la prueba", o sea, un error de derecho, ya que por este aspecto no se señala ninguna norma conculcada, sino un error de hecho que no se advierte ni aun a través de los razonamientos del actor y que de acuerdo con la técnica de la causal, es un error que ha de aparecer de modo manifiesto en los autos.

8. Además, el actor sólo enjuicia algunos de tales elementos, desarticulando el haz probatorio, para evaluarlos separadamente e irlos desechando. No admite entre ellos ninguna relación de confrontación, verificación, complementación o integración de la prueba.

En cambio, el Tribunal no funda su conclusión acerca de la existencia de los delitos por los cuales condenó a Muñoz en esta o aquella prueba sino en el conjunto de todas ellas: des-

pués -dice- del estudio de todo el proceso.

Y en éste consta, en relación con la prueba del delito de falsedad, lo que el Juzgado 16 Penal Municipal de Cali expresa así en providencia de 18 de abril de 1966:

"2. Con posterioridad al auto (de 24 de enero anterior del Juzgado Penal del Circuito de la misma ciudad)..., este Juzgado amplió la declaración indagatoria de Muñoz dentro de la cual se le presentaron los comprobantes de consignación que obran en el proceso y de los cuáles reconoció como confeccionados por él 16 de dichos comprobantes que fueron detallados en la misma y en los cuales aparecen consignados a la cuenta del señor Edgar Galvis Montoya (cuenta No. 5348) que éste tiene en el Banco donde él trabajaba. Los señores peritos dijeron en su dictamen que muchas de estas consignaciones eran ficticias, es decir que no entraron nunca al Banco de Colombia los dichos dineros. Para hacer esta afirmación los señores peritos presentaron al suscrito Juez la fotocopia de uno de los comprobantes de consignación que Muñoz reconoció como confeccionado por él y para la cuenta de Galvis, por la suma de mil seiscientos pesos, hecha el 1o. de septiembre último v en el cual aparecen consignados dos cheques del Banco de Colombia, el 3A-322467 por \$1.500,00 y el 422466 \$100.00: pero resulta que el cheque 3A-322467 por la suma de \$1.500,00, de fecha 1o. de septiembre último fue girado contra la cuenta 02505, de propiedad de Payán y Compañía y a favor del Banco de Colombia y fue consignado el mismo día 1o. de septiembre a la cuenta de la señora Janet C. de Payán que lleva el número 08104. En cuanto al 422466 por \$100,00, tampoco entró, y no pudo entrar a la cuenta de Galvis, toda vez que este cheque también es de la chequera de Payán y Compañía pero no por \$100,00 sino por \$1.000,00 y a favor de Cali Bienes Limitada el cual entró a la cuenta de esta última compañía que tiene en el Banco de Occidente y que fuera canjeado el mismo día de su giro, el 10, de septiembre último.

- 3. Dicen también los señores peritos que revisaron los archivos del Banco de Colombia en esta ciudad y que los cheques 2A-131659 por \$600,00, 2A-654101 por \$300,00, el 190820 por \$50,00, el 231764 por \$250,00, que el señor Muñoz dice fueron consignados por él a la cuenta de Galvis y contra el Banco de Colombia, no aparecen relacionados.
 - "4. El Juzgado solicitó de los Bancos de Bo-

gotá, Cafetero, del Comercio e Industrial Colombiano, de esta ciudad certificaran sobre los cheques que aparecen a cargo de ellos en los comprobantes de consignación hechos a la cuenta de Edgar Galvis Montoya por el señor Muñoz, respondiendo que A) Banco de Bogotá: los cheques 234565, 345653, 234567, 45675 no corresponden a chequeras usadas por ese Banco y en cuanto al cheque por \$10.000.00 no aparece recibido en canje del Banco de Colombia a la fecha de su consignación ni quince días después. B) Banco Cafetero dice que con el número B-NC-091.177693 figura un cheque girado el 5 de agosto último por la señora Frida de Fisch por la suma de \$4.444.46 (v no \$2.396,00 como obra en el comprobante elaborado por Muñoz). C) Banco Industrial Colombiano: no figura en sus archivos el cheque 234650..."

Con razón el Procurador observa sobre este mismo punto:

"Podría tener razón el abogado recurrente si la prueba de acusación a Muñoz hubiese sido únicamente la que él critica, mas si se estudia con ánimo desprevenido y criterio sereno se llega al convencimiento que el plenario contiene probanza fuerte de incriminación a Muñoz que lo responsabiliza por haber incurrido en falsedad documentaria, prueba que proviene de otras fuentes distintas no desvirtuadas, tales como la declaración de Marco Tulio Ortiz Olarte (fl. 17 1o. cdno.); constancias de consignación o movimientos de cuenta de Marco Tulio Ortiz (fls. 45 v 46, 10. cdno.); dictamen pericial (fls. 90 a 92) y ampliación de él (fls. 247 a 250); ampliación de indagatoria de Luis Alfonso Muñoz (fl. 140): oficio de la Asistente de la Gerencia del Banco de Bogotá (fl. 176); oficio del Secretario del Banco Cafetero (fl. 176); oficio del Subgerente del Banco Industrial Colombiano (fl. 178)".

9. Empero, el demandante afirma que "aun suponiento la existencia de comprobantes ficticios, y de anotaciones ficticias en los libros del Banco, hechas por Muñoz, la creación integral del documento, integra una evidente falsedad ideológica la que, al decir del doctor Luis Enrique Romero Soto no es punible: "La falsedad ideológica en los documentos públicos ataca la presunción de veracidad propia de tal clase de escritos. Pero como no existe la misma presunción respecto a los documentos privados, no puede hablarse de falsedad ideológica en relación con ellos. Salvo el caso que la ley

imponga a los particulares la obligación de ser veraces".

Pero es por lo que el mismo doctor Romero Soto expresa inmediatamente antes, como fundamento de los párrafos transcritos, a saber:

"Es claro que la ley también protege la veracidad de los documentos, especialmente si se trata de instrumentos públicos. Sin embargo, en esta última clase de documentos es preciso distinguir, en ciertas ocasiones, el contenido formal del sustancial. El primero está compuesto por las declaraciones del funcionario público y el segundo por las del particular que comparece ante el funcionario. La presunción de veracidad que acompaña a todo acto emanado de un funcionario público, sólo ampara el contenido formal, pero no el sustancial".

Como los documentos privados carecen de contenido formal en el sentido que a éste le da el doctor Romero Soto, es claro que, dentro de tal planteamiento, no cabría hablar de falsedad ideológica en dichos documentos.

Sin embargo, el doctor Romero Soto continúa diciendo:

"Aun cuando la expresión falsedad intelectual se usa comúnmente como sinónimo de falsedad ideológica, sin embargo se ha intentado establecer una diferencia entre ellas para referir la primera a los casos de falsedad en escritura privada cometida por el mismo autor del documento y que la ley castiga, desde luego en forma excepcional (dado que, como ya se dijo, la falsedad ideológica no es punible cuando se trata de escrituras privadas).

"La falsedad intelectual consistiría, "no en la contradicción entre una idea (fenómeno psíquico) y una realidad (documento), sino la contradicción entre un hecho jurídico (obligación creada o extinguida) y el documento destinado a probar ese hecho" (casación italiana). Este sería el caso del comerciante o del contador que altera sus propios asientos de contabilidad o del autor de un documento privado que le hiciera agregaciones falsas después de cerrado el documento (v. gr. quien relata en una carta que se le ha pagado una deuda, y luégo de firmada la carta, manifiesta en una post data lo contrario). Sin embargo, se ha considerado que en tales casos no hay falsedad ideológica ni intelectual, sino una verdadera falsedad material".

Y más adelante, que para el caso es lo pertinente: "...la formación total de un acto falso, es siempre una falsedad, que tiene el carácter de ideológica si es llevada a cabo por un funcionario público de aquéllos a quienes la ley inviste de la facultad de atestar, como sucede con los notarios, y que es falsedad material cuando se trata de documentos formados por particulares (quienes, desde luego, carecen de esa facultad) o por funcionarios públicos, cuando proceden fuera del ejercicio de sus funciones.

"La formación total de un acto falso —dice Manzini— se presenta cuando el falsario crea completamente (en bastardilla en original), tanto en el tenor como en la individualización, un acto que tiene todos los caracteres de un documento y del cual aparece falsamente como autor quien, en realidad, no lo ha formado: un seudoautor escribe una seudomanifestación o declaración de voluntad o atestación de verdad".

Que es lo que la Corte sostiene en sentencia de 13 de marzo de 1968.

Las imputadas a Muñoz fueron calificadas por el Tribunal "de falsédad material".

Conviene agregar lo que el Procurador expresa así:

"La cuestión planteada por el abogado recurrente sobre que la denominada falsedad ideológica no es punible cuando recae en documentos privados fue clarificada por la H. Corte en sentencia de noviembre 30 de 1967 al afirmar que se "yerra... cuando se afirma que no puede haber falsedad intelectual en documentos privados. Ellos son susceptibles como productos de hombre, de contener aseveraciones reñidas con la verdad. En ellos, como ocurre con una escritura pública, un redactor o escribano puede insertar, maliciosamente, algo disconforme con la voluntad o el entendimiento de una persona. Los ejemplos holgarían. El solo enunciado basta para comprender el error de quien piense que, v. gr., en una promesa de contrato no puede escribirse 100.000 en vez de 10.000 contando con la ignorancia o la ceguedad de aquel a quien se periudica o intenta perjudicar con tal cambio de verdad".

Dentro de los presupuestos del art. 240 del C. P. es, pues, punible la falsedad en escrituras privadas cualquiera sea el calificativo (material o intelectual) con que se la distinga.

En consecuencia, no pudiendo prosperar la demanda por ninguno de sus aspectos, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el Procurador, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se refiere este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada Valbuena, Secretario.

ROBO

El art. 404 del C. P., con deficiente técnica trae conjuntamente, circunstancias específicas para agravar la pena y circunstancias constitutivas de delito. Casos del delito de robo, que contempla la legislación penal colombiana. El escalamiento de muros, o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualquiera otro instrumento similar, son formas específicas del robo, según el ord. 30. del art. 404 del C. P., sin que sea necesaria la concurrencia del elemento violencia para que se estructure el delito.

1. El art. 404 del C. P. dice:

"La pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

- "1. Si se cometiere en despoblado o con armas.
- "2. Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrillas permanentes.
- "3. Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un clugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.
- "4. Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar".

Con deficiente técnica, el legislador colombiano trae en el precepto transcrito circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad del delito de robo, para agravar su penalidad (presidio de seis a catorce años, habida cuenta del aumento al doble de las penas mínimas que indica el art. 10. del Decr. 2184 de 1951), conjuntamente con circunstancias constitutivas del delito (escalamiento de muros, o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar), indicando igual represión para estas hipótesis nuevas que define este art. 404 del C. P.

Como circunstancias agravantes del delito de robo que define el art. 20. de la Ley 4a. de 1943 (apoderamiento de una cosa mueble ajena, mediante violencia física contra las cosas o contra las personas, o amenazando a estas, o abusando de la debilidad de un menor), el precepto que se examina trae las siguientes:

- a) Cumplir el delito en despoblado o cometerlo con armas.
- b) Realizarlo por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente.
- c) Llevarlo a cabo con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas.
- d) Cometerlo mediante violencia contra las personas consistentes en maniatarlas, amordazarlas o ponerlas en imposibilidad de obrar.
- Y como eventos específicos de robo, sancionados con la misma pena de presidio de seis a catorce años, en el art. 404 se definen los que siguen:
- a) Apoderarse de las cosas muebles ajenas mediante escalamiento de muros.
- b) Apoderarse de los bienes muebles ajenos mediante el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

De acuerdo con lo observado, se tienen en la legislación penal colombiana los siguientes casos de robo:

- Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las cosas.
- 2. Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las personas.
- Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia moral contra las personas.

- 4. Apoderamiento de los bienes muebles ajenos abusando de la debilidad de un menor.
- 5. Apoderamiento de bienes muebles ajenos mediante escalamiento de muros.
- Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualquiera otro instrumento similar.
- 2. El escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar no constituye una violencia física contra las cosas. Con el escalamiento de muros no se violentan, sino que se superan las defensas materiales de los bienes. Y con el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar tampoco se ejercita fuerza material contra la cerradura, sino que abusivamente se quebranta el resguardo que ella cumple.

Las formas fraudulentas acabadas de enunciar, están tratadas en las legislaciones foráneas de manera diferente, como que unas se las toma como circunstancias agravadoras de los delitos de hurto y robo y en otras como formas constitutivas de la última de las infracciones citadas. Así, en la Argentina y en Italia son motivos modificadores de la represión. Pero en España y en Colombia son elementos constitutivos del delito de robo, previéndose una sanción más severa en tales casos.

Acogió la Comisión Redactora del C. P. colombiano, en el citado art. 404, la sugerencia del comisionado Dr. Parmenio Cárdenas, de incluír como formas específicas de robo, el apoderamiento de las cosas muebles ajenas cumplido por los medios fraudulentos aludidos.

Bien sabido es que en el hurto el delincuente aprovecha la falta de resguardos materiales o personales de los bienes para sustraerlos. Resulta, por tanto, ajeno a esta figura penal cualquier procedimiento que quebrante las defensas materiales de los bienes muebles, sea para removerlas, superarlas o despejar el obstáculo que representa la cerradura puesta (rompimiento, escalamiento o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar).

Es obvio, entonces, entender que las hipótesis fraudulentas de robo señaladas por la legislación penal colombiana en el art. 402 —art. 20. de la Ley 4a. de 1943— (abuso de la debilidad de un menor) y en el art. 404 (escalamiento de muros y

empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar) son casos de dicho delito en los que no se precisa la violencia física contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, pues tales medios fraudulentos se equiparan a la violencia, precisamente porque igual alcance tiene remover la defensa material de las cosas muebles que superar tales defensas mediante el escalamiento de muros; igual significado tiene romper la cerradura que abrirla mediante llave sustraida o falsa, ganzúa o cualquiera otro instrumento similar; lo mismo da tomar como existente una violencia que no es necesario ejercitar, porque se abusa de la debilidad de un menor en condiciones de no poder ofrecer oposición eficaz alguna.

Es cierto, como lo observa el demandante, que en la legislación penal argentina el escalamiento es tomado como motivo agravador de la sanción tanto para el delito de hurto como para el delito de robo, lo que supone que, por sí solo, el escalamiento no es tomado allí como constitutivo del delito de robo. Pero el legislador colombiano no sique aquel criterio, ni lo hace en relación con el uso de llaves sustraidas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, pues con mejor técnica y porque corresponde más al delito de robo que al de hurto el empleo de medios fraudulentos como los citados, los equipara a la violencia para definir casos específicos de robo, señalando para estas hipótesis la pena de que trata el art. 404 del C.P.

Si como lo anota el demandante, se tuviera solamente el robo agravado de que trata el ord. tercero del artículo inmediatamente citado, cuando con el escalamiento de muros o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar concurre alguna de las formas de violencia, correspondería admitir que, de acuerdo con nuestra legislación penal y como sucede en la Argentina, también se daría la hipótesis de hurto con escalamiento y de hurto con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar. Pero sucede que el C. P. Col. no toma en cuenta estas posibilidades de hurto calificado, precisamente porque tales circunstancias fraudulentas las trae no como circunstancias agravantes sino como elementos constitutivos de robo. Por ello y como es obvio, al ocuparse la legislación penal colombiana del delito de hurto, no considera el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar como motivos modificadores de la responsabilidad, pues si el hurto se comete por cualquiera de dichos medios fraudulentos, ya no se tiene hurto, sino robo, reprimido éste con la sanción que señala el art. 404 del C. P.

Si se aceptara el planteamiento del demandante, ocurriría que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas cumplido por los medios fraudulentos aludidos, sin que concurra violencia alguna, tendría que ser calificado como hurto simple.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal: — Bogotá, junio seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 4 de octubre de 1968, por la cual le fue impuesta al acusado Guillermo Antonio López Quintero la pena principal de tres (3) años y cuatro (4) meses de presidio, como responsable del delito de robo imperfecto.

Conoció en primera instancia el Juzgado 11o. Penal Municipal de la misma ciudad, cuyo fallo fue confirmado por la sentencia objeto del recurso.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO

En la providencia del Tribunal Superior de Cali se hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En la mencionada madrugada... "del 29 de agosto de 1967..." el señor Carlos Arturo Paruma sintió ruidos extraños en la casa de su vecino, Tito Rodríguez, por lo cual se levantó y por una de las ventanas del primer piso de su casa observó detenidamente a un sujeto que estaba en el andén haciéndole señas al que estaba en la parte de arriba o terraza de la casa del señor Tito Rodríguez, como para que le pasara los objetos que pudiera haberse sustraído del interior de la casa. Cuando el señor Paruma salió al andén de su casa a darle aviso a su vecino de lo que estaba ocurriendo, el desconocido huyó del lugar, para luego aparecer en compañía de otro y pasar junto al informante, quien así pudo nuevamente identificar al sujeto que había visto desde un principio, sujetos aquellos que le fueron enseñados al vigilante de la cuadra, que en ese momento hizo su aparición, quien los persiguió dándole captura a uno de ellos, precisamente al que había sido visto por el señor Paruma y que resultó llamarse Guillermo Antonio López Quintero.

"Por su parte, el señor Tito Rodríguez manifestó que su residencia no había sido violentada en puertas o ventanas, pues los amigos de lo ajeno debieron subirse por una ventana hasta la marquesina y de ahí al techo de la casa. la que es de un piso; del techo podían pasar a una grada del segundo piso del apartamento vecino y por esas gradas bajar hasta el patio, donde se extendía la ropa; que por allí podían penetrar al interior de su casa, sin obstáculo alguño, llegar a la sala y apoderarse, como lo hicieron, de unos treinta o treinta y cinco discos 'long-play', que estaban dentro de la radiola, la que abrieron y separaron algo de la pared. y en donde tenía también un compresor de aire que alcanzaron a desconectar".

Clausurada la averiguación, el Juzgado 110. Penal Municipal de Cali, en su providencia de 10 de enero de 1968, llamó a juicio al sindicado Guillermo Antonio López Quintero "por el delito de robo en su forma imperfecta".

Agotada la primera instancia con el fallo aludido, el Tribunal Superior de Cali ratificó la sanción principal de que se hizo referencia, con apoyo en los preceptos contenidos en los arts. 404 (ordinal 30.) y 16 del C. P. en concordancia con el art. 10. del Decr. 2184 de 1951.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El doctor Rafael David Aponte García, en su condición de apoderado de López Quintero, invoca las causales de casación de que tratan los ords. 10. y 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Dice que "trae el motivo de impugnación del ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, por el aspecto que consagra el inciso 20. de ese ordinal, para luego, como consecuencia, aducir el motivo del ord. 40. del mismo precepto, por lo que respecta a la calificación de los hechos formulada en el auto de proceder, pues se incurrió en 'error relativo a la denominación jurídica de la infracción', y la sentencia fue pronunciada en un juicio viciado de nulidad, en conformidad con el ord. 50. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964".

Agrega que, "además, aduzco la causal primera mencionada por otras circunstancias".

Estas últimas, según la demanda, consisten:

- a) Interpretación errónea del numeral 90. del art. 37 del C. P., tomado en cuenta en la sentencia acusada.
- b) Aplicación indebida del ord. 30. del art. 404 del C. P., pues a López Quintero no se le podía llamar a juicio, ni condenar, por el delito de robo imperfecto sino por tentativa de hurto, dado que no se realizó violencia alguna.

El señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, luego de observar que la demanda ofrece algunas fallas técnicas, pide que se deseche el recurso de casación, por cuanto los cargos que propone el demandante no resultan demostrados.

SE CONSIDERA

Encuentra la Corte procedente la solicitud del Ministerio Público, pues ciertamente las tachas que señala el actor no tienen comprobación alguna.

En efecto:

I. Causal primera: Se dice en el inciso segundo del ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, señalado por el demandante para aseverar que no existió el escalamiento de muros, lo que sigue:

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

El demandante no demuestra que el Tribunal Superior de Cali, en el fallo acusado, incurrió en error alguno en la apreciación de los testimonios de los señores Tito Rodríguez y Carlos Arturo Paruma Valderrama, en cuanto de ellos dedujo la ocurrencia del escalamiento de muros en el delito investigado.

El primero de los declarantes citados asevera que en el techo de su residencia encontró algunos discos de larga duración que habían sido tomados de la radiola que tiene en su casa y que la persona que intentó su apoderamiento llegó hasta la sala de su residencia sin violentar las puertas o ventanas de la misma, debiendo, necesariamente, penetrar luego de escalar una pared para llegar al techo de su casa y bajar al primer piso de la misma. Y el señor Paruma Valderrama afirma que vio a uno de los sindicados cuando le hacía señales con la mano a otro que debía estar en el techo de la casa del señor Rodríguez.

No se encuentra, pues, equivocación alguna en la estimación de estas pruebas por el juzgador de segunda instancia, en cuanto al escalamiento de muros tomado en cuenta en la sentencia impugnada.

Este cargo, presentado por el actor a través del citado inciso 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no cuenta con demostración alguna.

En el primer inciso del citado ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 se dice: "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Tampoco resultan probados los cargos que hace el señor apoderado de López Quintero con invocación de este motivo de casación, pues se tiene:

a) No fue indebidamente aplicado el ord. 90. del art. 37 del C. P. como anota el actor, habida cuenta de que en el ilícito averiguado coparticiparon dos personas.

Y señala dicho precepto que constituye circunstancia de mayor peligrosidad "el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada". Es decir, como lo ha señalado la Corte, que este motivo tiene fundamento en la pluralidad de sujetos activos del delito, en la concurrencia de más de una persona para cometer la infracción punible (Sents. de 30 de sept. de 1946, G. J. t. LXI, p. 486, y de 3 de octubre de 1953, G. J. t. LXXIII, p. 468).

Cabe observar que cuando concurren tres o más personas en los delitos de hurto y de robo, ya se tiene una circunstancia específica modificadora de la responsabilidad, así: 10. En los delitos de hurto y de robo, hay lugar a un aumento de la pena hasta en la mitad, "si el hecho se cometiere por tres o más personas reunidas..."; y, 20. Si el delito de robo es cometido por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente, la sanción es de seis a catorce años de presidio (ord. 20. del art. 404 del C. P., en concordancia con el art. 10. del Decr. 2184 de 1951).

Esta tacha no está sustentada por el demandante, pues apenas expresa que no se cuenta con la prueba del acuerdo previo de los acusados en este negocio. Pero dada la condición de coautores en el delito investigado, la objeción propuesta —que además no cuenta con demostración— es obvio entender el común y antelado acuerdo en la infracción punible que intentaron realizar. La Corte, en fallo de 3 de octubre de 1929 (G. J. t. XXXVII, p. 339), anota que "son considerados como actos de coautor el hecho de procurar instrumentos; la remoción de obstáculos; dar ánimo al agente; estar de vigilancia mientras los codelincuentes ejecutan el delito planeado en común, y hasta la simple presencia que se estima como una fuerza que favorece a los demás delincuentes".

Y es manifiesto que en el presente caso, no se tiene esa complicidad instantánea y coincidencial de los delincuentes, dada la misma naturaleza y desarrollo de los hechos cumplidos por los dos acusados que pone de presente la unificación de las voluntades de ambos en el robo que, imperfectamente, cometieron.

- b) Tampoco se dio aplicación indebida al ord. 30. del artículo 404 del C. P. en el fallo recurrido, si se toma en cuenta:
 - 1. Se dice en el artículo mencionado:

"La Pena de robo será de tres a catorce años de presidio, en los siguientes casos:

"1o. Si se cometiere en despoblado o con armas.

"20. Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente.

"30. Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas; con escalamiento de muros; con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

"4o. Cuando la violencia ejercitada sobre las personas consista en maniatarlas o amordazarlas, o las ponga en imposibilidad de obrar".

Con deficiente técnica, el legislador colombiano trae en el precepto transcrito circunstancias específicas modificadoras de la responsabilidad del delito de robo, para agravar su penalidad (presidio de seis a catorce años, habida cuenta del aumento al doble de las penas mínimas que indica el art. 10. del Decr. 2184 de 1951), conjuntamente con circunstancias constitutivas del delito (escalamiento de muros, o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar).

indicando igual represión para estas hipótesis nuevas que define este art. 404 del C. P.

Como circunstancias agravantes del delito de robo que define el art. 20. de la Ley 4a. de 1943 (apoderamiento de una cosa mueble ajena, mediante violencia física contra las cosas o contra las personas, o amenazando a estas, o abusando de la debilidad de un menor), el precepto que se examina trae las siguientes:

- a) Cumplir el delito en despoblado o cometerlo con armas.
- b) Realizarlo por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente.
- c) Llevarlo a cabo con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas.
- d) Cometerlo mediante violencia contra las personas consistente en maniatarlas, amordazarlas o ponerlas en imposibilidad de obrar.

Y como eventos específicos de robo, sancionados con la misma pena de presidio de seis a catorce años, en el artículo 404 se definen los que siguen:

- a) Apoderarse de las cosas muebles ajenas mediante escalamiento de muros.
- b) Apoderarse de los bienes muebles ajenos mediante empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

Esto, porque el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar no constituyen una violencia física contras las cosas. Con el escalamiento de muros no se violentan, sino que se superan las defensas materiales de los bienes. Y con el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar tampoco se ejercita fuerza material contra la cerradura, sino que abusivamente se quebranta el resguardo que ella cumple.

En algunas legislaciones foráneas, el escalamiento de muros y el empleo de ll'aves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar son tomados como circunstancias agravadoras de los delitos de hurto y de robo, precisamente porque ninguno de esos medios puestos en juego para cumplir el apoderamiento de los bienes muebles ajenos constituye fuerza física contra las cosas.

Pero el legislador colombiano, quizá atendiendo la insistencia del doctor Parmenio Cárdenas, miembro de la Comisión Redactora del C. P., tomó en cuenta algunos medios fraudulentos para equiparar a robo el apoderamiento de los bienes muebles ajenos que mediante ellos se lleve a cabo, pero no lo hizo con la debida técnica, como se dejó dicho, pues luego de definir el delito de robo en el art. 402 (hoy art. 20. de la Ley 4a. de 1943) y de aceptar allí el medio fraudulento de abuso de la debilidad de un menor, trajo en el art. 404, al lado de circunstancias específicas de agravación de la pena, definiciones específicas del mismo ilícito en las que no se tiene la violencia física contra las cosas o las personas o las amenazas a estas últimas, sino procedimientos fraudulentos como el escalamiento de muros, o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

De acuerdo con lo observado, se tienen en la legislación penal colombiana los siguientes casos de robo:

- a) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las cosas.
- b) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia física contra las personas.
- c) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante violencia moral contra las personas.
- d) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos abusando de la debilidad de un menor.
- e) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante escalamiento de muros.
- f) Apoderamiento de los bienes muebles ajenos mediante empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar.

Los casos en los que el medio puesto en juego no es la fuerza física contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, sino aquellos procedimientos de fraude, como el abuso de la debilidad de un menor, el escalamiento de muros o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar participan más de la figura del robo que de la del hurto, pues aquel se caracteriza por la fuerza material contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, a fin de remover las defensas materiales de los bienes o vencer la oposición de la víctima. Y en los medios fraudulentos citados, si bien no se remueven las defensas físicas del patrimonio

económico ajeno, si se superan esas defensas materiales que ofrecen el muro que resguarda un recinto cerrado o la cerradura que impide llegar, sin abrirla, hasta las cosas que defiende. Igual sucede en el abuso de la debilidad de un menor, pues la imposibilidad de toda eficaz resistencia de la víctima hace innecesaria la violencia física o moral.

Bien sabido es que en el hurto el delincuente aprovecha la falta de resguardos materiales o personales de los bienes para sustraerlos. Resulta, por tanto, ajeno a esta figura penal cualquier procedimiento que quebrante las defensas materiales de los bienes muebles, sea para removerlas, superarlas o despejar el obstáculo que representa la cerradura puesta (rompimiento, escalamiento o empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar).

Es obvio, entonces, entender que las hipótesis fraudulentas de robo señaladas por la legislación penal colombiana en el art. 402. —art. 20. de la Ley 4a. de 1943— (abuso de la debilidad de un menor) y en el art. 404 (escalamiento de muros y empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar) son casos de dicho delito en los que no se precisa la violencia física contra las cosas o las personas o la violencia moral contra éstas, pues tales medios fraudulentos se equiparan a la violencia, precisamente porque igual alcance tiene remover la defensa material de los cosas muebles que superar tales defensas mediante el escalamiento de muros; igual significado tiene romper la cerradura que abrirla mediante llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquiera otro instrumento similar; lo mismo da tomar como existente una violencia que no es necesario ejercitar, porque se abusa de la debilidad de un menor en condiciones de no poder ofrecer oposición eficaz alguna.

Es cierto, como lo observa el demandante, que en la legislación penal argentina el escalamiento es tomado como motivo agravador de la sanción tanto para el delito de hurto como para el delito de robo, lo que supone que, por sí solo, el escalamiento no es tomado allí como constitutivo del delito de robo. Pero el legislador colombiano no sigue aquel criterio, ni lo hace en relación con el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, pues con mejor técnica—como se dejó dicho— y porque corresponde más al delito de robo que al de hurto el empleo de medios fraudulentos como los citados,

los equipara a la violencia para definir casos específicos de robo, señalando para estas hipótesis la pena de que trata el art. 404 del C.P.

Si como anota el demandante, se tuviera solamente el robo agravado de que trata el ordinal tercero del artículo inmediatamente antes citado, cuando con el escalamiento de muros o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar concurre alguna de las formas de violencia, correspondería admitir que, de acuerdo con nuestra legislación penal y como sucede en la de la 'Argentina, también se daría la hipótesis de hurto con escalamiento y de hurto con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar. Pero sucede que el Código Penal colombiano no toma en cuenta estas posibilidades de hurto calificado. precisamente porque tales circunstancias fraudulentas las trae, no como circunstancias agravantes sino como elementos constitutivos del delito de robo. Por ello v como es obvio, al ocuparse la legislación penal colombiana del delito de hurto, no considera el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar como motivos modificadores de la responsabilidad, pues si el hurto se comete por cualquiera de dichos medios fraudulentos, ya no se tiene hurto sino robo, reprimido éste con la sanción que señala el referido art. 404 del C.P.

2. Si se aceptara el planteamiento que hace el actor, ocurriría que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas cumplido por los aludidos medios fraudulentos, sin que concurra violencia alguna, tendría que ser calificado como hurto simple, pues, se repite, ni el escalamiento de muros, ni el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar constituyen en la legislación penal colombiana motivos agravadores del delito de hurto. Por tanto, dado lo que entiende el demandante, la pena imponible en el supuesto dado sería la de uno a seis años de prisión (art. 10. de la Ley 4a. de 1943, en concordancia con el art. 1o. del Decr. 2184 de 1951). Pero si con aquellos medios fraudulentos concurre alguna forma de violencia, ya se tendría, según el pensamiento del actor, el delito de robo en el caso que reprime el art. 404 del C. P. y aplicable la pena de seis a catorce años de presidio.

Así pues, y como desarrollo de la tesis propuesta por el demandante, si alguien, al usar una ganzúa para abrir una cerradura a fin de apoderarse de los bienes muebles ajenos, por inexperiencia en el manejo de este instrumento rompe las guardas de aquélla, ya se tendría robo en la hipótesis dicha y pertinente la sanción mencionada de seis a catorce años de presidio. Pero si no se produjo daño alguno en la cerradura y por cuanto ya no se encuentra violencia contra las cosas, entonces la pena que procede es la de uno a seis años de prisión porque apenas se tendría hurto simple, dado que ni este medio fraudulento, ni el escalamiento de muros, los trae el legislador colombiano como circunstancias agravantes del hurto.

¿Cómo explicar, con la tesis del demandante, esta gran diferencia de la penalidad en uno y otro caso, no sólo en cuanto al lapso de la sanción privativa de la libertad sino también respecto de la calidad de la misma, si resulta apoyada, solamente, en el daño causado a la cerradura, en el ejemplo dado?

Lo cierto, entonces, es que en la legislación penal colombiana no se tiene, como en otros códigos foráneos, hurto con escalamiento, ni robo con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, porque estos medios fraudulentos los ha tomado el C. P. Col. como elementos constitutivos de casos específicos de robo, reprimido con la aludida pena de seis a catorce años de presidio.

Es ésta la explicación que tiene la pregunta hecha atrás. Si alguien toma las cosas muebles ajenas luego de escalar muros o mediante el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, se tiene robo y solamente esta infracción punible, por tener estos medios fraudulentos el alcance de elementos tipificadores de este delito.

3) La Corte, en sentencia de 13 de septiembre de 1944 (G. J. t. LVII, pág. 666), dice:

"Tanto la doctrina como la legislación nuestra califican de robo la utilización de llaves falsas o de la verdadera cuando ha sido sustraída. Comete robo, o hurto agravado o calificado, según el sistema que se adopte en cada código, la persona que usa la llave legítima sin el consentimiento del dueño, bien porque a éste se le haya sustraído o porque se haya obtenido de cualquier modo ilícito o porque se haya retenido...".

Y lo mismo corresponde indicar respecto del escalamiento de muros, pues en nuestra legis-

lación penal esta circunstancia y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, están traídos como elementos constitutivos de robo, especialmente sancionado, en el art. 404 (ord. 30.), y no como circunstancia agravadora de la penalidad. Si esto último hubiera sido el criterio del legislador colombiano, es obvio que, así como lo hacen otros códigos, esos medios fraudulentos habrían sido tomados para modificar la sanción tanto en el hurto como en el robo.

4) Corresponde señalar el criterio que se sigue en algunas de las legislaciones extranjeras respecto de los citados medios fraudulentos:

a) Código Penal de Argentina:

Al igual que el código penal colombiano, el de Argentina hace la separación de los delitos de hurto y de robo. Pero en la legislación de aquel país, tanto el escalamiento (genéricamente tomado) como el "uso de llave falsa, ganzúa u otro instrumento semejante" son traídos como circunstancias agravantes de una y otra infracción (ords. 30. y 40. del artículo 163 y ord. 40. del artículo 166).

No toma, pues, ni el escalamiento, ni el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar como elementos constitutivos del delito de robo, sino como circunstancias agravantes de ambas infracciones.

b) Código Penal de Italia:

No distingue entre hurto y robo, sino que considera hurtos calificados, entre otros, el que se comete con violencia en las cosas o por medios fraudulentos (ord. 20. del art. 625).

El tratadista italiano Giuseppe Maggiore dice en su "Derecho penal" (Editorial "Temis", 1956, t. V., págs. 51 a 52) que son medios fraudulentos "la apertura indebida de cerraduras y de otros aparatos de cierre" y el "escalo, cuyo alcance señala el art. 404 (numeral 60.) del Código de 1889 (observa Maggiore), así: "Si el culpable entra a un edificio o recinto, o sale de él, por un camino distinto del destinado al tránsito ordinario de las personas, venciendo obstáculos o reparos que no pueden evitarse sino por medios artificiales o mediante agilidad personal".

En fin, que en esta legislación, la violencia física y los aludidos medios fraudulentos son, en un plano de igualdad, circunstancias modifica-

doras de la responsablidad del hurto. Y si no se pierde de vista que en este Código de Italia no se hace la separación de los delitos de hurto y de robo, cabe pensar que las formas calificadas tienen el alcance del robo, conforme a lo que por éste entiende la legislación penal colombiana.

c) Código Penal de España:

Al igual que el de Colombia, toma los medios fraudulentos de que se ha hecho referencia como elementos constitutivos del delito de robo.

Dice el artículo 504:

"Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

"10. Escalamiento.

"20. Rompimiento de pared, techo, suelo o fractura de puerta o ventana.

"30. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo.

"40. Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes".

· En consecuencia de lo examinado, se tiene que cuando quiera que el apoderamiento de las cosas muebles ajenas se cumpla mediante escalamiento de muros o de empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar, se tiene un caso específico de robo, sancionado con la pena de presidio de seis a catorce años, de acuerdo con lo previsto en el ord. 30. del art. 404 del C. P.

En estas condiciones, no es posible, jurídicamente, que se dé la hipótesis de hurto donde el agente haya puesto en juego aquellos medios fraudulentos, pues en la técnica de la legislación penal colombiana, se repite, el escalamiento de muros y el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar no son tomados como circunstancias modificadoras de la penalidad, sino como elementos constitutivos de robo, especialmente reprimido.

No resulta, por tanto, el cargo propuesto por el demandante.

II.- Causal cuarta: Se anota en el ord. 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 que el recurso de casación en materia penal procede "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Dice el demandante que el Tribunal Superior de Cali profirió el fallo acusado en un juicio viciado de nulidad porque incurrió "en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción...", atendido que, expresa el actor, se trata de un delito imperfecto de hurto y no de robo (causal 5a. art. 37 del Decr. 1358 de 1964).

Afirma el demandante que López Quintero no podía ser llamado a juicio por tentativa de robo, porque, de una parte, la circunstancia del escalamiento no fue probada, y de otra, porque, aun admitiéndose que resulta demostrada, el simple escalamiento de muros, sin que concurran violencias, no configura el delito de robo.

En cuanto a lo primero, encuentra la Corte que el juzgador de segunda instancia no incurrio en verro manifiesto en la apreciación de las declaraciones de los señores Tito Rodríguez y Paruma Valderrama, al desprender de sus afirmaciones el motivo constituyente del delito de robo: el escalamiento de muros, en los hechos averiguados. El que no se hubiera practicado la diligencia de inspección ocular no conlleva ese error manifiesto en la estimación de los elementos de juicio, pues a más de lo aseverado por los citados señores, se tiene lo que declara el señor Ramón Echavarría Mejía, según el cual supo "solamente de los discos, que estaban en la marquesina de la fachada..." lo cual indica que uno de los acusados entró a la casa de Rodríguez para poder llevar los aludidos discos hasta la marquesina de esa residencia, y que debió escalar los muros exteriores, pues el denunciante asevera que las puertas y ventanas no sufrieron violencia alguna v estaban cerradas.

Y en lo que respecta al segundo planteamiento del actor, ya señaló la Corte como no fue indebidamente aplicado el ord. 3o. del art. 404 del Código Penal, en este proceso.

No prospera, pues, la causal cuarta de casación invocada.

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 señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se hizo mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

Evencio Posada, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

El suscrito Magistrado discrepa, con todo respeto, de la tesis sostenida por sus ilustrados compañeros de Sala según la cual el escalamiento de muros o el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar "están traídos, en la legislación colombiana, como elementos constitutivos de robo, especialmente sancionados en el art. 404 (ord. 30.), y no como circunstancia agravadora de la penalidad".

Sobre el particular, el suscrito había expuesto ya su criterio en su obra "Delitos contra la vida y la integridad personal y Delitos contra la propiedad", publicada en la Editorial Universidad de Antioquia en abril de 1968, en los siguientes términos:

"Los comentadores nacionales y nuestra jurisprudencia han considerado que basta el escalamiento (o el uso de llaves sustraídas o falsas o de ganzúas) para que el ilegítimo apoderamiento de una cosa integre el robo de la especie agravada del art. 404, aunque no ejerza el agente ninguna fuerza o violencia contra las personas o las cosas. Así, Rendón dice que la ley hizo una ficción en dicho artículo, asimilando a la fuerza o violencia material ciertos recursos habilidosos dirigidos a atentar contra la propiedad. "En nuestro C. P. —expresa el autor- el escalamiento es elemento constitutivo de robo v en tal carácter se le equipara a la violencia, en la misma forma que el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., que tampoco constituve exactamente violencia (Gustavo Rendón, Derecho penal colombiano, pág. 325).

"La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de enero de 1964, reiterando anteriores fallos, expresa que "El escalamiento, realmente, no implica siempre violencia. Pero el legislador, por una simple ficción, ha asimilado medios como éste, a la fuerza o violencia que puede hacerse contra las cosas. Pero no siempre se emplea la fuerza para escalar. Ello no quie-

re decir que el escalamiento no sea uno de los elementos tipificadores del delito de robo calificado. Y ello por razón potísima de que el legislador estimó tal circunstancia, para aquel fin, en el numeral 30. del art. 404 del C. P. Se diría que la ley finge o presume que el escálamiento es una violencia que se hace contra las cosas (Gaceta Judicial No. 2271, págs. 229 y ss).

"Nos asalta la duda sobre la exactitud de esa tesis, por las razones que pasamos a exponer.

"En el anteprovecto que presentó al seno de la Comisión Redactora del actual estatuto punitivo el comisionado doctor Parmenio Cárdenas, se equiparaban en realidad a la violencia, como elemento tipificante del robo, aquellos medios fraudulentos de que se valiera el agente para el apoderamiento de los bienes, entre los cuales podrían incluírse sin duda alguna el escalamiento y el uso de llaves falsas (véase acta No. 138, de 28 de febrero de 1935). Pero ocurre que ese anteproyecto sufrió una substancial modificación, y en el texto aprobado se prescindió de los medios fraudulentos y sólo se aceptó, digámoslo así, la violencia a las personas o a las cosas como caracterizante del robo. Si el anteproyecto hubiera sido acogido sería una verdad incontrovertible que el escalamiento, el empleo de llaves falsas, ganzúas, etc., serían suficientes para la conformación del robo, independientemente de la violencia, como medios fraudulentos que son, en cuanto, claro está, se llegara por tales procedimientos a la sustracción ilícita de los bienes. Mas exigiéndose como se exige en la ley -art. 402 del C. P. y su sustituto el 20. de la ley 4a. de 1943— el empleo de violencia a las personas o a las cosas, es decir, habiéndose desechado los medios fraudulentos a que aludía el anteproyecto, no se ve muy claro que el escalamiento, el uso de llaves falsas o de otros medios parecidos puedan configurar por sí solos el robo, como que si en verdad son ellos recursos de audacia, no son extricto sensu, violencia.

"De otra parte, el art. 404 prevé causales de agravación específicas para el Robo, y por robo debe entenderse el apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas, realizado con violencia, pues esa es la noción que de la infracción se da en los artículos que preceden al 404. Repárese que este artículo dice, en lo pertinente: "La pena del robo será... si se cometiere (el robo, lógicamente)... con escalamiento...". Y ya el art. 402 había consagrado los elementos del robo, entre ellos la violencia contra las personas o las cosas, factor este de la violencia que no fue expresamente

exceptuado en el art. 404, de cuyo tenor tampoco se desprende, al menos palmariamente, la intención del legislador de asimilar el escalamiento a la violencia. Por lo demás, si ese fue el querer, el texto de la ley no se conformó a él y no es permitido al exégeta ampliar el alcance y sentido de las palabras de la ley para hacerle decir lo que no dice, mucho menos cuando de ello resulte perjuicio para el reo.

"En otros códigos, como el argentino (arts. 163 y 167), el escalamiento es circunstancia agravante tanto para el hurto como para el robo. Lo mismo sucede con el empleo de llaves falsas, ganzúas o instrumentos semejantes. La razón estriba en que si en verdad esos medios revelan una mayor capacidad para el delito no son formas de violencia, pues que de serlo su presencia definiría siempre la infracción como robo". (págs. 143 a 146).

A lo anterior podría agregarse que el art. 404 del Código Penal no contempla una figura autónoma de robo, un tipo o modelo delictivo especial, sino circunstancias específicas de agravación de dicha infracción, consagradas a instancias del doctor Lozano (ver Acta No. 198, de la Comisión de Reforma Penal y Penitenciaría, de 13 de junio de 1935).

Todo tipo de delito debe encontrar en la ley, más concretamente en la disposición que lo describa, la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos, lo que no se observa en el artículo 404 en cita. En éste no se ve una verdadera unidad delictivá, un conjunto de elementos que determinen una conducta ilícita, o sea un tipo independiente de infracción, ni una subespecie de delito, sino una serie de causales que califican con agravación el delito de robo.

Si el referido artículo sancionara una figura autónoma de robo, un ente desligado del que contempla el artículo 402, habría que llegar a la conclusión de que toda sustracción ilícita de cosas muebles ajenas cometida en despoblado o por más de tres personas organizadas en cuadrilla permanente (art. 404, ords. 10. v 20.) constituiría un robo agravado, tesis ésta que resulta francamente insostenible, entre otras razones porque el art. 398 prevé como motivos de agravación del hurto, entre otros, la comisión del hecho "por tres o más personas reunidas", sin distinguir que ellas estén o no reunidas permanentemente (ord. 50.), o "sobre cabezas de ganado mayor, o de ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas", y es obvio que el ganado se encuentra en lugares despoblados (ord. 7o.).

La dicotomía que se hace en la providencia de la que tengo el honor de disentir, en el sentido de que en el art. 404 se contempla circunstancias de agravación de la pena para el robo, en algunos de sus ordinales, y "definiciones específicas del mismo ilícito, en las que no es indispensable el ejercicio de violencia contra las personas o las cosas, en otros de ellos, como acontece en el evento del ord. 3o., no se conforma, en opinión del suscrito, con la historia de esa disposición, ni con su tenor, ni con la técnica o dogmática que en el orden jurídico debe presidir tanto la formación de las leyes como la interpretación de las mismas, particularmente en el campo penal, en el que los delitos deben aparecer con definiciones claras y precisas, como lo proclamaron oportunamente Beccaria y Feuerbach.

Entre los distintos requisitos que integran la estructura del tipo, como figura delictiva, se encuentra el sujeto que ha de ejecutar el hecho ilícito. Por ello observa Mario O. Folchi que "Los tipos mencionan expresamente un sujeto activo o autor que deberá realizar la conducta sancionada por la ley, y lo hacen por medio de una abstracción: "el que haga esto", "el que omita aquello". (La importancia de la tipicidad en el derecho penal, págs. 59 y ss.). Esa referencia expresa al sujeto no se advierte en el art. 404, justamente porque éste no consagra un tipo penal. Y de paso conviene anotar, en apoyo del aserto, que tampoco incluye esa disposición otro elemento constante de toda unidad delictiva o de tipo penal cual es el núcleo, que se determina ordinariamente por el empleo de un verbo: matar, secuestrar, sustraer, etc.

En el art. 404 no existe descripción auténtica de una figura criminosa o tipo de injusto. Para su comprensión y aplicación hay que relacionarlo necesariamente con el art. 402, en el que se encuentra precisada la noción del robo, concepto que trae la disposición primeramente citada como ente criminoso cuya penalidad se eleva considerablemente cuando concurra alguna de las circunstancias allí detalladas. Y la valoración jurídico-penal del robo no puede ser otra que la sustracción o apoderamiento de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, realizado con violencia contra las personas o las cosas o en otra de las condiciones fijadas en el art. 402.

Sostienen los distinguidos colegas de la Sala que "igual alcance tiene remover la defensa material de las cosas muebles que superar tales defensas mediante el escalamiento de muros; igual significado tiene romper la cerradura
que abrirla mediante llave sustraída o falsa,
ganzúa o cualquiera otro instrumento similar". A esto podría arguirse que si así fuera, cada
vez que se fracturara un muro o se rompiera
una cerradura se tendría un robo, punible con
la pena establecida en el art. 404, lo que no resulta exacto, como que esta disposición solo
tiene aplicación, en la hipótesis planteada,
cuando el ilícito apoderamiento se cumpla con
fractura de paredes, puertas, ventanas, etc., "de
un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas".

Igualmente se sostiene por aquéllos que si el escalamiento de muros y el uso de llaves falsas, ganzúas o instrumentos similares no fueran elementos constitutivos del robo, y se exigiera, además, el empleo de violencia en alguna de sus formas para los efectos de la configuración del delito y la operancia de las circunstancias agravantes, "también se daría la hipótesis del hurto con empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar". Al respecto procede observar que conceptualmente, en doctrina, se presenta el hurto calificado con agravación cuando la sustracción se lleva a cabo con llaves falsas o ganzuas, v que en algunas legislaciones, como la argentina, dicha circunstancia agrava tanto el hurto como el robo. El legislador colombiano incurrió en una incongruencia, y faltó a la lógica al contemplar únicamente como agravantes del robo la ejecución del hecho en lugar despoblado o con escalo o uso de llaves falsas. cuando las mismas circunstancias pueden concurrir también en el hurto para el cual han debido preverse idénticas causales calificantes. Se trata simplemente de una imperfección legislativa, de las muchas que se descubren en el C.P.

Dejo así someramente expuestas las razones fundamentales que me han llevado a disentir de la tesis tradicionalmente sostenida por la Sala Penal de la Corte con respecto a la interpretación del art. 404 del C. P. en lo pertinente al escalamiento de muros o empleo de llaves falsas, ganzúas o instrumentos similares, y presento el salvamento de voto con toda sinceridad y con el respeto que me merece la opinión de los muy disertos colegas de la Sala.

Bogotá, fecha ut supra.

Luis Eduardo Mesa Velásquez.

SECUESTRO

El mínimo de la pena de este delito, fue doblado, por el art. 10. del Decr. 2184 de 1951. En el concurso real de delitos, la pena base es la del más grave y el aumento a que se refiere el art. 33 del C. P., no debe ser mayor que el máximo de la pena del otro hecho

1. De acuerdo con el art. 293 del C. P., la sanción aplicable a quien cometa el delito de secuestro es la de presidio de uno a siete años. Por mandato del art. 10. del Decr. 2184 de 1951, el mínimo se doblará, quedando, en consecuencia, en dos años.

Por consiguiente, para sancionar al procesado el Tribunal debió partir de dos años de presidio y sobre esta pena hacer los aumentos necesarios, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto por los arts. 36, 37 y 38 del C. P.

Dice, en efecto, la primera de las normas mencionadas que "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". De dande se desprende que, tomada como base de penalidad la sanción mínima establecida por la respectiva disposición de la ley penal, el juez dosificará la sanción, siguiendo las indicaciones precisamente indicadas allí.

El aumento de la sanción impuesta al procesado por el delito de secuestro, se hizo, por tanto, sobre el mínimo de pena imponible, como se desprende de las consideraciones del Tribunal. Sólo que, al mencionar ese mínimo, se incurrió en error que bien padría tenerse como aritmético simplemente, como la indica el Procurador Delegado de la Policia Nacional, hay notoria incongruencia entre las premisas sentadas y la conclusión adoptada, ya que, aumentado el mínimo de pena correspondiente al secuestro en das (2) años y seis (6) meses, la suma sólo llegaría a cuatro (4) años y seis (6) meses de presidio y no a cinco (5) años y seis (6) meses de dicha pena.

Por este aspecto se advierte, pues, una indebida aplicación de la ley sustantiva, a pesar

de que el fallador tuvo la intención de cumplir exactamente con lo dispuesto en el art. 293 del C. P., en armonía con los arts. 36, 37 y 38 de la misma obra.

2. Al procesado se le juzgó por los delitos de secuestro y extorsión, cometidos en concurso real. Correspondía a él la sanción establecida para el delito más grave, aumentada en otro tanto, según reza el art. 33 del C. P.

El máximo aumento sólo procede en casos de máxima gravedad. La misma Corte tieno dicho que "la frase "hasta en otro tanto" del art. 33 del C. P. (lo mismo que la expresión hasta en una tercera parte" del art. 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla a la tercera parte, débese tener cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos". (G. J. Nos. 1993, Pág. 680).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: junio 6/69.- Acta No. 23).

VISTOS

En sentencia de 14 de octubre de 1968, el Tribunal Superior Militar condenó a Raúl Sánchez Ramírez a la pena de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio y sanciones accesorias del caso, por los delitos de secuestro y extorsión, reformando así el fallo proferido por el Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó, y en el cual se le había impuesto la pena de diez (10) años de presidio y sanciones accesorías correspondientes.

Contra la providencia de segunda instancia interpusieron casación el procesado y su defensor. Es el momento de decidir el recurso, pues se ha cumplido con los trámites procesales.

ANTECEDENTES

Los hechos que dieron origen a este proceso aparecen narrados con notoria exactitud por el Procurador Delegado de la Policía Nacional, en estos términos:

"Según los autos, el día 30 de enero de 1965, entre siete y siete y cuarto de la noche, cuando el joven Gabriel Forero Brigard que conducía el automóvil marca Anglia se detuvo en la confluencia de la Calle 76 con la Carrera 11 de esta ciudad, fue abordado por dos individuos vestidos con uniformes de Agentes de la Policía Nacional, quienes le manifestaron que por haber atropellado a una niña, debía acompañarlos al Permanente. Cuando esto sucedía se encontraban presentes dos personas, varones, vestidos de civil que según manifestación de los Agentes, eran parientes de la menor. El joven Forero aceptó comparecer al Permanente, para lo cual siguiendo instrucciones de los uniformados enrumbó, a poca velocidad, por la calle 76 hacia la carrera 7a. Pocos metros antes de dicha carrera se detuvo a solicitud de sus acompañantes, penetrando al vehículo los supuestos parientes que habían recorrido el travecto a pie.

"Revólver en mano uno de los uniformados lo obligó a pasar al asiento trasero en donde uno de los civiles, después de pasarle una cuerda por el cuello, lo hizo permanecer inmóvil sobre el piso, tapándolo al mismo tiempo con una ruana. El vehículo conducido por el otro civil, se dirigió hacia el sur de la ciudad y luego de un largo trayecto se detuvo apeándose uno de los uniformados. Reinició la marcha deteniéndose algunas horas después en un camino empedrado. Una vez fuera del vehículo, el joven Forero fue interrogado sobre el nombre de su progenitor y sobre sus posibilidades económicas. Después de anotar el teléfono de la casa del secuestrado, dos de sus acompañantes se devolvieron en el automóvil y el tercero, en compañía de la víctima, se internaron en un cafetal en donde pasaron la noche. Al día siguiente, a eso de las doce, llegó el "Jefe" y permaneció en el lugar durante el día. Los tres pasaron la noche en un rancho de bahareque. A la mañana siguiente muy temprano fue trasladado el secuestrado a otro lugar dentro del mismo cafetal después de haberse marchado el "Jefe". Allí permaneció con su guardián durante todo el día y allí mismo pasó la noche. Al amanecer, más o menos a las ocho, regresó el "Jefe" y exigió a la víctima escribir una carta que le dictó. Desapareció con la misiva v acto seguido el secuestrado fue obligado a caminar por espacio de cuatro o cinco horas hasta llegar a una "carreterita" donde subieron a un autobús que los llevó a las cercanías de Fusagasugá después de pasar por el municipio de Arbeláez. Tras viajar en otro autobús se apearon en el lugar denominado "El Boquerón", de donde bajaron al río y esperaron la llegada de la noche. Siguieron camino hasta una carretera y pasaron la noche tras arbustos. Al día siguiente, miércoles 3 de febrero, regresó una vez más el "Jefe" aproximadamente a las siete de la mañana y le entregó su participación al guardián, dejando en libertad al secuestrado no sin antes indicarle la manera de salir a la carretera para trasladarse a Bogotá. Al despedirse el "campesinito" que durante todo el tiempo había hecho las veces de guardián le dio la suma de trescientos pesos como precio del aparato de radio transistorizado que le quitó al joven Forero, dándole al mismo tiempo el "Jefe" la cantidad de diez pesos para cubrir el valor del transporte hasta Bogotá.

"Mientras sucedía lo que acaba de narrarse. el lunes 31 de enero el doctor Forero Vélez, padre de la víctima, fue llamado por teléfono para exigírsele el pago del rescate. Convenido el precio, fueron avisadas las autoridades de la Policía Nacional (F-2) y las autoridades militares, quienes aconsejaron una rápida intervención tendiente a localizar al joven Forero v capturar a sus raptores. Para ello fue interferido el teléfono. Conocidas las amenazas contra la integridad física de la víctima si se daba aviso a las autoridades y éstas actuaban, de común acuerdo con el doctor Forero los miembros del F-2 optaron por actuar con suma prudencia. La interferencia del teléfono no dio resultado positivo va que las llamadas fueron hechas desde teléfonos públicos. Sin embargo, cuando finalmente fue fijado el lugar donde debería ser entregada la suma exigida, los miembros de la Policía Nacional decidieron desplegar una especial vigilancia sobre el sector, sin resultados positivos, toda vez que el martes 2 de febrero en las primeras horas de la noche un hermano del doctor Forero Vélez pagó el rescate en un lugar de la carretera que de Bogotá conduce a Fusagasugá, muy cercano al descenso que inicia la misma una vez pasado el páramo de San Miguel".

Adelantada la investigación y celebrado el Consejo de Guerra Verbal para juzgar a Saúl Mora García y a Raúl Sánchez Ramírez, se obtuvo la sentencia de primer grado dictada por el Presidente del mismo, el ocho (8) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en la cual se aceptó el veredicto afirmativo de responsabilidad y se condenó a los procesados a diez (10) años de presidio. Consultada con el Tribunal Superior Militar, éste pronunció el fallo, que es motivo del presente recurso de casación, en el cual se impuso a Sánchez Ramírez ocho (8) años y seis (6) meses de presidio, como se indicó atrás.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA CORTE

En la demanda de casación, presentada por el apoderado de Raúl Sánchez Ramírez, se acusa la sentencia de segunda instancia, con base en las causales 1a. y 4a. referidas en el art. 56 del Decr. 528 de 1964, por considerar que ella viola los arts. 293, 406, 36 y 33 del C. P. en armonía con el art. 10. del Decr. 2184 de 1951, y por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad.

Causal primera. Con base en la primera de las causales mencionadas se hacen tres cargos a la sentencia así:

a) La sentencia acusada es violatoria de lo dispuesto en los arts. 293 del C. P. y 10. del Decr. 2184 de 1951, porque "como puede apreciarse, la sentencia presupone que la pena inicial (básica) del delito de secuestro es de tres años".

"Y, sin embargo, el C. P. en su art. 293 establece que la pena por la infracción aludida, aun tratándose en su forma agresiva, es la de 'presidio de uno a siete años'. Y, concordando este artículo con el primero del Decr. 2184 de 1951, que elevó al doble las penas mínimas señaladas en el Libro 20. del C. P. tenemos que la pena básica es meramente de dos años; y no la de tres, como erróneamente afirmó la sentencia acusada".

Respuesta:

El Tribunal Superior Militar, al fijar la pena imponible al procesado Sánchez Ramírez, dijo en la sentencia acusada: "Al efecto se tiene: el delito de secuestro, efectivamente el más grave tiene señalada pena de dos a siete años de presidio (art. 293 C.P. y Decr. 2184 de 1951, art. 10.), y el de extorsión de diez y seis meses a cinco años de prisión (art. 406 y Decr. citado)".

No obstante al fijar la pena en que había incurrido el reo, por el delito de secuestro, se partió de tres (3) años de presidio y sobre ésta —se dice en el fallo— "han de hacerse los aumentos que las circunstancias de mayor peligrosidad que se relacionan a continuación, demandan".

Y se agrega:

"No le aparecen en cambio en el proceso, antecedentes de condenas judiciales o de Policía. Se hará en consecuencia un aumento de dos años y seis meses para un total parcial de cinco años y seis meses el cual se adicionará con tres años por el concurso de la extorsión, resultando un total de ocho años y seis meses de presidio".

Ahora bien, de acuerdo con el art. 293 del C. P., la sanción aplicable a quien cometa el delito de secuestro es la de presidio de uno a siete años. Por mandato del art. 10. del Decr. 2184 de 1951, el mínimo se doblará, quedando, en consecuencia, en dos años.

Por consiguiente, para sancionar al procesado, el Tribunal debió partir de dos años de presidio y sobre esta pena hacer los aumentos necesarios, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto por los arts. 36, 37 y 38 del C.P.

Dice, en efecto, la primera de las normas mencionadas que "dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". De donde se desprende que, tomada como base de penalidad la sanción mínima establecida por la respectiva disposición de la ley penal, el juez dosificará la sanción, siguiendo las indicaciones precisamente indicadas allí.

El aumento de la sanción impuesta al procesado por el delito de secuestro, se hizo, por tanto, sobre el mínimo de pena imponible, como se desprende de las consideraciones del Tribunal. Sólo que, al mencionar ese mínimo, se incurrió en error que bien podría tenerse como aritmético simplemente, como lo indica el Procurador Delegado de la Policía Nacional, en las siguientes frases:

"Del texto de los preceptos del C. P. y del decreto, que han quedado transcritos, surge claramente que la pena mínima para el delito de secuestro es de dos años. De parte de la sentencia primeramente transcrita, surge claramente una identidad entre el criterio del fallador y lo dispuesto en las normas sustantivas que quedan mencionadas. Ahora bien, del texto transcrito del otro párrafo del fallo, se observa que el ad quem incurrió en error matemático al sumar la pena mínima de dos años y el aumento de dos años y seis meses por concepto de la gravedad y modalidad del hecho, los motivos determinantes y las circunstancias de mayor peligrosidad de que trata el art. 36 del C.P. Este hecho se pone en evidencia de la simple lectura de ambos apartes de la sentencia de segundo grado. Esto nos permite afirmar que la intención del Tribunal fue la de imponer la sanción de conformidad con la ley".

Y es que, además, hay notoria incongruencia entre las premisas sentadas y la conclusión adoptada, ya que, aumentado el mínimo de pena correspondiente al secuestro en dos (2) años y seis (6) meses, la suma sólo llegaría a cuatro (4) años y seis (6) meses de presidio y no a cinco (5) años y seis (6) meses de dicha pena.

Por este aspecto se advierte, pues, una indebida aplicación de la ley sustantiva, a pesar de que el fallador tuvo la intención de cumplir exactamente con lo dispuesto en el art. 293 del C. P., en armonía con los arts. 36, 37 y 38 de la misma obra.

b) Se violó el art. 36 del C. P., al dosificar la pena, ya que el aumento que de ella se hizo en la sentencia no corresponde exactamente al número de circunstancias de mayor peligrosidad deducidas contra el procesado. Como éstas fueron únicamente tres de las diez y seis que señaló el Legislador, síguese de allí que el aumento de pena no podía ser mayor de un (1) año, o sea, que éste "no puede tomarse en contra del sindicado sino en la proporción en que militan contra él las circunstancias peyorativas".

Respuesta:

El Tribunal Superior Militar, al individualizar la pena que correspondía a Sánchez Ramírez, dio aplicación al art. 36 del C.P., esto es, hizo uso del arbitrio que le ha otorgado el Le-

gislador, al permitirle moverse, "dentro de los límites señalados" en la respectiva disposición sancionadora y siguiendo los factores de calificación allí indicados.

Desde luego, "claro está que ese arbitrio no es ni puede ser absoluto, pues de lo contrario estaría demás el art. 36 del C. P.". Y es que además de las circunstancias de mayor peligrosidad deberán tenerse en cuenta también, al imponer la sanción aquellas relativas a la gravedad y modalidad del hecho y los motivos que determinaron la comisión del mismo. En el caso que nos ocupa el fallador de la segunda instancia, además de las circunstancias de mavor peligrosidad previstas en los numerales 60., 90. y 150. del art. 37, halló que Raúl Sánchez Ramírez prevaliéndose de su calidad de Agente de la Policía Nacional usó el uniforme para cometer el delito y lo realizó con el propósito innoble de obtener, como lo obtuvo, fácil y abundante provecho. Igualmente halló su personalidad en condiciones que lo colocaban de atentar contra los intereses de la sociedad, toda vez que en forma cazurra y con el objeto de sustraerse a la acción de la justicia —cosa que logró— pidió se le diera de baja de la Policía Nacional. Tampoco perdió de vista el fallador cómo Sánchez Ramírez pidió vacaciones e hizo uso de las mismas, con el propósito de infringir la ley.

"En la sentencia acusada y en virtud de lo dispuesto en el art. 36 del C. P., a Sánchez Ramírez se le aumentó la pena en dos años y seis meses, es decir en la mitad de la diferencia que va del máximo al mínimo para el delito de secuestro.

"Estando demostradas las circunstancias que motivaron dicho aumento y teniendo en cuenta la cuantía del mismo, no puede decirse que el Juez de segunda instancia excedió el arbitrio o autonomía que al efecto le da la Ley".

Estaba dentro de la potestad del juez aumentar la pena imponible a Sánchez Ramírez, la que no aparece excesiva, si se tienen en cuenta las circunstancias que motivaron tal aumento y la personalidad del autor del delito. Luego, no está demostrado el cargo.

c) Se quebrantaron igualmente los arts. 406 y 33 del estatuto penal, pues por el concurso real de delitos se hizo un aumento de pena sobre la sanción básica impuesta, que es exagerado. en concepto del demandante.

- Respuesta:

A Sánchez Ramírez (el procesado) se le juzgó por los delitos de secuestro y extorsión, cometidos en concurso real. Correspondía a él la sanción establecida para el delito más grave, aumentada en otro tanto, según reza el art. 33 del C. P.

Tiene razón el demandante cuando afirma que el máximo aumento sólo procede en casos de máxima gravedad. La misma Corte tiene dicho que "la frase 'hasta en otro tanto' del art. 33 del C. P. (lo mismo que la expresión 'hasta en una tercera parte' del art. 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla a la tercera parte, débese tener cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos". (G. J. Nos. 1998, pág. 680).

El delito de extorsión trae aparejada una pena de diez y seis (16) meses a cinco (5) años de prisión. (art. 406 del C. P. y 10. del Decr. 2184 de 1951).

Sobre cuatro (4) años y seis meses de pena privativa de la libertad, se hizo un aumento de tres (3) años, por el concurso material de delitos. No se aplicó, en consecuencia el máximo de aumento, sino un término medio y todo ello en atención a la naturaleza y gravedad de las infracciones imputadas a Sánchez Ramírez, con lo cual se atendió al mandato del art. 33 atrás citado.

Causal cuarta de casación:

Con fundamento en la causal cuarta de casación se afirma en la demanda que la sentencia fue dictada en un juicio viciado de nulidad legal, porque la Justicia Penal Militar no era competente para juzgar a Sánchez Ramírez, por los delitos de secuestro y extorsión, ya que los hechos que los constituyen se consumaron entre el 30 de enero y el 3 de febrero de 1965, y para esa época no se había declarado la turbación del orden público.

Respuesta:

Acoge la Corte la refutación que a este cargo hace el Procurador Delegado de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

"El estado de emergencia o la declaratoria de turbación del orden público se hizo por medio del Decr. 1288 del 21 de mayo de 1965. Posteriormente el Decr. 1290 de 1965, expedido en uso de las facultades de que trata el art. 121 de la Carta, en su art. 10. dispuso que a partir de su vigencia la Justicia Penal Militar, conocería de algunos delitos definidos y sancionados en la Ley penal común, entre ellos los de secuestro y extorsión. En la segunda parte de su artículo 30., dijo textualmente:

"Los procesos penales en curso por los delitos de secuestro y extorsión pasarán inmediatamente a la jurisdicción penal militar en el estado en que se hallen; las investigaciones adelantadas en ellos tendrán plena validez pero el juzgamiento se efectuará en la forma prevista en este artículo".

"El 21 de mayo de 1965, fecha de la expedición del Decr. 1290, el proceso contra Raúl Sánchez Ramírez estaba "en curso" por los delitos de secuestro y extorsión, por lo cual de conformidad con el citado decreto correspondía su conocimiento a la Justicia Castrense. Consecuencialmente no es válido el argumento de la demanda en el sentido de "... que la competencia de excepción se instituyó no para todos los delitos de asociación, incendio, secuestro, que cometiesen los civiles, sino únicamente para los que tuviesen ocurrencia dentro del estado de sitio y con posterioridad al 21 de mayo de 1965. fecha de expedición del decreto extraordinario mencionado".

No está demostrada esta causal.

CONCLUSION

La sentencia recurrida será invalidada parcialmente, en orden a establecer la pena que, en realidad, corresponde a Raúl Sánchez Ramírez y de acuerdo con lo expresado antes. Dicha sanción se fijará en siete (7) años y seis (6) meses de presidio y en su duración quedarán rebajadas las penas accesorias, en la misma proporción. En esta forma, se acoge lo dispuesto por el art. 58, numeral 10. del Decr. 528 de 1964.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE el fallo recurrido. En consecuencia, Raúl Sánchez Ramírez queda condenado a siete (7) años y seis (6) meses de presidio, en lugar de los ocho (8) años y seis (6) meses, que le había impuesto la

sentencia de segunda instancia. La duración de las penas accesorias queda rebajada en igual proporción y en lo pertinente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publíquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO

A los elementos genéricos señalados en su definición, se le pueden agregar los elementos específicos que lo modifican y accidentales que constituyen las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

Se afirma por el demandante que las circumstancias de agravación", y se insinúa que, además do la doducida al procesado, la quinta del art. 363 del C. P., la fueron también otras de las contempladas en el art. 37 ibidem subsumidas ya, según el actor, en las primeras, como si entre los elementos de un delito no cupiera distinguir los genéricos señalados en su definición, sin los cuales no existiría ese delito: los específicos. llamados también circunstancias modificadoras. que son las que agregadas al género constituyen la especie, y los accidentales, o sean las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen, dentro de los límites prescritos en la ley y a través de otros criterios mensuradores determinados en élla, en la graduación de la pena por el Juez.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: junio 6/69.- Acta No. 23).

VISTOS

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación
interpuesto contra la sentencia de 2 de octubre
último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chaparral, en la que, reformando la
de 29 de julio anterior del Juzgado 20. Superior
de Ibagué, se condena a Luis Arturo Cuadros
Bustamante a la pena principal de veinte años
de presidio y demás anexas, como responsable
de tres delitos de homicidio, perfectos dos de
ellos: los consumados en las personas de los
suboficiales del Ejército Eduardo Escandón

Torrijos y Víctor Abril Estupiñán, e imperfecto en grado de tentativa el tercero que tuvo por sujeto pasivo al Sargento Jorge Enrique Escobar Medina quien en declaración rendida el 12 de marzo de 1960, da la siguiente versión de los hechos:

"El miércoles 9 del presente mes como a eso de las ocho v cuarenta v cinco minutos de la noche salí del Batallón acompañado del Cabo 1o. del Ejército de nombre Víctor Abril Estupiñán, de guarnición en el mismo batallón, con dirección a buscar el mecánico del batallón de apellido Sarmiento que se encontraba en la calle; primero me dirigí hacia la heladería y no lo encontré aun cuando sí me encontré allí con el Cabo 1o. de nombre Eduardo Escandón Torrijos y con él nos tomamos una avena y le pregunté si no me había visto al mecánico y me dijo que no; como el Cabo Abril me dijo que él (Sarmiento) tenía una vieja en la zona de tolerancia, yo le dije que yo por allá sólo no iba y entonces me contestaron que íbamos los tres y en seguida nos dirigimos hacia allá sin portar arma de ninguna clase; entramos a la zona, buscamos al mecánico y tampoco lo encontramos. En seguida nos regresamos y al salir de un bar que hay en la zona y que ignoro quién será su dueño nos paramos todos tres en la esquina, dando frente a la zona, encontrándome vo en el medio de mis compañeros los Cabos Escandón Torrijos y Abril Estupiñán; poco más o menos hacía que estábamos allí parados unos tres minutos cuando oímos el disco llamado "cuatro balazos", que era tocado en una cantina, que no puedo precisar cuál sería y yo les dije a mis compañeros "oyen lo que está sonando" y entonces éllos soltaron la risa. Inmediatamente unos cuatro individuos que se hallaban en la esquina y como a una distancia de unos ocho metros de donde nosotros estábamos parados, dispararon contra nosotros tres disparos y en seguida otros; inmediatamente cayó al suelo el Cabo de nombre Víctor Abril Estupiñán, que se hallaba a mi derecha, dando el grito que lo habían matado; en seguida cayó el Cabo Eduardo Escandón Torrijos, quien no dijo nada y yo en vista de que cayeron mis dos compañeros y que no podía hacerles frente por no tener arma de ninguna clase, yo salí corriendo, siendo perseguido por uno de los individuos que nos atacaban, que era de pantalón negro, sombrero grande gris y ruana, quien me hizo varios disparos durante una cuadra que me persiguió, más o menos como diez disparos...".

El Juzgado del conocimiento tras de algunas incidencias procesales, al calificar por auto de 21 de mayo de 1962 el mérito de la investigación, llamó a responder en juicio por los referidos delitos de homicidio que estimó como simplemente voluntarios a Carlos Julio Rodríguez Pava (alias el chulo) y a Luis Arturo Cuadros Bustamante (alias palmira), sobreseyendo definitivamente por los mismos hechos en favor de otras personas.

El Tribunal Superior de Ibagué al revisar por apelación y consulta dicho auto, lo confirmó mediante el suyo de 5 de diciembre siguiente, pero "con la adición introducida en la parte final de los considerandos", en la que, acogiendo la opinión de su colaborador fiscal, estimó cometidos los homicidios con una de las circunstancias de agravación que prevé el numeral 50. del art. 363 del C. P. a la que se refiere el Ministerio Público, así:

"... La Fiscalía considera que se está en presencia de homicidios agravados, pues según la declaración de la testigo Marleny Alzate (f. 6) que es digna de entera credibilidad por las razones que expone el juez a quo en su auto, los militares se encontraban completamente desprevenidos cuando fueron atacados con armas de fuego por los citados Rodríguez Pava y Cuadros Bustamante, quienes se encontraban en asocio de otro sujeto para la declarante desconocido.

"La alevosía, que el maestro Carrara define como homicidio con ocultamiento moral, dice el Tribunal de Bucaramanga se configura por el examen calculado, la deliberación previa, el aprovechamiento consciente de las ventajas y las desventajas, todo lo cual presupone traición y cobardía, ausencia de riesgo para el delincuente". Y continúa: "... las circunstancias señaladas en el numeral 50. del art. 363 del C. P. presuponen que el delincuente proceda o recurra a medios artificiosos, hábilmente prepara-

dos o maliciosamente aprovechados, hasta el punto de que tales medios o recursos determinan la indefensión o se aprovechen de ella", como ocurrió precisamente en el caso de estudio, pues los militares asesinados no tenían armas de ninguna clase, según así lo da a comprender el Sargento Jorge Enrique Tovar, quien fue la víctima del homicidio imperfecto y se encontraban completamente desprevenidos cuando fueron atacados con armas de fuego, en forma sorpresiva..."

Los cuestionarios que en la audiencia pública se propusieron al jurado, se redactaron conforme al referido pliego de cargos y fueron por él contestados así: "No por falta de pruebas".

El Juzgado de instancia acogió ese veredicto y por sentencia de 6 de marzo de 1965 absolvió a los procesados.

El Tribunal por providencia de 10. de junio de 1966 revocó dicho fallo por estimar contraria a la evidencia de los hechos la respuesta del jurado y ordenó en su lugar que se convocara uno nuevo.

Convocado éste, murió Carlos Julio Rodríguez Pava, motivo por el cual se declaró en sentencia de 21 de octubre de 1967 extinguida la acción penal que en este proceso se le adelantaba.

Al nuevo jurado se le propusieron, conforme al auto de proceder, los cuestionarios que debía responder en relación con el acusado Cuadros Bustamante y que contestó en los siguientes términos: "Sí es responsable en complicidad con más de una persona, correlativa".

El Juzgado 20. Superior de Ibagué interpretando este veredicto sancionó al procesado mediante la aplicación de los arts. 363 y 385 del C. P. Lo mismo hizo el Tribunal al revisar esa sentencia. Sólo que el juzgado dosificó la pena imponible según esas normas a un nivel menor que el Tribunal, por haber rebajado la máxima que individualizó conforme al art. 363 al máximo permisible por el 385, al paso que el Tribunal consideró que esta rebaja no debía ser de tal magnitud sino sólo de la sexta parte.

El Tribunal al respecto razonó así:

"Resta por lo mismo, graduar la pena que le pueda corresponder a Luis Arturo Cuadros Bustamante.

"El juzgado la determina en doce años de presidio teniendo en cuenta la complicidad correlativa decidida por el juri y, partiendo de la máxima de veinticuatro años por razón de ser dos los homicidios agravados y uno imperfecto, los delitos de que es responsable el procesado.

"La Sala encuentra aceptable la pena máxima de veinticuatro años para aquél, al tenor de lo establecido en el art. 363 y en razón del número de homicidios que agotó. También considera que la atenuación de la pena contemplada en el art. 385 del C. P., debe aplicarse por ser parte del veredicto del juri. Pero no ve la razón de que ella sea de la mitad. Esta disminución, entiende la Sala, debe imponerse cuando las circunstancias de todo orden que precedieron v fueron concomitantes al hecho delictuoso no revistan modalidades de especial gravedad. En este caso, la disminución deberá ser únicamente de una sexta parte, pues las características del hecho no explican ni justifican una mayor.

"En definitiva la pena aplicable a Luis Arturo Cuadros será la de veinte años de presidio".

LA DEMANDA

En ella se aduce contra la sentencia recurrida la causal de casación prevista en el inciso 10. del ord. 10. del art. 56 del decreto-ley 528 de 1964 a cuyo amparo el actor la tacha de violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de la misma, esto es, de los arts. 363 y 385 del C. P.

Manifiesta luego que estas disposiciones se interpretaron erróneamente por las siguientes razones:

"Cuando el art. 363 del C. P. agrava el homicidio lo hace en consideración a circunstancias de por sí "agravantes", totalmente diferentes a las contempladas en el art. 37 idem. y ya ellas de por sí involucran toda agravación.

"De autos y dentro del mismo llamamiento a juicio, la única circunstancia que se alegó como agravante, fue la supuesta indefensión de las víctimas, hecho no probado aunque ahora no sea el caso de alegarlo.

"Dentro de este razonamiento, el juez del conocimiento condenó a mi mandante a la pena de veinticuatro años de presidio, por ser varios los delitos por los que se declaró responsable a Cuadros Bustamante.

"Atendiendo el veredicto del jurado en cuanto reconoció explícitamente la 'complicidad

correlativa', el a quo rebajó la pena a doce años de presidio o sea la mitad, por considerar que aumentada la pena al máximo era del caso rebajarla a la mitad para dar cumplimiento al art. 385 del C. P.

"Ya el art. 363 del C. P. prevé el aumento y la dosificación de la pena entre quince y veinticuatro años dentro de los cuales se fija de acuerdo con las circunstancias, los motivos determinantes y la personalidad del agente.

"No hay en el expediente circunstancia que induzca a imponer el máximo de la pena, pues la complicidad correlativa es una figura, en verdad, transaccional a efecto de escapar a la impunidad y por lo mismo dentro de ella no puede saberse a ciencia cierta las circunstancias personalés del agente ni los motivos determinantes propios de su acción y por ello no es justo imponer el máximo.

"Por estas consideraciones, ya la pena de doce años impuesta por el a quo es justa porque ya se había tomado el máximo para rebajarla y sería erróneo creer que se debe imponer otro máximo a la misma.

"Así, pues, solicito a la Honorable Corte rebajar la pena a doce años o en subsidio graduarla entre dicha cifra y veinte años".

SE CONSIDERA

Lo que el actor plantea en su libelo según su contexto no es propiamente un caso de violación de la ley sustancial por interpretación errónea de los arts. 363 y 385 del C. P. sino más bien de aplicación indebida de estas normas en la dosificación de la pena principal impuesta por el Tribunal al procesado recurrente.

En efecto, las razones que al respecto aduce no tienden a demostrar que en la sentencia acusada se le atribuya a tales normas un sentido o alcance diverso del que verdaderamente tienen, esto es, del que les dio el legislador. Lo que se pretende sostener es que al individualizar aquella pena fueron aplicadas contrariando las condiciones requeridas por tales normas.

Se afirma así por el demandante, que las circunstancias de agravación del delito de homicidio común, "involucran toda agravación", y se insinúa que, además de la deducida al procesado (Cuadros Bustamante), la quinta del art. 363 del C. P., lo fueron también otras de las contempladas en el art. 37 ibídem subsumidas ya, según el actor, en las primeras, como si entre los

elementos de un delito no cupiera distinguir los genéricos señalados en su definición, sin los cuales no existiría ese delito; los específicos, llamados también circunstancias modificadoras, que son las que agregadas al género constituyen la especie, y los accidentes, o sean las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que influyen, dentro de los límites prescritos en la ley y a través de otros criterios mensuradores determinados en ella, en la graduación de la pena por el juez; y como si el Tribunal en este caso concreto le hubiera deducido al inculpado alguna de las contempladas en el citado art. 37.

No, lo que en conformidad con el art. 36 del C. P. tuvo en cuenta el fallador de segundo grado, moviéndose dentro de su connatural arbitrio y entre los límites que para la graduación de la pena señala en sus extremos el art. 363, fue que la disminución de la sanción imponible conforme a este último precepto no cabía hacerla, según el art. 385, en el grado máximo en que lo hizo el juez sino en el mínimo que autoriza esta disposición, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades de los hechos delictuosos.

Con razón dice el Procurador 20. Delegado en lo Penal:

"Reconocida una circunstancia de agravación del homicidio por el jurado de conciencia la norma aplicable es el art. 363 del C. P. que contempla una sanción de 15 a 24 años de presidio. Entre estos límites, mínimo y máximo, se gradúa la pena en concreto teniendo en cuenta las circunstancias de los arts. 36, 37, 38, 39 y 40 del estatuto mencionado, siempre que se encuentren plenamente comprobadas.

"Por tanto, no es cierto como lo afirma el recurrente que las circunstancias del art. 363 del C. P., comprenden las del 37 de la citada compilación pues algunas son muy diferentes y pueden aumentar la sanción partiendo del mínimo de 15 años de presidio.

"En el presente caso tanto el juzgador de primer grado como el de segundo estimaron que Cuadros Bustamante no era acreedor al mínimo sino al máximo de la sanción prevista porque los delitos a el atribuídos eran tres, todos de la mayor gravedad, y porque el procesado ya había sido condenado por un ilícito semejante. Por lo demás, el actor es contradictorio en sus planteamientos porque en un principio critica la imposición de 24 años de presidio por los asesinatos pero más adelante parece aceptarla pues solicita a la H. Corte Suprema atender la pena impuesta por el juez a quo: la mitad de dicha sanción.

"La argumentación relativa al art. 385 del C. P. es igualmente equivocada pues se da a entender que no admite regulación cuando, por el contrario, la disposición en cita contempla un mínimo y un máximo de acuerdo con la pena del delito tipo. Aquí, como se explicó del art. 363 del C. P., el juzgador debe tener en cuenta las circunstancias que rodearon los hechos, la personalidad del acusado y los motivos determinantes para concluir si se ha hecho acreedor al máximo de la rebaja de la pena base o al mínimo.

"En el presente caso el juez ad quem tuvo un criterio único para la deducción de la pena en concreto: tomó como base la sanción máxima para el asesinato y admitió el mínimo de la rebaja para la complicidad correlativa.

"No hubo errónea interpretación de la ley penal sustantiva porque entre los límites de la pena se graduó la sanción en concreto...".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia a que se refiere este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada Valbuena, Secretario.

DEFENSORES

Nulidad Constitucional por falta de defensa del procesado. Cuando se presenta esta clase de nulidad, el Tribunal respectivo debe investigar la conducta del abogado, para establecer si cometió faltas a la ética profesional.

Si bien as cierto que el defensor recibió algunas notificaciones, no lo es menos que no actuó en forma alguna en la defensa de les intereses de su representado. No presentó alegaciones de ninguna clase, no pidió pruebas, no asistió a la audiencia pública, no interpuso recursos contra providencias desfavorables a su cliento, etc. etc.

La Corte, en numerosas previdencias, ha hablado de nulidades constitucionales o supralegales, y ha entendido por tales aquellas situaciones aparentes en el procesa penal, que privan al procesado del derecho de defensa o limitan, en forma notoria y grave, tal facultad impuesta al ciudadane per la misma Constitución Nacional.

So ha afirmado de la misma suerte que la nulidad constitucional está constituída por aquellas irregularidades de alto rango que lesionan una garantía fundamental o un presupuesto básico de la acción y el proceso penal y que no aparecen definidas como causas de nulidad legal.

En el juicio que se adelantó contra el procesado elvidó el defensor de oficio que la defensa no ha de entenderse sólamente en un sentido material, sino más especialmente en el campo formal, que es el que toca con les conocimientos del especialista en las ciencias jurídicas. No bastaba, pues, con recibir algunas notificaciones, pues era necesario que se entrara a discutir, en la forma que se juzgase oportuna, las tesis de los falladores, bien para demostrar la inocencia del procesado o para hacer menos gravosa su situación frente al estatuto penal.

Como lo indica el Procurador Primero Delegado en la Penal, en su concepto de fondo, "no debe elvidar el abegado que cuando se le confiere el tutelaje jurídico del incriminado, la gestión de defensa tiene que traducirse o desenvolverse con ataque fuerte a la prueba do inculgación.

alegaciones de instancia, para desvirtuar ol fundamento del auto de cargos, crítica al acervo probatorio, interposición de recursos, predicación de inocencia en la audiencia pública si del plenario se desprenden razonamientos probatorios para ello, o bien, si la conducta es justificada por la norma sustantiva, o ya, sin ser de legalidad la exculpación total, profundizar en el planteamiento analítico para que la carga de la penalidad se atenúe, es decir, que debe el defensor impulsarle la dinámica necesaria a su gestión para impedir injusto desequilibrio entre los derechos del incriminado y la acusación que le formula".

Le anterior está indicando con meridiana claridad que el procesado careció de defensa. Do donde la causal de casación alegada tiene su demostración y será aceptada.

El Tribunal del coneximiento adolantará las diligencias pertinentes contra el abegado para averiguar si incurrió en faltas contra la ética profesional, al desatender, en tan notoria forma, los deberes que juró, al tomar pasesión del cargo de defensor de oficio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y nueve).

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: junio 11/69.- Acta No. 24).

VISTOS:

El Tribunal Superior del Socorro, en sentencia de 14 de diciembre de 1968, confirmó la dictada por el Juez Primero Penal Municipal de la misma ciudad, el 10 de octubre del mismoaño, por la cual condenó a Belisario Ladino Montañez, a ocho (8) años de prisión, a la indemnización de los perjuicios ocasionados con la infracción y a las sanciones accesorias del caso, por el delito de robo en perjuicio de Emilia Velandia, hecho ocurrido en el mes de abril de 1966, según denuncio de la ofendida.

Ladino Montañez al ser notificado de la sentencia condenatoria, interpuso contra ella el recurso de casación, el que se resuelve actualmente, pues se han cumplido los trámites procesales necesarios.

ANTECEDENTES

La señora Emilia Velandia denunció el robo de que fue objeto, en los primeros días de abril de 1966. Los objetos sustraídos de su casa de habitación —una máquina de coser y los accesorios de la misma, unas tijeras, una toalla y la suma de cincuenta pesos (\$50.00) m/l., en efectivo— fueron avaluados en la suma de dos mil pesos (\$2.000.00) m/l. Para la ejecución del delito se rompieron las cerraduras de la casa y se quebrantaron las seguridades de la misma.

Adelantada la investigación contra varios individuos, el Juez Primero Penal Municipal dictó auto de vocatorio contra Belisario Ladino Montañez y sobreseyó temporalmente en favor de los demás, en auto que fue confirmado por el Tribunal Superior del Socorro.

Se cumplieron los trámites legales, se celebró la audiencia pública y se profirió luego la sentencia de primer grado. Esta, como se indicó atrás, fue confirmada por el Tribunal Superior del Socorro, la que es objeto del presente recurso.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DE LA CORTE

El apoderado de Ladino Montañez invoca contra la sentencia de que trata la causal cuarta de las mencionadas en el art. 56 del Decr. 528 de 1964, por cuanto aquella fue dictada en un juicio viciado de nulidad.

Y la nulidad, de carácter supralegal o sustancial, se hace consistir en que, falto de defensa el procesado, se vino en violación del art. 26 de la C. N.

Brevemente se sustenta el cargo, para lo cual el demandante cita repetida jurisprudencia de la Corte.

Respuesta:

Belisario Ladino Montañez careció de defensa, especialmente en el campo formal o jurídico. En efecto, al ser notificado del auto de proceder, pidió que le nombraran un defensor de oficio. En tal virtud, se le designó al doctor Jorge Saúl Meneses F., quien tomó posesión del cargo y, al hacerlo, juró "cumplir fiel y honradamente con los deberes que el cargo le impone".

Si bien es cierto que el defensor recibió algunas notificaciones, no lo es menos que no actuó en forma alguna en la defensa de los intereses de su representado. No presentó alegaciones de ninguna clase, no pidió pruebas, no asistió a la audiencia pública, no interpuso recursos contra providencias desfavorables a su cliente, etc./etc.

La Corte, en numerosas providencias, ha hablado de nulidades constitucionales o supralegales, y ha entendido por tales aquellas situaciones aparentes en el proceso penal, que privan al procesado del derecho de defensa o limitan, en forma notoria y grave, tal facultad impuesta al ciudadano por la misma C. N.

Se ha afirmado de la misma suerte que la nulidad constitucional está constituída por aquellas irregularidades de alto rango que lesionan una garantía fundamental o un presupuesto básico de la acción y el proceso penal y que no aparecen definidas como causas de nulidad legal.

En casación de 30 de septiembre de 1967, esta Corporación manifestó lo siguiente:

"4. Al disponer el art. 26 de la Carta que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes
preexistentes al acto que se le imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de
las formas propias del juicio', garantiza el derecho que tiene el incriminado a demostrar su
inocencia o bien, a explicar las razones de su
conducta, y ello no sólo en el campo material,
sino también en el formal. Por tanto, se opone
a la norma todo hecho que suprima de manera
absoluta el derecho de defensa, o que implique
una específica limitación del mismo.

"El derecho de defensa —se dijo en otra ocasión— es facultad conferida al sujeto pasivo de la actuación penal y al propio tiempo, requisito impuesto por la ley, en guarda de las garantías que la Constitución otorga al ciudadano. Fue esta la razón que tuvo el legislador para disponer que, desde el momento mismo en que al procesado se notifique el auto de proceder, debe hacérsele saber que tiene el derecho a nombrar un defensor que lo represente en el juicio; 'si no lo nombrare, lo designará el juez' (art. 432 del C. de P. P. y 50. del Decr. 1358 de 1964). De donde se desprende que el ciudadano no quedará, en ningún caso, desamparado frente a los cargos que le hace el juez".

En el juicio que se adelantó contra el procesado (Belisario Ladino Montañez), olvidó el defensor de oficio que la defensa no ha de entenderse solamente en un sentido material, sino más especialmente en el campo formal, que es el que toca con los conocimientos del especialista en las ciencias jurídicas. No bastaba, pues, con recibir algunas notificaciones, pues era necesario que se entrara a discutir, en la forma que se juzgase oportuna, las tesis de los falladores, bien para demostrar la inocencia del procesado o para hacer menos gravosa su situación frente al estatuto penal.

Como lo indica el Procurador Primero Delegado en lo Penal, en su concepto de fondo, "no debe olvidar el abogado que cuando se le confiere el tutelaje jurídico del incriminado, la gestión de defensa tiene que traducirse o desenvolverse con ataque fuerte a la prueba de inculpación, alegaciones de instancia, para desvirtuar el fundamento del auto de cargos, crítica al acervo probatorio, interposición de recursos, predicación de inocencia en la audiencia pública si del plenario se desprenden razonamientos probatorios para ello, o bien, si la conducta es justificada por la norma sustantiva, o ya, sin ser de legalidad la exculpación total, profundizar en el planteamiento analítico para

que la carga de la penalidad se atenúe, es decir, que debe el defensor impulsarle la dinámica necesaria a su gestión para impedir injusto desequilibrio entre los derechos del incriminado y la acusación que le formula".

Lo anterior está indicando con meridiana claridad que el procesado careció de defensa. De donde la causal de casación alegada tiene su demostración y será aceptada.

El Tribunal del conocimiento adelantará las diligencias pertinentes contra el abogado Jorge Saúl Meneses Franco para averiguar si incurrió en faltas contra la ética profesional, al desatender, en tan notoria forma, los deberes que juró, al tomar posesión del cargo de defensor de oficio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto fiscal, INVA-LIDA la actuación cumplida en el presente juicio a partir del auto en que se nombró defensor de oficio del procesado al doctor Jorge Saúl Meneses Franco (fls. 92 vto. del cdno. ppal), y se ordena su reposición de allí en adelante.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y publiquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSAS A LA ETICA PROFESIONAL

Si la acción disciplinaria contra el abogado se halla prescrita, pero de los autos aparece demostrada la inocencia del profesional, ha de dictarse la correspondiente sentencia absolutoria y no la cesación de procedimiento de que trata el art. 153 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia.. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobado: Acta No. 24.).

VISTOS

Por consulta revisa la Corte el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué de fecha marzo 6 del presente año, en juicio disciplinario adelantado contra el doctor Juan Tole Lis, mediante el cual se absuelve a éste de los cargos que le fueron formulados por Arturo Levy por supuestas faltas contra la ética profesional del abogado.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en ponderado concepto, opina que debe confirmarse la sentencia consultada, no obstante que la acción disciplinaria en este asunto se encuentra prescrita, por ser la decisión más favorable a los intereses del inculpado y puesto que está demostrado que no cometió ninguna falta contra la delicadeza o el decoro profesionales.

De las diligencias practicadas se desprende:

El 18 de mayo de 1967 el doctor Juan Tole Lis recibió poder del señor Arturo Levy para representar a la esposa de éste, señora Mariela Quintero de Levy, ante la Dirección de Transportes y Tránsito del Tolima, en querella relacionada con una colisión de su vehículo con otro perteneciente a Eduardo Donado Sojo, accidente ocurrido el 5 de abril de ese año y en el cual la camioneta de la señora Quintero de Levy sufrió daños por valor de \$ 4.171.00.

El doctor Tole Lis actuó con diligencia y efi-

cacia en desarrollo del mandato, y la querella terminó con resolución favorable a su representada, como que por medio de ella se declaró al conductor Donado Sojo responsable de tal accidente.

Los honorarios por dicha gestión fueron pactados en \$2.000.00, de los cuales recibió el doctor Tole Lis \$1.000.00 al tiempo de la celebración del contrato, que se hizo verbalmente.

El señor Levy estimó que el compromiso profesional del abogado comprendía también el juicio o los juicios correspondientes para hacer efectivo el pago de los perjuicios sufridos por su esposa, por los daños causados a su vehículo, y como el doctor Tole se negara a incoar las acciones pertinentes, por considerar concluída la gestión propia del mandato con su intervención ante las autoridades de policía, en la querella que se adelantó, aquél procedió entonces a acusarlo ante el Tribunal Superior de Ibagué, en queja presentada el 8 de noviembre de 1968, ratificada luego bajo juramento, por supuesta falta a la ética profesional derivada, según él, de incumplimiento de sus deberes profesionales.

Obran'en las diligencias los siguientes elementos de juicio:

- a) Copia del Acuerdo No. 177, de septiembre 22 de 1966, del Tribunal Superior de Ibagué, mediante el cual se recibió al doctor Juan Tole Lis como abogado titulado.
- b) Memorial de descargos del mencionado profesional, en el que asevera que contrató sus servicios con el querellante Levy para representar a su esposa en la querella seguida ante las autoridades administrativas, en la que actuó con especial diligencia hasta obtener decisión favorable a los intereses de su mandante, y que en forma alguna se obligó a ejercer otra

clase de acciones, como lo pretende el acusador.

- c) Copia de la Res. No. 049, de agosto 10 de 1967, de la Dirección de Transportes y Tránsito del Tolima, proferida en la querella en la que intervino como apoderado el doctor Tole Lis.
- d) Copia de la resolución dictada por la Sección de Justicia de la Gobernación del Tolima, en la que se confirmó la anteriormente citada.
- e) Recibo original, fechado en Ibagué en mayo 11 de 1967, suscrito por el doctor Juan Tole Lis, en el que consta que éste recibió de Arturo Levy la suma de un mil pesos, "por concepto del negocio judicial que estoy representando a la señora Levy en la Dirección de Tránsito y Transportes de Ibagué".

Se considera:

- I. Está demostrada la calidad de abogado titulado del inculpado doctor Juan Tole Lis.
- II.- Se estableció igualmente que dicho profesional celebró un contrato verbal con el denunciante Arturo Levy, para actuar como apoderado de la señora de Levy ante la Dirección de Tránsito y Transportes del Tolima, en querella por daños causados a su vehículo en una colisión, y que la gestión por él realizada fue acuciosa y tuvo pleno éxito.
- III.- No existe ninguna prueba que respalde la aseveración del quejoso Arturo Levy en el sentido de que el doctor Tole Lis se hubiera obligado, además, a promover juicic ante la justicia ordinaria para obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos por la señora de Levy por causa de los daños a su automotor.
- IV.- La afirmación del abogado acriminado de que su obligación se limitó a representar a

la señora de Levy en la querella policiva, ante las autoridades del tránsito, aparece confirmada por un documento serio, cual es el recibo que el propio denunciante aportó, en el que el doctor Tole Lis declaró haber recibido la mitad de sus honorarios por concepto del negocio en el cual estaba representando a aquella señora ante la Dirección de Tránsito y Transportes de Ibagué. También corrobora su dicho en ese sentido la circunstancia indiciaria que se deriva de la cuantía de los honorarios acordados, la cual resulta proporcionada a la gestión profesional agotada por el abogado acusado.

V.- Aunque por razón del tiempo transcurrido la acción disciplinaria aquí adelantada podría declararse prescrita, la Corte optará por confirmar la absolución del doctor Tole Lis, tal como lo solicita el Agente del Ministerio Público, por estar demostrada su inocencia y porque la decisión de fondo es en el caso más favorable el acusado que la declaratoria de extinción de la acción.

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia consultada, de fecha y procedencia indicadas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1 a. DE CASACION

La ley sustancial es la que define los delitos y determina las sanciones, si de materia penal se trata. En casación al alegar la violación de la ley sustancial es indispensable indicar qué normas de carácter sustantivo se infringieron. Ratificación del alcance de la nulidad constitucional.

1. La "ley sustancial" a que se refiere el inciso 10. del ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 para erigir el quebranto de ella en motivo de casación, no puede ser otra que la que define los delitos y determina las sanciones a que en particular hayan de ser acreedores.

En la demanda de casación que tenga como base la invocación de ese motivo de impugnación contemplado en el referido inciso 1o. del ordinal lo. del art. 56 del Decreto en cuestión, es absolutamente necesario señalar las normas, de caracter sustantivo, que se estimen indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, consignando, además, como exigencia ineludible, las razones directas y estrictamente jurídicas en que se funde esa apreciación, la cual requiere ser demostrada de ese modo específico.

La causal de casación, relativa a "apreciación errónoa" de pruebas o a "falta de apreciación de determinada prueba", prevista, en el inciso 20. del ord. 10. del mencionado art. 56 del citado decreto, apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso, precisamente porque sólo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado, particularmente en los casos como éste da que se trata, dende el recurrente pretende que no existe prueba para acreditar la comisión del delito y, con mayor razón, para establecer la responsabilidad del procesado Madrid Sierra.

En la demanda materia de estudio no se especifica cuál de los dos incisos del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 es el que, en concreto, se toma como base para el cargo, aunque la verdad es que se alude a violación de "ley sustancial", lo que haría pensar en que su fundamente pudiera ser el inciso 1o. de esa norma. Ocurre, sin embargo, que de osa "ley

sustancial", no se precisa norma alguna y entonces, como es obvio, ha de concluirse en que el reproche al fallo acusado, por este aspecto, estuvo mal formulado y careció de siquiera un principio de demostración.

2. Las nulidades, originadas en la interpretación del art. 26 de la Constitución Nacional, según doctrina reiterada de la Corte, emergen "cuando se priva al procesado del derecho de defensa, en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara la sociedad, por iguales razones".

Cuando la nulidad que se pretende haya de tener como base el supuesto relativo a que en el fallo impugnado se incurrió en errónea o falta de apreciación de pruebas, de acuerdo también con jurisprudencia repetida de la Corte, "no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ord. 4o. del art. 5ó del Decr. 528 de 1964, teniendo en cuenta que, en su naturaleza y alcances, ese motivo de impugnación no da cabida a debate alguno probatorio, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 2o. del ord. 1o. del expresado texto legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: junio 24/69.- Acta No. 24).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Eliécer Madrid Sierra contra la sentencia del 15 de octubre

del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, lo condenó, como responsable del delito de robo, a la pena de "seis (6) años de presidio", lo mismo que a las penas accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

En la madrugada del 30 de agosto de 1967. Jorge Eliécer Madrid Sierra y los menores Oscar Alonso García Alzate y Tulio Enrique García Moreno penetraron, escalando uno de sus muros y violentando también una de sus ventanas, al edificio de la Escuela Antonio José de Sucre, situado en la carrera 48A No. 78-68 de Medellín, y se apoderaron de un televisor del Ministerio de Comunicaciones, avaluado en \$4.000.00, con el que subieron al tejado del aledaño teatro Cervantes para salir por allí a la calle, altura desde la que, al sentirse sorprendidos por quienes pernoctaban en el interior del mismo, lo tiraron a uno de los pasadizos de la Escuela de donde lo sacaron, causándole graves daños, y donde la policía de un radiopatrulla, que acertó a pasar en esos momentos por tal lugar, los capturó.

El Juzgado 60. Penal Municipal de la citada ciudad, fundándose en los referidos hechos, a los que tomó como constitutivos del delito de robo, en auto del 14 de marzo del año pasado, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal respecto de Jorge Eliécer Madrid Sierra, de los tres predichos sujetos, el único que para la época de los sucesos contaba con más de 18 años de edad, al que más tarde, tramitado el juicio, mediante sentencia del 20 de agosto también condenó, como responsable del mismo delito, a la pena de "seis (6) años de presidio" y accesorias consiguientes, fallo que el Tribunal de aquella ciudad confirmó en el suyo del 15 de octubre.

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el recurrente, por conducto del apoderado que designó, invoca las causales de casación previstas en los ords. 10. y 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Causal primera:

Al amparo de este motivo de impugnación sostiene que la sentencia acusada es "violatoria de la ley sustancial", en fuerza de que en ella se apreciaron "en forma errónea" los testimonios de Marco Antonio Arcila Gómez, Hernán Tulio Gómez Castañeda, Rodinger Vélez Zapata y Luis Vélez Zapata, dándoseles, de este modo, no obstante ser "tan deficientes", el valor de plena prueba respecto de "la comisión del delito" y de la "responsabilidad penal de Madrid Sierra".

Se contesta:

- a) La "ley sustancial" a que se refiere el inciso 10. del ordinal 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 para erigir el quebranto de ella en motivo de casación, no puede ser otra que la que define los delitos y determina las sanciones a que en particular hayan de ser acreedores.
- b) En la demanda de casación que tenga como base la invocación de ese motivo de impugnación contemplado en el referido inciso lo. del ord. lo. del art. 56 del decreto en cuestión, es absolutamente necesario señalar las normas, de carácter sustantivo, que se estimen indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas, consignando, además, como exigencia ineludible, las razones directas y estrictamente jurídicas en que se funde esa apreciación, la cual requiere ser demostrada de ese modo específico.
- c) La causal de casación, relativa a "apreciación errónea" de pruebas o a "falta de apreciación de determinada prueba", prevista en el inciso 2o. del ord. 1o. del mencionado art. 56 del citado decreto, apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso, precisamente porque sólo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado, particularmente en los casos como éste de que se trata, donde el recurrente pretende que no existe prueba para acreditar la comisión del delito y, con mayor razón, para establecer la responsabilidad del procesado Madrid Sierra.
- d) En la demanda materia de estudio no se especifica cual de los dos incisos del ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 es el que, en concreto, se toma como base para el cargo, aunque la verdad es que se alude a violación de "ley sustancial", lo que haría pensar en que su fundamento pudiera ser el inciso 10. de esa norma. Ocurre, sin embargo, que de esa "ley sustancial", no se precisa norma alguna y entonces, como es obvio, ha de concluirse en que el repro-

che al fallo acusado, por este aspecto, estuvo mal formulado y careció de siquiera un principio de demostración.

e) La impugnación se refiere a errónea apreciación de los testimonios de Marco Antonio Arcila, Hernán Tulio Gómez, Rodinger Vélez y Luis Velez, lo que sugiere la idea de que el punto de apovo para el cargo trató de ser el inciso 20. del ordinal 10. del citado artículo 56 del expresado decreto. Pero en aquella no aparece absolutamente nada encaminado a demostrar semejante enunciado, al cual, de esta suerte, vino a quedar expósito. De otra parte, acaece que esos testimonios no son los únicos elementos de convicción que ofrece el proceso en torno a la comisión del delito y a la responsabilidad, con relación al mismo, de Madrid Sierra, Hay otros muchos, como los informes de los miembros de la policía que intervinieron en la captura de ese sujeto, con la de sus compañeros. García Alzate y García Moreno, precisamente sobre el tejado del teatro Cervantes, informes de los que se prescinde en la demanda del mismo modo a como también se prescinde de numerosos testimonios distintos a los cuatro que se toman para la formulación del cargo.

Causal cuarta:

Con apoyo en esta causal se sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", en fuerza de que en ella se estimaron "como pruebas", sin tener este carácter, "las declaraciones" que recibió el Juzgado de Menores de Medellín, lo que "violó en forma notoria el artículo 26 de la Constitución Nacional; el art. 10. del C. P.; los arts. 55, 60, 198 y 203 del C. P. P. y el art. 10. del Decr. 528 de 1964".

Se contesta:

I.- Las nulidades, originadas en la interpretación del art. 26 de la Constitución Nacional, según doctrina reiterada de la Corte, emergen "cuando se priva al procesado del derecho de defensa, en virtud de violaciones de orden procesal, o cuando se desampara la sociedad, por iguales razones".

II.- Cuando la nulidad que se pretende haya de tener como base el supuesto relativo a que en el fallo impugnado se incurrió en errónea o falta de apreciación de pruebas, de acuerdo también con jurisprudencia repetida de la Corte, "no es procedente la invocación directa de la causal de casación prevista en el ordinal 40. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, teniendo en cuenta que, en su naturaleza y alcances, ese motivo de impugnación no da cabida a debate alguno probatorio, el cual es del resorte exclusivo del señalado en el inciso 20. del ordinal 10. del expresado texto legal".

III.- El recurrente, al sostener que en el fallo impugnado no han debido considerarse "como pruebas", en fuerza de carecer, en su sentir. de validez, los testimonios recogidos por el Juez de Menores de Medellín al comenzar la investigación, no señala que se hubiera privado del derecho de defensa a Madrid Sierra, ni que, en su juzgamiento, a través de "violaciones de orden procesal", se hubiera dejado en "desamparo la sociedad", cuestiones que, como atrás se previno, serían las únicas que darían cabida a nulidades generadas en el quebranto del art. 26 de la Constitución Nacional, ni tampoco que en los trámites del juicio se hubieran consumado irregularidades susceptibles de ser acogidas para configurar algunas de esas nulidades. de que trata el art. 37 del Decr. 1358 de 1964. sustitutivo del 198 del C. P. P., planteando, en realidad, aunque apenas como enunciado, en lugar de cualquiera de aquellas varias hipótesis, que en ese fallo se incurrió en "apreciación errónea" de las declaraciones que recibió el mencionado Juez y que, de esa suerte, la condena impuesta al predicho sujeto se acordó violando el art. 203 del expresado Código, fenómeno que, relativo a estimación probatoria, no es de la órbita de la causal 4a. de casación sino, como también se indicó, de la prevista en el inciso 2o. del ordinal 1o. del art. 56 del especificado decreto 528 de 1964, circunstancia que, como es obvio, obliga la conclusión de que el cargo, en sus diversos aspectos, estuvo mal formulado y todavía peor fundamentado, siendo, por lo tanto, en sí mismo ineficaz.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Jorge Eliécer Madrid Sierra contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, expresamente determinado en la motivación de esta sentencia.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Monter Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

SALA LABORAL

Extractos elaborados por el Dr. Ignacio Gómez Zapata, Relator Judicial, de la Sala de Casación Laboral.

INTERES PARA RECURRIR

Es incongruente con la sentencia que condena a la empresa a tenor de la demanda, la providencia que le deniega, por falta de interés, el recurso de casación contra esa sentencia.

Recurso de hecho interpuesto por la Cía. Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) en el juicio laboral seguido por el Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer contra la mencionada compañía.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 20).

En el juicio ordinario del trabajo promovido por el Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer contra la Compañía Colombiana de Tejidos, S. A. (Coltejer), la parte áctora pidió que se pronunciasen contra la mencionada empresa las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que "está en la obligación de depositar en el Banco Popular de esta ciudad las cuotas deducidas y que en lo sucesivo deduzca a los trabajadores de la factoría de Coltefábrica, ya que es en esa entidad bancaria donde debe operar la congelación de fondos hasta que esta medida se levante".

- b) Que "está en la obligación de entregar, o mejor, pagar al Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer las sumas correspondientes a las cuotas deducidas a los trabajadores, durante el lapso comprendido entre el 19 de abril y el 14 de julio de este año, en todas sus factorías, o sea, Coltefábrica, Rosellón, Planta y Construcciones, según la cuantía y especificaciones de que da cuenta el cuadro adjunto".
- c) Que "está en la obligación de pagar al Sindicato demandante los perjuicios que esta arbitraria medida le ha ocasionado".

Dio lugar a las expresadas peticiones la suspensión de la personería jurídica al Sindicato y la congelación de los fondos de dicha institución durante cuatro meses, por resolución 0651 de 19 de abril de 1967, del Ministerio del Trabajo, y el posterior levantamiento de tales sanciones mediante resolución 1192 del mismo ministerio, de 14 de julio del año mencionado, sin que la Empresa entregara las sumas retenidas en virtud de la congelación ordenada.

Al contestar la démanda la Empresa se opuso a la acción, por cuanto, en su concepto, las sanciones impuestas al Sindicato implican la pérdida de todos sus derechos por el lapso de su duración, ya que la providencia del Ministerio "no sólo mantiene la congelación de los fondos, sino que no tuvo efecto retroactivo en el sentido de otorgar al Sindicato los derechos que no adquirió durante el término de la sanción"; y además, porque "a la Empresa han sido comunicadas estas congelaciones por parte del Ministerio del Trabajo, en forma general, y sin ordenar que las sumas congeladas se depositen en ninguna parte, y menos a órdenes del Sindicato o en su cuenta corriente". Agrega que la Empresa "simplemente es tenedora del dinero y lo entregará a quien corresponda, según la ley, sin que le aproveche o perjudique una u otra solución".

La segunda instancia del juicio finalizó con la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de 17 de enero del presente año, en que la sala falladora respectiva resuelve:

- "1. Condénase a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) a entregar al Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer el monto total del valor de las cuotas deducidas a los trabajadores de la Factoría de Coltefábrica, hasta el día 26 de julio de 1968, fecha en la cual se le notificó la descongelación de los fondos de aquella entidad;
- "2. Condénase igualmente a la citada Compañía a entregarle a la organización sindical anotada, la cantidad de ciento setenta y tres mil novecientos siete pesos con diez y siete centavos (\$ 173.907.17) a que asciende el valor de lo retenido entre el 19 de abril y el 14 de julio de 1968, por concepto de cuotas sindicales (fls. 11 y 12); y
- "3. Condénase a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer), a pagarle al Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer el interés legal del seis por ciento (6%) anual, sobre el monto total de las obligaciones declaradas en los ords. 10. y 20. de esta providencia, a partir del 26 de julio de 1968, en adelante y hasta que se efectúe la solución total de lo adeudado".

Contra el fallo anterior interpuso la Empresa recurso de casación, que le fue denegado, lo mismo que la reposición de esta última providencia solicitada por la parte opositora, con fundamento en la falta de interés en la Compañía para interponer el recurso, ya que ella misma manifiesta que "simplemente es tenedora del dinero y lo entregará a quien corresponda, según la ley, sin que le aproveche o

perjudique una u otra solución". "Estima la Sala —además— que el detrimento económico de que sí puede quejarse la Empresa lo constituye la condenación al pago de intereses, a que se contrae el ord. 30. de la parte resolutiva del fallo y cuyo monto no asciende a la cantidad necesaria para ser viable el recurso impetrado".

Es en virtud de esta negativa que la demandada ha ocurrido de hecho ante la Corte, con los documentos y dentro del término señalado en los arts. 513 y 514 del C. J., para que se le conceda el recurso denegado por la corporación falladora.

Se considera:

El interés que los arts. 59 del Decr. 528 de 1964 y 22 del Decr. 16 de 1968 exigen para in terponer el recurso de casación no difiere substancialmente del interés en obrar requerido para ejercitar la acción, concebido como la utilidad final que el titular de dicha acción espera deducir de provocar en favor suyo la tutela jurisdiccional, y que ciertos procesalistas definen "como una condición para obtener una sentencia en torno a la relación cuya declaración se demanda". En este sentido el interés es la medida de la acción y de la excepción, que consiguientemente no pueden conducir a resolución alguna de condena cuando falta aquél, pues en tal evento no puede darse entre las partes un conflicto de intereses que sea susceptible de composición por la vía jurisdiccional. Mas, no siendo dable identificar el interés en obrar con el derecho subjetivo que se deduce en el juicio ni con la correlativa obligación, porque no siempre derecho y obligación coinciden como una realidad que pueda ser reconocida, con los extremos de la relación jurídica que se quiere ver declarada, los procesalistas convienen en un mínimum necesario -así se expresa Carnelutti- para que se presente como indispensable tal composición. Este mínimum consiste en la existencia de un interés jurídico protegido en el acreedor y otro interés jurídico subordinado en el deudor, entendiêndose por interés jurídico no solamente el derecho subjetivo cuya tutela se impetra sino también la definición de una situación dudosa o incierta, "Puede acontecer -dice Ugo Roccoque el solo estado de incertidumbre de una relación perjudique a alguno sin que el obligado haya omitido o rehusado mantener aquella posición a que la relación lo obliga. En este caso existe el interés únicamente a la declaración, que por sí satisface dicho interés" (Dere-

cho Procesal Civil): v sobre el mismo tema expone Chiovenda: "La afirmación de un derecho ajeno a cargo nuestro, en cuanto nos produzca daño, disminuvendo nuestro crédito o creando de alguna manera dificultades a nuestra libertad de conducta v de determinación, puede ponernos en la necesidad de dirigirnos al juez para invocar una declaración negativa. Otras veces la falta de certeza no se referirá al derecho en sí, sino a la persona a quien pertenece, como si dos personas diferentes pretendieran de nosotros: el pago de la misma deuda" (Ensayos de Derecho Procesal Civil), concepto estrictamente aplicable a la cuestión debatida en este recurso de hecho. No debe olvidarse que el interés para accionar, y por tanto para recurrir puede provenir del perjuicio que al deudor puede ocasionar la falta de certeza sobre la persona del acreedor que le impida satisfacer el crédito con la consiguiente secuela de sancionès, gravámenes y acciones judiciales, lo que explica la protección que la ley dispensa a ese interés.

De estas premisas resulta: que es incongruente con la sentencia que condena a la Empresa a tenor de la demanda, la providencia que le deniega, por falta de interés, el recurso de casación contra esa sentencia; que la incongruencia se hace más notoria si se considera que por la sola circunstancia de haberse producido la condena aparece como evidente el interés de la Empresa en evitar sus efectos; que no anduvo acertado el fallador de instancia al no reconocerle a la compañía demandada interés suficiente para provocar la quiebra del fallo, como recurrente, no obstante habérselo reconocido, como demandada, para intervenir en la litis, siendo así que el interés jurídico se en tiende necesario-para obrar en todas las etapas del juicio y para llevarlo hasta su conclusión, o sea hasta la revisión de la sentencia en casación si hubiera lugar al recurso; que tampoco lo estuvo al no ver que la condena a pagar intereses de mora está estrechamente ligada a la condena por la obligación principal, como que no es sino una secuela de ésta, por lo cual el interés para intervenir respecto de la obligación accesoria no puede menós de concernir también al interés para obrar respecto de la principal; que asimismo no tuvo en cuenta que el interés jurídico que se requiere para accionar o proponer excepciones se refiere al resultado final de la litis, y que este resultado final no se establece sino una vez agotados todos los recursos que la ley concede para proteger a las partes, sin exclusión del recurso interpuesto. Ni sobra advertir, por último, que la Corte ha insistido en numerosos fallos en que el interés para interponer el recurso de casación se mide, en lo que atañe a la parte demandada, por la cuantía de la condena, que en este caso excede a la cantidad de cincuenta mil pesos que señala el Decr. 16 de 1968.

En consecuencia, la Corte resuelve:

Concédese el recurso de casación interpuesto oportunamente por la Compañía Colombiana de Tejidos, S. A. (Coltejer) contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el diecisiete de enero del presente año.

Comuníquese esta decisión al mencionado tribunal para que se sirva remitir a esta Corte el juicio respectivo, original, a fin de que se surta el recurso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese esta actuación una vez ejecutoriada la presente providencia.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño. Carlos Peláez Truiillo.

Vicente Meiía O., Secretario.

LIQUIDACION DE COSTAS

De acuerdo con el inciso 20. del art. 582 del C. J., "si la parte, al hacer la objeción, pide que se oigan peritos, el Juez decreta su nombramiento, y, rendido el dictamen, pronuncia su resolución".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 19).

El doctor Héctor Pabón Lasso, apoderado del opositor en el recurso de casación de la referencia, resuelto por la Sala en fallo de 13 de diciembre de 1968, suplica, en el escrito anterior, el auto del Magistrado sustanciador fechado el 14 de marzo último, visible al fl. 39 del presente cuaderno, por el que repuso la fijación que había hecho, en \$300.00, de las agencias en derecho y las elevo a la suma de \$1.000.00.

El recurso de ahora obedece a que el dicho apoderado objetó aquella fijación en \$300.00, hecha en auto de 6 de febrero de 1969, y solicitó la retasa con intervención de perito, conforme al art. 582 C. J. Y el sustanciador, en la providencia indicada, de 14 de marzo último, resolvió en forma directa acerca de tal solicitud, del modo igualmente dicho.

Se considera:

Según el precepto indicado, aplicable conforme al art. 145 C. P. T., si la parte que hace la objeción a la liquidación de las costas pide

que se oigan peritos, el Juez decreta su nombramiento, en virtud de regla distinta de la del inciso primero de aquel artículo 582. En el sub lite fue esto lo que solicitó, en tiempo oportuno, el apoderado de la parte inconforme con la fijación de las agencias en derecho, y no habiéndosele atendido, a pesar de ser lícita su petición, el procedimiento distinto que dispuso el sustanciador ha de revocarse para ordenar, en su lugar, lo que proceda. En consecuencia se resuelve:

- 1. Revócase el auto de 14 de marzo de 1969 proferido en este asunto por el H. Magistrado sustanciador:
- 2. Efectúese diligencia de sorteo de un perito entre los que integran la lista elaborada por la Sala conforme al Decr. 2367 de 1968, para que en dictamen que rinda en forma legal, estime las agencias en derecho causadas en el recurso de casación de la referencia. Para dicha diligencia, señálase la hora de las nueve de la mañana del día siguiente hábil a la ejecutoria de este auto. Término para el experticio, tres días a partir de la posesión del sorteado.
- 3. Ejecutoriado este auto, vuelva el expediente al Despacho del H. Magistrado sustanciador Dr. Edmundo Harker Puyana.

Cópiese y notifiquese.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA

Esta Corporación ha venido insistiendo en que la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, reza únicamente con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril quince de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 21)

Se encuentra para decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Gilberto Jaramillo contra la sentencia de segunda instancia de fecha 23 de noviembre de 1967, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot en el juicio que contra aquel y Margarita Fajardo de Jaramillo siguió Jaime Rico.

LA LITIS

Jaime Rico demandó por conducto de apoderado a los esposos Gilberto Jaramillo Tamayo y Margarita Fajardo de Jaramillo, ante el Juzgado Municipal del Trabajo de Girardot, para que mediante sentencia fueran condenados a pagarle lo siguiente: a) Por auxilio de cesantía, \$9.333.33; b) por salario insoluto correspondiente a horas extras \$ 101.350.20; por salario insoluto correspondiente a dominicales y festivos, \$29.082.40; d) por concepto de participaciones en las utilidades de la Empresa, \$4.000.00; e) por concepto de descansos compensatorios, \$14.415.80; y f) por indemnización a causa de despido injusto, \$10.666.66. Igualmente solicitó condenas por las demás cantidades que resultaron probadas en autos y costas del juicio.

Para fundamentar las peticiones formuladas, expuso los siguientes hechos que a continuación se resumen:

1. Que ingresó a prestar servicios como cajero en la Empresa Fábrica de Gaseosas El Sol de Girardot, el 10. de septiembre de 1956, según contrato escrito:

- 2. Que devengó inicialmente \$250.00 de sueldo hasta el 10. de enero de 1958, en que tal remuneración fue elevada a \$450.00, para luego tener otros aumentos graduales que determinaron el que hubiera gozado en el último año de servicio y en el momento del rompimiento del vínculo contractual de un sueldo de \$1.500.00:
- 3. Que, además de simple cajero, con el tiempo el actor fue Administrador General de la Empresa, Cajero-Pagador-Recibidor, Jefe de Personal, encargado de correspondencia y organizador de oficina, labores que desarrolló con eficiencia, acrisolada honradez y gran responsabilidad, virtudes que le merecieron los mejores elogios del señor Jaramillo Tamayo;
- 4. Que el 29 de enero de 1966 hizo entrega de los valores y efectos que tenía a su cargo, obteniendo un finiquito totalmente favorable;
- 5. Que por cuestiones de orden interno, el demandante se vio precisado a anunciar con preaviso de cuarenta y cinco días su retiro de la empresa, no obstante lo cual el retiro no tuvo ocurrencia en esa fecha "por obra de los empleadores" y Rico siguió trabajando al servicio de los demandados pero al terminar el mes de enero fue notificado de su destitución fulminante y de la orden de hacer entrega de los efectos puestos a su cuidado;
- 6. Que "además del horario de Ley" a Jaime Rico le correspondía laborar durante 17 horas al día y todos los siete días de la semana;
- 7. Que la Empresa lo distinguió con una participación en sus utilidades del 1%, a partir del 10. de enero de 1962, cuyo pago se hacía por anualidades;

- 8. Que los demandados adeudan al actor el valor de su cesantía, el de las horas extras. el del trabajo en días domingos y festivos. el porcentaje por participación en las utilidades de la Empresa, el del descanso compensatorio, la indemnización por despido injusto y los salarios caídos:
- 9. Que de las anteriores deudas debe deducirse la cantidad consignada con posterioridad al rompimiento unilateral, intempestivo e injusto del contrato por parte de los esposos Jaramillo-Fajardo y, las liquidaciones parciales de cesantía, que se realizaron sin autorización oficial, como la compensación en dinero de vacaciones durante la vigencia del contrato, cuya validez corresponde al Juzgado determinar;
- 10. Que la Empresa de Gaseosas Sol, Jaramillo y Fajardo, operó en el comercio desde 1954 como sociedad limitada de comercio, bajo la razón social de "Fábrica de Gaseosas El Sol, Ltda.", y su representación estuvo a cargo de Jesús Ismael Jaramillo como gerente en propiedad y luego por delegación habiendo actuado también como gerente el demandado Gilberto Jaramillo Tamayo.
- 11. Que por vencimiento del término contractual la sociedad concluyó su existencia como persona jurídica y operó como simple persona natural desde el 4 de junio de 1964 "al frente de la cual empresa industrial" quedaron sus propietarios señores Gilberto Jaramillo y Margarita Fajardo de Jaramillo:
- 12. Que al momento del rompimiento unilateral del contrato no se pagaron al actor las sumas correspondientes a las deudas laborales ya especificadas sino que se le ofreció una suma irrisoria que al no ser aceptada se le consignó en el Juzgado Municipal del Trabajo;
- 13. Que el Sr. Jaime Rico fue distinguido como trabajador de óptimas cualidades y condiciones especiales, virtudes que se le reconocen en el comercio local y que la "prensa escrita" de Girardot comentó su retiro arbitrario;
- 14. Que el despido intempestivo e' injusto produjo en el demandante una fuerte depresión psíquica, motivo suficiente para hacerlo acreedor a indemnización por perjuicios morales; y,
- 15. Que los demandados están en mora de pagar a Rico los valores que se han mencionado y son "económicamente capaces en ley para realizarlos en su calidad y cantidad expresadas".

En derecho apoyó sus peticiones en los arts. 87 y siguientes del Capítulo IV del C. S. del T., Título I; Capítulos V, VI y VII en sus artículos pertinentes; Título VIII, Cap. VII; Título 90. Cap. VI; Decrs. 2158/48 y 2351/65, y en general, las demás disposiciones sobre la materia que sean procedentes.

La demanda así formulada fue admitida y del auto admisorio se dio el traslado de ley a los demandados, a quienes se notificó separadamente el 3 de marzo de 1966.

Empero al juicio sólo compareció el señor Gilberto Jaramillo Tamayo, otorgando poder al abogado J. Andrés Viáfara Portocarrero. La demandada Margot Fajardo de Jaramillo no otorgó poder ni se hizo presente para defender sus derechos.

En la constestación de la demanda hecha por el apoderado de Gilberto Jaramillo T. se aceptaron los hechos 1o. a 5o. y el 10o., negándose los demás o pidiendo su prueba; hubo oposición a todas y cada una de las peticiones del libelo: se solicitó la condena en costas del actor; se propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, pago y toda la que se desprenda de "cuanto se pruebe dentro del juicio". Además afirmó que el demandante supo en tal forma ganarse la confianza de su representado como de la esposa de éste, que obtuvo "hacerles firmar a ambos papeles con el membrete de la fábrica, escritos parcialmente con declaraciones ciertas, y dejando en blanco los espacios necesarios entre la firma y lo anterior, para en ellos agregarles cosas que constituyen las pruebas de cargo que aparecen respaldando las peticiones de la demanda".

Rituado el juicio en forma legal el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de fecha 20 de mayo de 1967. en la cual se condenó a los demandados Gilberto Jaramillo T. y Margarita Fajardo de Jaramillo a pagar al actor Jaime Rico las siguientes sumas: a) \$4.362.50 por cesantía, declarando parcialmente probada la excepción de pago respecto a esta prestación; b) \$8.636.45 por concepto de dominicales y festivos, declarando parcialmente probada en la diferencia con lo pedido la excepción perentoria de prescripción, y c) \$1.400.00 por concepto de descansos compensatorios. Se absolvió a su vez a los demandados de los demás cargos que les fueron formulados; se declararon no probadas las demás excepciones propuestas y no se condenó en costas a ninguna de las partes.

La parte actora insatisfecha con el proveído de primera instancia apeló para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot. Conducta distinta observó la parte demandadada, la cual no apeló del fallo.

Subidos los autos al Tribunal se surtió el trámite legal correspondiente pero ante la circunstancia de que la Sala de Decisión no se puso de acuerdo sobre el proyecto de sentencia presentado por el ponente, se siguió el procedimiento estatuído por el Decr. No. 1356 de 1964 en su art. 50.

Así las cosas y cumplido el trámite del citado decreto, dictó el 23 de noviembre de 1967 sentencia de segundo grado acogiendo en su mayor parte la del a quo modificándola en lo que se refiere a pago de horas suplementarias, por cuyo concepto condenó a los demandados a pagar al actor la suma de \$66.410.40. No hubo condena en costas. Salvó su voto el Magistrado Dr. Antonio Rodríguez (fls. 141 a 156 vto, cdno. No. 1).

Contra el fallo del Tribunal el apoderado de Gilberto Jaramillo T. interpuso recurso de casación el cual le fue concedido por auto de 13 de diciembre de 1967 (fl. 157 vto., cdno. No.1).

EL RECURSO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, por medio de auto de 27 de marzo de 1968, admitió el recurso propuesto por el apoderado de Gilberto Jaramillo T., pero extendió la admisión a la señora Margarita Fajardo de Jaramillo, no obstante que ella como ya se dijo, no compareció al juicio a hacer valer sus derechos ni designó abogado alguno para que en él la representara.

A pesar de esta circunstancia aparece manifestando el 26 de abril siguiente, que confiere poder al abogado inscrito, doctor Pedro Nel Rueda Uribe, para que la represente "en el trámite del recurso de casación que en el juicio de la referencia propuse (se subraya) contra la sentencia dictada por el Tribunal de Girardot, Sala Laboral, con fecha 23 de noviembre de 1967, ya admitido por la H. Corte" (fl. 6, cdno. No. 3).

En consecuencia ningún valor tiene lo resuelto por la Sala en el auto antedicho respecto a la señora de Jaramillo y ella en el recurso extraordinario de casación no puede ser oída por no tener ya interés jurídico. Igual cosa sucede respecto al otro demandado señor Gilberto Jaramillo Tamayo respecto a las condenas hechas por el Juez a quo y confirmadas por el Tribunal de Girardot en la sentencia recurrida, por la circunstancia de que él no apeló de la sentencia que revisó en el trámite de este recurso el mencionado Tribunal.

Se estudiará entonces la demanda formulada en tiempo por el apoderado del señor Gilberto Jaramillo Tamayo, siguiendo las bases hasta aquí expuestas. Hubo escrito de oposición.

El recurrente divide su demanda en tres capítulos. El primero contiene lo que el censor denomina "Resumen de los hechos y de la controversia", pero que además reproduce un aparte de la sentencia de segunda instancia y varios de los correspondientes al salvamento de voto del Magistrado del Tribunal de Girardot doctor Antonio Rodríguez R. (fls. 8 a 18, cdno. No. 3). En este capítulo no aparece por ninguna parte el petitum de la demanda o sea el alcance de la impugnación.

En el segundo capítulo se hacen una serie de manifestaciones previas a la acusación, sin que en tales manifestaciones aparezca tampoco cuál es el alcance de la demande

El capítulo tercero contiene los cargos que se formulan contra la sentencia del ad quem y que la Sala estudiará con el fin de poder establecer si existe petitum pues en el caso contrario tales cargos serán desestimados.

Primer cargo. Lo formula así el recurrente: "Acuso la sentencia en primer término por violación indirecta de las leyes sustantivas que enunciaré en este párrafo, como consecuencia del error de hecho proveniente de falta de apreciación de pruebas, que lo llevó a fallar sobre la materia del pleito sin que existiera el requisito de la legitimación en causa de la parte demandada, esencial en la acción y esencial para la sentencia de fondo".

Entra luego el recurrente a expresar cuáles son los fundamentos del cargo, alegando como en instancia (fls. 19 a 31, cdno. No. 3); indica cuáles fueron las pruebas no apreciadas; sus consecuencias si hubieran sido tenidas en cuenta; dice que las normas violadas fueron las contenidas en el art. 69 del C. S. del T., por falta de aplicación e indirectamente la "norma sustantiva del C. C. marcada con el No. 1579, el art. 343 del C. J. y a través de éste del 26 de la Codificación Constitucional"; y termina transcribiendo apartes de una sentencia del

Tribunal Supremo (juicio seguido por Luis Castiblanco contra Juan de la C. Garzón, sentencia de 15 de marzo de 1956).

Lo que sí olvidó por completo el recurrente fue indicar, de acuerdo con la exigencia perentoria del ordinal 40. del art. 90 del C. de P. L., cuál según él era el alcance de la impugnación, en otras palabras el petitum de la demanda, para que la Corte conociendo con certeza las aspiraciones del recurso, pueda hacer pronunciamiento sobre él.

Finalmente debe observarse que solo y en cuanto a disposiciones del C. S. del T., se acusa como violado el art 69 del mismo pero no se indican como infringidas aquellas que consagran las obligaciones de que deben responder según la primera el patrono sustituto y el sustituído.

La presentación del cargo es en consecuencia incompleta.

Por las razones anteriores, se desestima el cargo.

Segundo cargo. Se plantea sí: "Acuso la sentencia recurrida, con invocación de la causal tercera del art. 60 del Decr. 528 de 1964 por cuanto el juicio en que se dictó está afectado de nulidad doble: nulidad por ilegitimidad de personería en la parte demandada y nulidad por falta de citación o emplazamiento en la forma legal de quienes forman la misma parte demandada".

Respecto a este cargo se puede ver en su formulación y fundamento que tampoco el recurrente indica a la Corte cuál es su aspiración y por lo tanto sería el caso de desestimarlo.

Empero, por tratarse de la tercera causal del art. 60 del Decr. 528 de 1964, considera la Corte hacer las siguientes breves consideraciones.

Esta Corporación ha venido insistiendo en que la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, reza únicamente con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo, que es la alegada en este cargo, cuando en él se sostiene:

"Ello obliga a concluir en que ninguno de los dos demandados tenía personería para asumir, en su propio nombre y en calidad de patrono, en forma pura y simple, como si tuviera origen contractual directo y no solidario, el litigio sobre prestaciones y salarios causados y exigi-

bles durante el tiempo en que ni ellos fueron dueños de la Empresa ni estuvieron ligados con Jaime Rico por el vínculo de contrato alguno y menos aun de un contrato laboral", y cuando se agrega:

"Luego debe concluírse que ambos los dos demandados carecían per se de personería sustantiva para tener la calidad de demandados directos, como deudores puros y simples, por deuda de origen no contractual sino legal, de carácter solidario, con derecho a repetir lo pagado" (fl. 25, cdno. No. 3).

El cargo se desestima.

Tercer cargo. Dice el recurrente: "Dado el efecto destructivo fulminante de las acusaciones formuladas en los dos cargos anteriores, formulo este tercero impulsado más por un criterio académico que por el sentido práctico. Lo que quiere decir que es apenas subsidiario. Lo formulo así:

"Violación indirecta de ley sustantiva, por falta de aplicación de ella como consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas que invocó y falta de apreciación de otras".

El recurrente pasa luego a hacer un largo análisis en forma de alegato de instancia de cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y las no apreciadas y de las consecuencias legales de estos errores que llevaron al Tribunal a violar los arts. 161 y 162 del C. S. del T.

Pero como se dijo al analizar los cargos anteriores omitió el censor precisar el alcance de la impugnación y por tanto, la Sala deberá desestimarlo.

Cuarto cargo.- Se le presenta así: "Violación indirecta de lesyes (sic) sustantivas por indebida aplicación, como consecuencia de aquellos errores de hecho". (Los analizados en el cargo anterior).

Dice el recurrente:

"De las múltiples normas violadas por este concepto me limito a citar las contenidas en el art. 171 del C. S. del T. en armonía con el 162, que fija la jornada ordinaria de trabajo para empleados que no son de confianza, dirección y manejo, el 168 ibídem que fija la remuneración del trabajo en horas extras, el 179 de la misma obra y el 12 del Decr. 2351 de 1965, que señalan la remuneración del trabajo efectuado en domingos y días feriados, que fue aplicado indebidamente, como los demás citados en este párrafo".

Al no existir petitum, el cargo se desestima.

Quinto cargo. Se formula así: "Para calafatearle cualquier entrada a la defensa del fallo recurrido, voy a permitirme proponer en último término y subsidiariamente de los anteriores este cargo: "Violación indirecta de ley sustantiva como consecuencia de error de hecho consistente en haberse dado por demostrado un hecho que lo estaba" (sic).

Acusa como violados los arts. 69 del C. S. del T. "por sí mismo" y en relación "con el 67 y 68 del mismo".

Dice el recurrente que el error consiste en haber dado por demostrada, sin estarlo, "la calidad de sustitutos de mis mandantes" en relación con la Sociedad "Fábrica de Gaseosas El Sol", y/o con el señor Jesús Ismael Jaramillo, y/o con la sociedad denominada "Fábrica de Gaseosas El Sol, Ltda." y/o con cual-

quier otro patrono anterior al momento en que los demandados vinieron a serlo del actor.

Como en este cargo tampoco se encuentra el petitum de la demanda, también se desestima.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

En la formulación del cargo y en el desarrollo del mismo es necesario que el recurrente precise el concepto de violación de las disposiciones a que se refiere.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 20)

Luis Alberto Villa demandó por medio de apoderado al Departamento de Cundinamarca, representado por su Gobernador doctor Jorge Samudio Aguirre, pidiendo reintegro a su puesto de Despachador de Almacén en la Secretaría de Obras Públicas Departamentales, salarios del tiempo cesante hasta la fecha del reintegro, pensión de jubilación por veinte años de servicio, auxilio de cesantía por los años adicionales, indemnización por lucro cesante, por perjuicios morales y por mora, y el aumento de salarios ordenado por el Decr. 0118 de 1957.

Alegó para fundamentar sus peticiones: que trabajó al servicio del Departamento, en la Secretaría de Obras Públicas, en forma continua y observando buena conducta, desde el primero de febrero de 1928 hasta el 10 de marzo. de 1961; que no ha recibido los salarios que reclama, ni las prestaciones sociales, no obstante haber elevado la correspondiente solicitud y haber transcurrido el término de gracia que contempla el Decr. 797 de 1949; que está dispuesto a prestar nuevamente sus servicios al Departamento y ha solicitado su reintegro, como quien trabajó por más de diez años, sin obtener respuesta; que fue declarado cesante en un despido colectivo no autorizado por el Departamento Nacional del Trabajo; que devengaba un sueldo de \$450.00 mensuales, más un 20% de bonificación dispuesto por la Ordenanza No. 13 de 1947; que tiene más de cuarenta años de edad y por eso, de acuerdo con la citada Ordenanza, tiene derecho a pensión de jubilación; que no ha recibido los aumentos de salarios dispuestos por el Decr. 0118 de 1957, ni otros convenidos con el Sindicato de trabajadores Oficiales del Departamento, ni la cesantía adicional a 20 años de servicio, ni el certificado médico de retiro; y que mediante reclamaciones elevadas a su debido tiempo se halla agotada la vía gubernativa.

Corrido el traslado de la demanda, el apoderado del Departamento contestó oponiéndose a las condenaciones pedidas, negando unos hechos y exigiendo de otros que se probaran. Propuso la excepción de petición antes de tiempo, por no haberse agotado la vía gubernativa:

Correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, en sentencia pronunciada el 8 de agosto de 1962, resolvió lo que se transcribe a continuación:

"Condénase al Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Gobernador y el señor Secretario de Obras Públicas, Doctores Jorge Zamudio Aguirre y Carlos Cortés Lee o quienes hagan sus veces, a pagar a favor de Luis Alberto Villa, mayor de edad y de esta vecindad, la siguientes cantidades de dinero, así:

- "a) La suma de trescientos noventa pesos (\$ 390.00 m/cte), mensuales, a partir del once (11) de marzo de mil novecientos sesenta y uno (1961), por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación;
- "b) La suma de novecientos setenta y cinco pesos (\$ 975.00 m/cte.), por lucro cesante;
- "c) La suma de *tres mil setecientos cinco pesos* (\$ 3.705.00 m/cte.), por indemnización moratoria:
- "d) La suma de sesenta y cuatro pesos con ochenta centavos (\$64.80 m/cte.), por reajuste de salarios;

- "2. Autorízase a la demandada para descontar de la pensión mensual de jubilación la cantidad de dos mil quinientos cincuenta y tres pesos con setenta y un centavos (\$ 2.553.71 m/cte.), en cuotas que no excedan del 20% de cada mensualidad, cantidad percibida por el actor por cesantía parcial.
- "3. Declárese probada, de oficio, la excepción perentoria de pago con relación a la petición sobre cesantía adicional.
- "4. Declárase no probada a la excepción de petición antes de tiempo interpuesta por el señor apoderado de la parte demandada.
- "5. Absuélvese a la demandada de las demás peticiones de la demanda.
 - "6. Sin costas".

Apelado el fallo de primera instancia por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en fallo proferido el 24 de septiembre de año citado, confirmó lo resuelto por el inferior, pero introduciendo la modificación consistente en elevar a \$1.269.90 la condena por lucro cesante, que el Juzgado había fijado en \$975.00.

Contra la sentencia de segundo grado interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado del demandante. Concedido éste, aceptado y sustanciado en debida forma, se procede a resolverlo, con base en la demanda presentada, contra la cual no se formuló oposición.

El recurrente fija el alcance de la impugnación en los siguientes términos:

"Que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral del 24 de septiembre de 1962 (fls. 135 a 140) y que como tribunal de instancia condene a la entidad demandada:

- a) Al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria o salarios caídos o indemnización por no pago hasta cuando la entidad demandada pague a mi poderdante además de la cesantía el reajuste de salarios, la indemnización por lucro cesante así como las demás prestaciones sociales adeudadas.
- b) Al reconocimiento y pago de la indemnización por lucro cesante durante 4 meses y 19 días tiempo faltante para cumplir el plazo presuntivo de trabajo a razón de \$585.00 sueldo promedio últimamente devengado".

Con base en la causal primera del art. 87 del C. P. L. formula contra la sentencia recurrida dos cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer cargo. Dice: "La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción directa o en errónea interpretación por defectuosa aplicación del art. 10. Parágrafo 20. del Decr. 797 de 1949 en concordancia con los arts. 10. y 20. del Decr. 0118 de 1957, arts. 10., 11, 17 letra a) de la Ley 6a. de 1945, art. 10. de la Ley 65 de 1946, art. 10. del Decr. 1160 de 1947, art. 40., 26 numeral 30, 43, 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945, art. 24 de Ley 83 de 1931, art. 30. de la Ley 64 de 1946".

En el desarrollo del cargo el recurrente censura al Tribunal porque no obstante dar por existentes acreencias laborales por diversos conceptos, como reajuste de salarios, indemnización por lucro cesante, y cesantía, no canceladas oportunamente por el Departamento, aplicó la sanción moratoria limitando su efecto hasta el 9 de enero de 1962, fecha en que se pagó al actor el valor de su cesantía adicional. Dice que se violó en esta forma el parágrafo 2o. del art. 10. del Decr. 797 de 1949, según el cual, si transcurrido el término de noventa días "no se hubieren puesto a orden del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeudan, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley"; ello, porque no basta el pago de una de tales acreencias para librarse de la sanción. Estima que el Tribunal no aplicó en su integridad el precepto sino que lo recortó en sus efectos, y concluye: "Es así como la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, casará la referida sentencia y como tribunal de instancia condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a razón de un salario promedio mensual de \$585.00, desde el 30 de junio de 1961, hasta cuando se le paguen a mi poderdante el reajuste de salarios y la indemnización por lucro cesante".

SE CONSIDERA

El recurrente habla, en la formulación del cargo, de infracción directa, errónea interpretación y defectuosa aplicación de las mismas normas legales, incurriendo en imprecisión. Sin embargo, en el desarrollo de la acusación sostiene que el Tribunal no aplicó el art. 10. del Decr. 797 (parágrafo 20.) "en su totalidad y en la plenitud de sus efectos". Es fácil así interpretar que se está imputando concreta-

mente la modalidad de la infracción directa.

Ahora bien: el Tribunal expresó en relación con este tema de la sanción moratoria:

"Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decr. 797 de 1949 y que el contrato de trabajo que vinculó a las partes terminó el 11 de marzo de 1961, se impone la condena que por salarios caídos se solicita en la demanda a partir del 30 de junio de 1961 a razón de un día de salario por cada día de retardo hasta el 9 de enero de 1962 fecha ésta en la cual se pagó al actor el valor de su cesantía adicional. Y no vale alegar, como lo pretende el apoderado Dr. Omar Arturo Ortiz, que dicha condena sea hasta el día en que se pague el valor del reajuste de salarios en atención a que, no existió, en ningún momento, mala fe de la demandada en no verificarlo en oportunidad. Hechas las operaciones correspondientes la condena asciende a la suma de \$3.705.00. Se confirma, así, la decisión del fallador de primer grado.

En otras consideraciones el Tribunal dedujo que existe a cargo del Departamento y a favor del trabajador Villa una deuda, por concepto del reajuste de salarios dispuesto por el Decr. 0118 de 1957, correspondiente al tiempo comprendido entre el 10. de julio y el 30 de agosto de 1957; y dedujo también la obligación de pagar lucro cesante en cuantía de \$1.269.90. No obstante, limitó el efecto de la sanción moratoria hasta el dia en que se pagó el auxilio adicional de cesantía. La disposición legal a que se refiere el recurrente no resulta, por consiguiente, aplicada en todo su sentido literal, y en esto es exacta la observación que se hace en la acusación.

Pero, según lo que se acaba de transcribir, el Tribunal justificó su proceder con una razón que no está contradicha ni ha sido atacada en el recurso, a saber: que no existió, "en ningún momento" mala fe por parte del demandado. En otros términos, para limitar en la forma en que lo hizo, la aplicación del art. 1o. del Decr. 797 de 1949, sustitutivo del 52 del Decr. 2127 de 1945, el Tribunal adujo una razón o emitió un juicio que el recurrente no se preocupó por atacar en la demanda de casación. Se refiere él a la existencia en todo momento de buena fe por parte del demandado; cuestión de hecho cuya deducción, según ha dicho la Corte, "se asimila a presunción simple o judicial, y se estructura de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento".

Se deduce así que el cargo no está formulado en debida forma, porque en el aspecto que contempla no atacó la sentencia en su verdadero soporte, ni por la vía que era conducente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.- Se formula en los siguientes términos: "La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción directa, o en errónea interpretación de los arts. 10. de la Ley 6a. de 1945, de su art. 11; art. 30. de la Ley 64 de 1946; art. 43 y 51 del Decr. 2127 de 1945; art. 17 letra b) de la Ley 6a. de 1945, su concordante art. 40. de la Ordenanza 13 de 1947; art 30. de la Ley 65 de 1946; art. 24 de la Ordenanza 59 de 1937; y art. 90. de la Ordenanza 35 de 1939; y art. 10. del Decr. 2167 de 1945; y art. 10. letra c) del Decr. 1773 de 1960".

Censura el recurrente al Tribunal porque después de reconocer que el Departamento está en la obligación de pagar lucro cesante al extrabajador Luis Alberto Villa, lo reduce a la diferencia entre el monto del último salario devengado y el de la pensión de jubilación que recibe (\$390.00), basándose para ello en la consideración de que la pensión y la indemnización tienen una misma finalidad.

SE CONSIDERA

En la formulación de este cargo y en el desarrollo del mismo le faltó al recurrente precisar el concepto de violación de las disposiciones legales a que se refiere. En efecto, habla a la vez de infracción directa y de errónea interpretación, modalidades estas que según reiterada doctrina son formas de violación que responden a conceptos diversos y que requieren, por lo mismo, imputación y fundamentación distintas.

Por el defecto anotado se rechaza la acusación.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

NULIDADES

De acuerdo con el art. 448 del C. J., "son causas de nulidad en los juicios: la. La incompetencia de jurisdicción".

Resulta que por efecto del fallo arbitral, cuya firmeza no ha constituído tema de discusión en el proceso, la justicia del trabajo no tenía competencia para conocer del conflicto jurídico que plantea la demanda del señor Corinaldi, ni ella fue prorrogada por la parte contraria, quien propuso desde la contestación la nutidad de lo actuado, precisamente por esa circunstancia de orden procesal. Invocó un estatuto que había dejado de regir por fuerza del Decr. 528 de 1964, pero este, también citado en el cargo y cuya vigencia empezó el 10. de julio de ese mismo año, consagra como causal de casación algunos de los motivos previstos en el art. 448 del C. J. y entre estos se encuentra la incompetencia de jurisdicción, lo que hace que la Corte case la sentencia y declare nula la actuación, porque ésta trae el vicio que anota el recurrente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No.20).

Allan Roy Corinaldi, por medio de apoderado, demandó en escrito presentado el 10 de julio de 1964, a la sociedad anónima Colombian Petroleum Company, con domicilio en
Bogotá y agencia en la ciudad de Cúcuta, representada por el Dr. Luis Chacón Hernández,
para que se le condene al pago de las siguientes
sumas en moneda legal de los Estados Unidos
de América, por razón de las estipulaciones
contenidas en la Laudo Arbitral de 31 de octubre
de 1960, que puso fin al conflicto colectivo entre
dicha empresa y el Sindicato de Trabajadores de la misma:

US\$ 1.329.75, o sea el 15% sobre el salario de US\$ 985.00 por concepto de bonificación; US\$ 4.210.88, como aumento del 15% en rela-

ción con el mismo salario; US\$ 2.205.39, equivalente a un aumento de 11.8% sobre el salario mensual de US\$ 1.132.65; US\$ 3.655.58 como prima de antigüedad; US\$ 1.003.66, por reajuste de vacaciones; US\$ 1.284.37 por reajuste de cesantía y US\$ 2.237.13 a título de indemnización moratoria.

También solicita, que de conformidad con el art. 134 del Laudo Arbitral, se declare que el pago de la pensión de jubilación debe hacerse en la misma moneda en que se ha efectuado el de los salarios, y demás prestaciones, o sea en dólares sobre la cantidad de \$3.000.00 m. l. colombianos al tipo de cambio establecido para las compañías petroleras.

Como fundamentos de hecho adujo los siguientes: durante más de 20 años trabajó al servicio de la sociedad demandada, en diferentes cargos, y su remuneración "figuraba en el rol de dólares". Al cumplir 65 años de edad y más de 20 de servicios la empresa, por medio de la carta de 29 de enero de 1963, le notificó que a partir del 16 de marzo del mismo año, su contrato de trabajo terminaría, para que empezara a disfrutar de una pensión de jubilación de \$3.000.00 mensuales, lo que tuvo cumplido efecto.

El 31 de octubre de 1960 fue firmado el laudo arbitral en el conflicto colectivo entre Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la misma, el cual constituye una ley para las partes y de acuerdo con el artículo 10. rige integralmente las relaciones laborales entre la empresa y sus trabajadores.

Transcribe los arts. 125, 126 y 133 del laudo, que contemplan lo referente a la bonificación, a los aumentos de salario y a la prima de antigüedad, y concluye que la empresa no dio cumplimiento a estas obligaciones, pese a que las normas citadas consagran esos derechos para todos los trabajadores que se encuentran a su servicio, "sin hacer distinción entre los sindi-

calizados o no sindicalizados, entre nacionales o extranjeros, entre los que figuran o no en el rol de dólares, o entre los que ocupen o no cargos de confianza". Que según informes, la empresa "no tenía en cuenta para sus empleados de confianza, y en especial para aquellos que figuraban en el rol de dólares, las disposiciones del fallo arbitral, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 7o. del mismo...", el cual sólo se refiere a la estabilidad de los empleados con exclusión de los que ocupan cargos de esa naturaleza.

Que el 15 de marzo de 1963 hizo entrega de su oficina y en radiograma de la misma fecha para "Colpetro" de Bogotá dio el aviso correspondiente y solicitó instrucciones sobre la liquidación definitiva de sus derechos, ya que ésta no le fue presentada, ni pagado su valor en esa fecha.

Que el 5 de mayo de ese mismo año, la empresa consignó en su cuenta bancaria la suma de \$7.623.11 como valor de tal liquidación. En carta del 11 de julio siguiente, dirigida al Gerente General de la Compañía, pidió una explicación en lo concerniente a las prestaciones de jubilación y cesantía, la cual le fue dada en carta del 2 de agosto, que constituye la liquidación final sobre la base de un sueldo de US\$ 985.00 que era el que venía devengando desde el 1o. de octubre de 1958. Es decir, que en la carta del 2 de agosto citado no se contemplan las primas ni los aumentos de salario consagrados en el fallo arbitral de 31 de octubre de 1960. Y que de acuerdo con el art. 20. del Decr. 18 de 1958, el 4 de enero de 1963 pagó la media cuota sindical correspondiente a cinco años, de febrero de 1958 a febrero de 1963, por lo cual tenía derecho a los beneficios del laudo.

En su contestación, el representante de la sociedad manifiesta que el contrato con el demandante fue en pesos colombianos. Que al tenor del art. 127 del laudo, la empresa gozaba de absoluta autonomía en lo referente a salarios, aumentos, escalafón etc. del personal del grupo 7 en adelante. Que "el rol de dólares es una convención para quienes tienen obligaciones en el extranjero, más propiamente, en los Estados Unidos de N. América"; el pago en esta moneda forzosamente había de hacerse en el extranjero conforme a la Ley 1a. de 1959, arts. 45 y ss. y el actor reside en Colombia con su familia, país donde existe un tope de \$3.000 para las pensiones de jubilación. Termina alegando la nulidad de acuerdo con el Decr. 2017 de 1952, puesto que el artículo 28 del fallo arbitral dispone que las controversias a que éste dé lugar deben ser decididas por las comisiones de conciliación y arbitraje.

El Juzgado Primero del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, condenó al pago de las siguientes sumas: US\$ 1.329.75 como bonificación del 15% de que trata el art. 125 del fallo arbitral: US\$ 4.210.88 por concepto del aumento del 15%, consagrado en el art. 126 del mismo laudo; US\$ 2.205.39, valor del 11.8% que contempla el acuerdo entre las partes celebrado el 20 de diciembre de 1961, en aplicación del art. 146 del mencionado fallo sobre reajuste de salario; US\$ 3.665.57 como prima de antiguedad, según el art. 133; US\$ 1.003.66, valor del reajuste en la liquidación de vacaciones: US\$ 1.284.37 como diferencia en el monto de la cesantía y US\$ 2.237.13, a título de indemnización moratoria.

Decide, además, esta sentencia, que la sociedad demandada pague al demandante la jubilación en dólares, sobre \$3.120.00 pesos colombianos al cambio de \$7.10, o sean US\$439.43 a partir de la ejecutoria del fallo, y que modifique la liquidación de las prestaciones sociales, apreciando, también desde dicha ejecutoria, el sueldo reajustado de US\$1.266.41, pero deduciendo la suma pagada de US\$7.623.11. Niega la declaratoria de nulidad pedida por la parte demandada, declara no probada la excepción de incompetencia de jurisdicción y condena en costas a la sociedad.

Apelaron los apoderados de ambas partes y el Tribunal Superior de San José de Cúcuta, en sentencia del 10 de febrero de 1966, modificó la del a quo en cuanto a la jubilación, disponiendo que su pago sea a partir de la fecha en que le fue otorgada y no a partir de la ejecutoria del fallo, monto del cual la sociedad podrá descontar los pagos que ya hubiere hecho por el mismo concepto. Confirma en lo demás, sin costas en la segunda instancia.

El apoderado de la demandada interpuso el recurso de casación que le fue concedido y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo y del escrito de oposicón.

EL RECURSO

Dice el casacionista que la sentencia es acusable por los motivos 10. y 30. del art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, razón por la cual fijará el alcance de la impugnación en cada uno de los cargos.

Primer cargo.- "Haberse incurrido en la causal de nulidad (10. del art. 448 del C. de P. C.) por incompetencia de jurisdicción".

Persigue con este ataque que la Corte declare la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado y el Tribunal, por carencia absoluta de competencia en el caso sub judice.

Dice que obstinadamente las sentencias de primera y segunda instancia coinciden en que las comisiones de conciliación y arbitraje de que tratan el Decreto-Ley 2017 de 1952 y los arts. 26 a 45 del Laudo Arbitral de 31 de octubre de 1960, se refieren a trabajadores de la empresa y no a extrabajadores y están instituídas para resolver conflictos económicos y no jurídicos, los que en virtud del art. 20. del C. P. L. deben ventilarse ante la jurisdicción Especial del Trabajo, vale decir, ante el Juez y el Tribunal que han conocido del negocio. Que precisamente al tenor de los arts. 130 y 134 del C. de P del T. "cuando en una convención colectiva las partes estipulen el establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente se estará a los términos de la convención, en todo lo relacionado con su constitución, competencia y procedimiento para la decisión de las controversias correspondientes...". Y este código se aplica a los trabajadores, no como asalariados actuales de las empresas demandadas sino como titulares de los derechos que se originen en los contratos de trabajo con ellas celebrados. De ahí que si los derechos emanados de un contrato de trabajo o laudo arbitral, se atribuyen a la competencia de las comisiones de conciliación y arbitraie, estas sustituven la jurisdicción ordinaria, aun en las controversias de carácter jurídico, sin que tenga en esto incidencia alguna la condición de empleado pensionado, o exempleado del demandante.

Después de transcribir el art. 10. del Decr. 2017 de 1952, agrega el casacionista que con posterioridad a este estatuto, que estableció como causal especial de casación la nulidad ahí contemplada, el art. 60 del Decr. 528 de 1964, en su numeral 30., consagró, con carácter más general, como motivo de casación, el haberse incurrido en alguno de los motivos de nulidad del art. 448 del C. P. C., el primero de los cuales es incompetencia de jurisdicción, y que para evidenciar la nulidad oportunamente alegada y la pertinaz violación de las citadas disposiciones por el juzgado y por el

Tribunal, basta ver el capítulo IV del Laudo Arbitral del 31 de octubre de 1960, donde con toda claridad se estipula lo referente a la constitución, competencia y procedimiento de las comisiones de conciliación y arbitraje. Reproduce el art. 28 del Laudo y concluye que como todas las súplicas de la demanda se fundamentan en la aplicación de las disposiciones de este fallo, las comisiones de conciliación en él establecidas son las competentes para conocer y decidir la demanda de Allan Roy Corinaldi y es nula la actuación de los jueces de la jurisdicción del Trabajo.

LA CORTE CONSIDERA

La sentencia recurrida dice en lo pertinente:

"La parte demandada solicita como defensa en su beneficio, que se decrete la nulidad de lo actuado con base en lo señalado en el Decr. 2017 de 1952 y el art. 28 del Laudo Arbitral de 1960, por cuanto las controversias originadas en el referido documento deben ser resueltas por las Comisiones de Conciliación y Arbitraje y no por la Justicia del Trabajo".

"La Sala ha sostenido reiteradamente en casos similares al presente en donde se ha alegado la misma cuestión, que el artículo citado hace referencia a conflictos económicos entre la Empresa y sus asalariados y no a problemas de orden jurídico entre la Colpet y quien ya ha dejado de ser su dependiente".

"Acá se discute entre Allan Roy Corinaldi y la Colombian Petroleum Company si al primero le es aplicable o no lo señalado en el Laudo Arbitral de 1960; y por otra parte, la acción la entabló el demandante cuando ya no era trabajador de la Empresa".

"Entonces, no se discuten problemas de orden económico, ni existen vínculos laborales entre las partes. Siendo esto así, la jurisdicción del trabajo sí es competente para conocer del caso debatido, ya que ella fue instituída para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo".

"Estas razones son más que suficientes para que la Sala acepte con el Juez de instancia que tiene competencia para conocer del negocio que nos ocupa".

Y el art. 28 del Laudo, es del siguiente tenor:

"Artículo 28.- Las Comisiones de Conciliación así integradas sustituirán la jurisdicción ordina-

ria del trabajo en el conocimiento y decisión de los siguientes casos:

- a) Reclamos individuales del trabajador en relación con sus derechos reconocidos por las leyes o emanados del contrato de trabajo;
- b) Reclamos individuales del trabajador sobre la aplicación del reglamento de trabajo y del escalafón;
- c) Demandas del trabajador o del sindicato sobre la aplicación, cumplimiento o interpretación de las disposiciones del presente laudo".

La Sala no encuentra acertado el razonamiento del ad quem en cuanto expone que este artículo hace referencia a conflictos económicos entre la Empresa y sus asalariados y no a problemas de orden jurídico. Si el trabajador, como lo prevé el citado art. 28, puede reclamar ante las comisiones de Conciliación, en lo tocante a sus derechos reconocidos por las leves o emanados del contrato de trabajo o sobre cumplimiento de las disposiciones del Laudo, es decir, si existe alguna norma invocable en apovo a la pretensión o pretensiones originarias del conflicto, éste será de orden jurídico y no de carácter económico. En los de esta última clase no existe norma alguna que el interesado pueda citar como fundamento de su demanda, va que, precisamente con ellos lo que se busca es la fijación de nuevas condiciones de trabajo o la modificación de las existentes por cambios en la situación económica o social que les sirvió de base.

La circunstancia de que la demanda primitiva hubiera sido propuesta después de la terminación del contrato y no durante su vigencia, en la que parece que halla el opositor una razón para que su conocimiento sea de competencia de la jurisdicción ordinaria, en verdad no tiene esa consecuencia de orden procesal.

Las disposiciones pertinentes del laudo, algunas de ellas ya citadas en el análisis de este cargo, no distinguen entre trabajadores y extrabajadores para efecto de la presentación de sus reclamos ante las comisiones de conciliación o ante los jueces ordinarios.

Resulta, pues, que por efecto de este fallo arbitral, cuya firmeza no ha constituído tema de discusión en el proceso, la justicia del trabajo no tenía competencia para conocer del conflicto jurídico que plantea la demanda del señor Corinaldi, ni ella le fue prorrogada por la parte contraria, quien propuso desde la contestación la nulidad de lo actuado, precisamente por esa circunstancia de orden procesal. Invocó un estatuto que había dejado de regir por fuerza del Decr. 528 de 1964, pero este, también citado en el cargo y cuya vigencia empezó el 1o. de julio de ese mismo año, consagra como causal de casación alguno de los motivos previstos en el art. 448 del C. J. y entre estos se encuentra la incompetencia de jurisdicción, lo que hace que la Corte case la sentencia y declare nula la actuación, porque esta trae el vicio que anota el recurrente.

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 la sentencia motivo del presente recurso y, en su lugar, declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inicial.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogota, abril diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 22).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia con que el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Reynaldo Mafla Mosquera contra "Maquinaria Industrial de Cali Ltda.".

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del proceso se manifestó que el señor Reynaldo Mafla Mosquera prestó sus servicios personales de vendedor a la Empresa "Maquinaria Industrial de Cali Ltda.", del 10. de julio de 1959 al 5 de febrero de 1961, con una remuneración básica de quinientos pesos (\$ 500.00) y un porcentaje sobre las ventas, que hizo ascender su sueldo mensual a mil novecientos veinticuatro pesos con setenta y tres centavos (\$1.924,73), según liquidación hecha por la misma empresa; que el citado 5 de febrero de 1961 el trabajador fue despedido sin justa causa y unilateralmente, cuando no se había completado todavía el último plazo presuntivo del contrato de trabajo: y que el 31 de julio de 1960 se le liquidó al demandante el auxilio de cesantía y las vacaciones, con un salario de \$ 2.185,40, haciendo aparecer que en esa fecha había finalizado su contrato de trabajo, "pero lo cierto es que el señor Mafla siguió prestando sus servicios a la Empresa demandada sin solución de continuidad...".

Con base en estos hechos se solicitó se condenara a dicha sociedad, legalmente representada por su gerente Dr. Pablo Garcés O'Byrne, a pagarle al actor la indemnización correspondiente por los cinco meses y veinticinco días que faltaban para vencerse el último plazo presuntivo de su contrato de trabajo cuando se le despidió, teniendo en cuenta que el último sueldo mensual devengado fue de \$1.924,73; cualquiera otra suma que resulte probada en el juicio, y las costas del juicio si se opone a la demanda.

En la contestación a este libelo, el apoderado de la sociedad demandada se opuso a que se hicieran las condenaciones impetradas, negó los hechos en la forma como aparecen redactados y, en su lugar, aseveró que entre su representada v el demandante se celebraron dos contratos distintos de trabajo, que rigieron. el primero del 1o. de julio de 1959 al 31 de julio de 1960, fecha esta en que terminó por separación voluntaria o renuncia del cargo que presentó Mafla Mosquera en carta de 21 de esos mes y año, y el segundo, del 5 de agosto de 1960 al 5 de febrero de 1961, día en que expiró el plazo estipulado en la cláusula segunda de dicho pacto, por lo que no puede hablarse de despido unilateral e injusto por parte del patrono, pendiente de vencimiento plazo alguno presuntivo de la relación laboral: que cuando se celebró por escrito el segundo contrato de trabajo las partes no tuvieron el propósito de prorrogar el anterior cuya terminación se había causado por renuncia voluntaria del empleado, lo que resulta más claro todavía si se repara que entre las dos relaciones contractuales hubo solución de continuidad; y que al extinguirse los dos contratos, se le liquidaron v pagaron al demandante sus prestaciones conforme al sueldo básico convenido y los porcentajes de las ventas por él realizadas.

Cerrado el debate, el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali, que fue el del conocimiento, definió el negocio en sentencia de 22 de noviembre de 1961, condenando a la sociedad demandada a pagar al actor, tres días después de ejecutoriada esa providencia, la cantidad de tres mil ochocientos cuarenta y nueve pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 3.849,46), por concepto de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, y las costas procesales.

Apelada esta decisión por ambas partes, el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, resolvió la alzada en fallo de 28 de julio de 1962, revocando el recurrido, absolviendo, en cambio, a la sociedad mencionada de los cargos contra ella formulados en la demanda y condenando al demandante al pago de las costas de la primera instancia.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que le concedió al ad quem y admitió esta Sala de la Corte, dando lugar al adelantamiento del trámite correspondiente hasta poner el negocio en estado de decidir lo pertinente, a lo cual se procede en seguida teniendo en cuenta la demanda extraordinaria y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el impugnador se case totalmente la sentencia en este negocio proferida por el Tribunal Superior de Cali y que, en su lugar, constituída esta Sala de la Corte en tribunal de instancia, confirme la de primera instancia, en que "se condenó a la Empresa demandada a pagar a mi mandante, por concepto de indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo, la suma en ella expresada".

LOS CARGOS FORMULADOS

Para la consecución de este resultado formula tres cargos, así:

Primer cargo. Se acusa aquí la sentencia recurrida de "Violación directa del art. 47 del C. S. del T. por aplicación indebida".

Se sostiene, para fundamentarlo, que al considerar el Tribunal, en la sentencia impugnada, que las cláusulas segunda y tercera del contrato de trabajo celebrado entre la empresa demandada y Mafla no tenían validez, o que debían tenerse por no escritas, y que, por lo mismo, era del caso dar aplicación al citado art. 47, se infringió esta norma en la forma expresada, pues no es aplicable al caso controvertido, "por cuanto él es supletivo de la voluntad de las partes y éstas, como se deduce claramente del contrato de trabajo, lo que desearon fue que éste tuviera una duración inicial de dos meses de prueba y cuatro de término fijo a partir del vencimiento de aquel período inicial. Pero establecido entonces, por el juzgador, que el período de prueba no podía pactarse nuevamente en el segundo contrato por cuanto en el primero que se estipuló, va el patrono había "apreciado las aptitudes del trabajador" y éste, "la conveniencia de las condiciones de trabajo", no era del caso considerar las cláusulas segunda y tercera en donde se pactó el término fijo, como ineficaces y por ende, aplicar el art. 47 del C. S. del T., sino declarar inválida únicamente la cláusula primera que es en donde precisamente está estipulado el período de prueba". De manera que si no tiene validez la cláusula primera y conservan su pleno vigor la segunda y la tercera, los cuatro meses pactados de duración del contrato se iniciaron el 5 de agosto de 1960, plazo que se prorrogó por otros cuatro meses, de conformidad con dicha cláusula tercera, y por consiguiente, "el contrato vencía legalmente el día 5 de abril de 1961 y no el 5 de febrero del mismo año, como lo declaró el Tribunal con base en el art. 47 del C. S. del T.".

De todo lo anterior se desprende —termina diciendo—, que al aplicar el Tribunal "el art. 47 del C. S. del T. a un hecho probado pero no regulado por dicha norma, lo violó directamente por aplicación indebida ya que como lo ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo, los seis meses de que habla el art. 47 "son términos presuntivos de duración que la ley atribuye a los contratos cuya duración no ha sido expresamente estipulada por las partes o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse" (Sent. 28 de junio de 1958, D. del T. Vol. XXII, Nos. 127-129, pág. 48)".

Para el opositor la acusación formulada es inadmisible, porque al desarrollarla se hacen consideraciones acerca de la apreciación indebida de determinadas cláusulas del contrato de trabajo, lo que sitúa automáticamente la impugnación dentro del género indirecto. En otros términos: se incurre en el defecto técnico de acusar por violación directa con planteamientos propios de la indirecta, dentro del mismo cargo.

Por lo demás, si, como lo sostuvo el Tribunal, el período de prueba pactado en el contrato de 5 de agosto de 1960 carecía de validez, se estaba entonces ante un contrato a término indefinido o sin sujeción de término, "ya que no se puede pretender que, para determinadas finalidades el contrato deba estimarse sin plazo y para otras, debe considerarse limitado por determinado plazo. Por otra parte, tampoco resultaría ajustado a derecho pretender que solo después de un período de prueba inexistente se sobrepuso otro período a término fijo, pues quedaría un término no sujeto a la

aplicación de ninguna norma, lo que sería realmente extravagante por ilógico y absurdo".

Finalmente, se acusa de violación directa únicamente el art. 47 del C. S. T. y se omite el 64 de la misma obra, que regula lo relacionado con la indemnización perseguida por el recurrente, dejando así incompleta la impugnación, lo que imposibilita su prosperidad.

Para resolver, la Corte considera:

Conforme al alcance de la impugnación, el recurrente persigue la casación total del fallo de segundo grado y la confirmación, en su lugar, por la Corte, constituída en Tribunal de instancia, de la sentencia del Juzgado del conocimiento, en que "se condenó a la Empresa demandada a pagar a mi mandante, por concepto de indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo, la suma en ella expresada", indemnización que regula el art. 64 del C. S. T.

En estas condiciones, al resultado que se busca, de quebrantamiento de esa decisión, no puede llegarse acusándola de haber infringido unicamente el art. 47 del invocado estatuto laboral sustantivo, sino también el 64 citado, que consagra el derecho que se pretende desconoció el Tribunal en dicha providencia, al aplicar a la situación fáctica de autos aquel precepto. No se atempera a esta orientación la presentación de este cargo, puesto que se omite de la censura la norma últimamente mencionada y se señala como única violada la otra, a pesar del alcance que le da su impugnación y de que por la sustentación hecha este artículo ha servido de medio para infringir el 64, con lo cual ha dejado trunca la acusación, error de técnica que impide se le admita, conforme reiteradamente lo ha dicho y explicado la jurisprudencia laboral.

Agrégase a esto, como lo anota el opositor, que la acusación de violación directa del mentado art. 47 se la sustenta con planteamientos propios de la infracción indirecta, pues se alega que a ella se llegó como consecuencia de la manera como se apreciaron en la sentencia impugnada las cláusulas segunda y tercera del contrato de trabajo celebrado entre las partes el 5 de agosto de 1960, lo que también constituye una equivocación jurídica, desde luego que la violación del género aducido se produce al margen de los errores en que haya incurrido el fallador de instancia al apreciar o dejar de estimar los elementos de convicción que obran en autos.

En consecuencia, no se admite este cargo.

Segundo Cargo. En este se acusa la sentencia de segunda instancia de "Violación indirecta de los arts. 45 y 46 del C. S. del T., por error de hecho proveniente" de apreciación errónea "del contrato de trabajo celebrado entre las partes el 5 de agosto de 1960, que obra a fls. 16 y ss. del cdno. No. 1 del expediente".

Se alega, en la demostración, que el Tribunal apreció erróneamente las cláusulas segunda y tercera del contrato referido, por cuanto al considerarse inválidas, o como no escritas. "hizo caso omiso de la voluntad de las partes manifestadas en ellas en un todo de acuerdo con los ordenamientos de los arts. 45 y 46 del C. S. del T.", cláusulas que establecen en forma fehaciente la duración a término fijo del contrato y las que nada tienen que ver con el período de prueba pactado en la primera, considerada sin validez. "En ellas no se estipuló, como dice el Tribunal, el período de prueba, y si en la segunda clausula se habla de dos meses de tal período, no se hace para cosa distinta que para indicarlo como punto de referencia, desde el cual empezarían a contarse los cuatro meses de duración determinada. De manera, que estas cláusulas del contrato no podían considerarse ineficaces, sin desconocer normas expresas del C. S. del T. a las cuales se acogieron los contratantes, como son los arts. 45 y 46 de dicha compilación legal y si lo hizo, la estimación de este elemento probatorio resulta contraria a la realidad de los hechos y por lo mismo, la sentencia debe ser casada por esa H. Corporación, por este otro motivo".

Le anota el opositor a este cargo el mismo error de técnica del primero, relacionado con la omisión en la censura del art. 64 del C. S. T., que determina la "ninguna utilidad o provecho que reportaría el recurrente a consecuencia de la hipotética demostración de haber sido quebrantados los arts. 45 y 46" a que se refiere.

Ocurre, además, que de la invalidez de la estipulación sobre período inicial de dos meses del segundo contrato de trabajo, no puede deducirse conclusión distinta a la de que este tenía que considerarse regido por las normas ordinarias, pues del contexto del art. 43 del C. S. T. se desprende que cuando en un contrato de trabajo se incluyen cláusulas ilícitas o inválidas, entran a operar automáticamente los ordenamientos comunes que gobiernan las relaciones laborales. Por consiguiente, si "no podía tener eficacia la mencionada estipulación contractual, entonces el contrato tenía

que asumir la tipificación de los contratos a término indefinido o sin sujeción de término, es decir, tenía que estar sujeto entonces a la semestralidad presuncional establecida en la misma ley. De manera que no podía haber y no hubo en la decisión del Tribunal ningún error en la estimación de las cláusulas del contrato ni en la aplicación de las normas legales".

Para resolver, la Corte considera:

No obstante el alcance que el recurrente le da a su impugnación, aquí también, como en el cargo precedente, se dejó incompleta la censura, pues de ella se omite el art. 64 del C. S. T., que consagra el derecho a la indemnización reclamada y que se considera ilegalmente desconocida en el fallo de segunda instancia por la manera como se apreciaron allí las cláusulas segunda y tercera del contrato de trabajo del 5 de agosto de 1960, que ligó a los contendientes.

Basta este error de técnica para que la Corte desestime asimismo, como lo hace, este nuevo cargo.

Tercer Cargo.- Se acusa aquí la sentencia recurrida de "Violación del art. 64 del C. S. del T., por infrácción directa", la que asevera es indudable, porque "establecido como está que el trabajador fue despedido cuando sólo habían transcurrido dos meses del segundo plazo pactado en el contrato de trabajo de 5 de agosto de 1960, por ser ineficaz la cláusula primera que estipuló una vez más un período de prueba, había ruptura unilateral e ilegal del contrato, y por lo mismo, era del caso indemnizar al trabajador con el ordenamiento del pago de los salarios correspondientes a los dos meses que faltaban para el vencimiento del plazo pactado. Al no hacerse así, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, debe ser casada por infringir en forma directa el art. 64 del C. S. del T.".

Afirma, por su parte, el opositor, en primer término, que como se vio "al examinar los dos cargos anteriores y como lo confirma la forma como aparece estructurado el segundo, de haberse producido aquí alguna violación ella necesariamente hubiera tenido que ser del género indirecto, ya que alude a una apreciación equivocada de cláusulas contenidas en el contrato de trabajo", por lo que esta acusación tampoco es idónea para la finalidad que se propone el recurrente; en segundo lugar, que como ya está demostrado, la conclusión a que llegó el Tribunal encaja perfectamente

dentro de los lineamientos jurídicos de los arts. 45, 46 y 47 del C. S. T.; y finalmente, que la acusación de violación directa de la ley se contrae únicamente al art. 64, sin referencia alguna a los últimamente citados del invocado estatuto laboral.

Para resolver, la Corte considera:

En el fallo recurrido después de dejarse sentado que cuando un patrono reincorpora a un trabajador para el desempeño de las mismas labores ejecutadas durante la vigencia del contrato anterior, no puede válidamente someterlo a nuevo período de prueba, estudia la situación confrontada en el juicio para concluír, de un lado, que ninguna eficacia tiene el período de tal clase, por el término de dos meses, que se estipuló en la cláusula segunda del contrato que celebraron las partes contendientes el 5 de agosto de 1960, por cuyo motivo hay que considerar este pacto como de duración indefinida y aplicarle, por ende, los plazos presuntivos sucesivos de seis en seis meses previstos en el art. 47 del C. S. T., sin que a esta deducción se oponga la circunstancia de que en la cláusula tercera se haya fijado en cuatro meses su duración, por cuanto "lo pactado en esta cláusula es consecuencia de la anterior según el término: "como ya se dijo", que retrotrae a la cláusula segunda", la que como ya está dicho es ineficaz y debe tenerse como no escrita; y de otra parte, que como el mencionado contrato se inició el 5 de agosto de 1960 y el plazo presuntivo terminó el 5 de febrero de 1961 y en esta fecha la empresa demandada dio por terminada la relación laboral, no hay lugar a condenar al pago de la indemnización reclamada en la demanda.

Si por lo dicho no se aplicó aquí el art. 64 del C. S. T. porque no hubo rompimiento ilegal del contrato de trabajo antes de que se venciera el plazo presuncional del art. 47 de ese Código, a que lo sujetó el ad quem al considerar ineficaces las cláusulas contractuales sobre términos de prueba y duración de la relación laboral, la acusación para que fuera completa tenía que comprender ambas normas, como utilizada que fue la última de medio para dejar sin operancia la primera en el caso de autos. Al no proceder de esta manera el recurrente incurrió en el mismo defecto técnico que impidió la prosperidad de los cargos precedentes.

Por lo demás, como por lo expresado la deducción del fallador de segundo grado se debió a la manera como apreció las comentadas cláusulas del segundo contrato de trabajo, no hay duda alguna de que la alegada infracción del referido art. 64 no se ha podido realizar directamente, como se alega, al margen de todo error de valoración del acervo probatorio, que es como aquella violación se consuma, sino indirectamente.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION

En ninguna de las des instancias del juicio se discutió per la parte demandada, hoy recurrente en casación, la oficacia de las Convenciones Calectivas atacadas y per el contrario fue el apoderado de la demandada quien solicitó como prueba la que obra a los fis. 30 a 37 del cono. No. 1.

Precisamente en la segunda instancia el apoderado de la demandada alegá en favor de la parte que representaba tanto la convención del fl. lo. como la de los fls. 30 a 37 y con los argumentos esgrimidos logró la correcta fijación del término del contrato y la disminución de la condena por plazo presuntivo del mismo.

Por consiguiente, se trata en este cargo de un nuevo medio en casación que es inadmisilalo

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 23).

Se procede a decidir el recurso de casación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de fecha 6 de julio de 1965 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el juicio seguido por Oswaldo Llanos Gallardo contra "Industrias Colombia Marco y Eliécer Sredeni & Cía.".

LA LITIS

Por conducto de apoderado, Oswaldo Llanos Gallardo demandó a la firma citada anteriormente, para que por medio de sentencia fuera condenada a pagarle los salarios e indemnizaciones siguientes: a) \$21.00 por reajuste de salarios de los días comprendidos entre el 23 de septiembre y el 8 de octubre de 1964; b) \$810.00 como indemnización por despido

injusto; c) \$ 6.210.00 por salarios faltantes para completar el término del contrato presuntivo, y, d) las costas del juicio.

Los hechos expuestos se sintetizan así:

- 1. Oswaldo Llanos Gallardo ingresó a prestar servicios a la empresa el 23 de septiembre de 1963 y duró en el desempeño de su cargo hasta el 8 de octubre de 1964, fecha en que fue despedido con fundamento en el aparte 20. del art. 62 del C. S. T.;
- 2. La empresa al sancionar al trabajador con el despido no dio aplicación al art. 115 de la misma obra, ni a su Reglamento Interno de Trabajo;
- 3. La sociedad pagó durante todo el tiempo del contrato, como salario a Llanos Gallardo, la suma de \$16.60 debiendo pagarle \$18.00 diarios a partir del 23 de septiembre de 1964, de acuerdo con la cláusula 9a. de la Convención Colectiva vigente;
- 4. De acuerdo con la clausula 10a. de la citada convención, el término del contrato de trabajo quedó prorrogado por un (1) año más, a partir del 23 de septiembre de 1963 y por tanto, a la fecha del despido, 8 de octubre de 1964, aún faltaban once (11) meses y quince (15) días para su vencimiento:
- 5. En la misma cláusula de la convención se estableció que todo trabajador despedido injustamente tenía derecho a una indemnización de acuerdo con la escala allí determinada; y,
- 6. De acuerdo con la escala a que se ha hecho mención en el litoral anterior, Llanos Gallardo tiene derecho al valor del salario durante 45 días por haber trabajado más de doce (12) meses y menos de veinticuatro (24).

Conoció del juicio el Juzgado Tercero del Trabajo de Barranquilla, el cual admitió la demanda y ordenó correr el traslado respectivo a la sociedad demandada por auto de 7 de noviembre de 1964 (fl. 7), hecho que se cumplió el 20 de los mismos mes y año.

Al descorrer el traslado el apoderado de la sociedad sólo aceptó el tiempo de servicio del actor y negó todos los demás hechos.

Rituado al proceso en forma legal, el Juzgado, en sentencia de 8 de abril de 1965, condenó a la sociedad demandada a pagar al actor la cantidad de \$7.041.00 m/cte., por los siguientes conceptos:

- a) Reajuste de salario \$ 21.00
- b) Indemnización por despido . \$ 810.00
- c) Presuntivo \$ 6.210.00

Además, lo condenó en costas.

Apelada la sentencia por el apoderado de la sociedad, subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Corporación ésta que profirió fallo de fondo el 6 de julio de 1965.

La sentencia de segunda instancia modificó la de primera en el sentido de condenar por presuntivo solamente a la suma de \$5.130.00. No hubo condena en las costas de esta instancia.

Los apoderados de ambas partes interpusieron recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por auto de 30 de julio de 1965 (fl. 12, cdno. No. 2).

EL RECURSO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, admitió el doble recurso interpuesto, según auto de 2 de noviembre de 1965, pero en el trámite correspondiente se declaró desierto el de la parte actora y en consecuencia sólo debe estudiarse el de la demandada. No hubo oposición.

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia del ad quem y que como Tribunal de instancia revoque el fallo de primer grado y absuelva al demandado en el juicio de todas las peticiones del Libelo.

Subsidiariamente pide que se case parcialmente y que en sede de instancia la Corte "reforme la de primer grado, rebajando las condenas de acuerdo con la prosperidad de los cargos subsidiarios".

El recurrente con fundamento en la causal primera de casación, formula contra la sentencia un cargo principal y uno subsidiario de éste.

Cargo Primero (Principal)

Se formula así:

"La sentencia recurrida es violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 45, 46, 61, 62, 64, 467 del C. S. del T. violaciones indirectas en que incurrió el Tribunal a consecuencia de error evidente de hecho que proviene de la mala apreciación de las pruebas aportadas al juicio, que singularizaré más adelante y que consistió en dar por establecido, cuando esas probanzas acreditan lo contrario, que la terminación del contrato de trabajo fue injusta, y no dar por demostrado, estándolo, que el demandante incurrió en actos de violencia y malos tratamientos contra sus compañeros y Jefe de taller".

De acuerdo con la demanda, las pruebas mal apreciadas son:

- a) La Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 3 de julio de 1964 (fl. No. 1, cdno. No. 1);
- b) Carta de la demandada dirigida al actor, de fecha 8 de octubre de 1964 (fl. No. 2 cdno. No. 1);
- c) El documento que obra al fl. 8 del cdno. No. 1:
- d) Los testimonios de Wilfrido Villa Sastre (fls. 21 y ss. cdno. No. 1), Gustavo Enrique Pedraza (fls. 23 y ss. cdno. No. 1) y Juan Ramón Fontalvo López (fls. 26 y ss. del mismo cuaderno); y,
- e) Convención Colectiva de 13 de junio de 1962 (fls. 30 a 37, mismo cdno.).

En la demostración del cargo el recurrente concreta su acusación afirmando que el despido fue justo no solamente porque el demandante Llanos Gallardo incurrió en actos de violencia v malos tratamientos contra sus compañeros de trabajo, sino porque agredió de palabra a su jefe inmediato, lo cual implica además un acto de indisciplina, y que como el Tribunal no calificó los hechos relatados por los testigos y de que dan cuenta los documentos de los fls. 2 y 8 como generadores de justa causa para el despido, incurrió en ostensible error de hecho, violando así las normas relacionadas en la enumeración del cargo v especialmente el art. 64 del C. S. del T. que establece una indemnización en caso de ruptura injusta del contrato de trabajo, pues dice: "habiendo sido justo el despido, la única obligación del patrono era la de pagarle las prestaciones sociales al trabajador despedido, lo cual se hizo oportunamente, y no la de indemnizarlo, por lucro cesante, como lo estima el Tribunal".

Para llegar a esta conclusión, el recurrente censura al Tribunal porque éste afirma que de los testimonios de Wilfrido Villa, Gustavo Enrique Pedraza y Juan Ramón Fontalvo López no se desprende la grave falta alegada por la empresa y porque lo que lo dicho por el Juez a quo en el sentido de calificar los testimonios como contradictorios.

Se considera:

La falta alegada por la empresa, según el documento del fl. 2, consiste en "los actos de violencia y mál comportamiento" contra los compañeros de trabajo en que incurrió Llanos el 8 de octubre de 1964.

La Sala procede a estudiar los testimonios indicados a fin de poder establecer si efectivamente con ellos se demuestran los actos que alega la empresa.

Wilfrido Villa Lastre bajo la gravedad del juramento reconoce las actas que aparecen a los fls. 8 y 9 del cdno. No. 1 en cuanto a su contenido y firma, diciendo que "lo manifestado en el acta de ocho de octubre, firmada de mi puño y letra está conforme y no tengo nada que agregar ni quitar" (fl. 21).

En esta acta del fl. 8 se dice que "a los ocho (8) días del mes de octubre de 1964, se presentó en las oficinas de esta Empresa (Industrias Colombia), el señor Wilfrido Villa (Jefe de la Sección de Lija y Lima), junto con los señores Juan Fontalvo, Hernando Hernández y Oswaldo Llanos, todos trabajadores de la Empresa, y manifestó el primero ante el senor Pedraza (Jefe de Personal)), que venía a poner de presente una queia en contra de los trabajadores mencionados, acto seguido el Sr. Pedraza mandó a buscar a los Srs. Oscar Zapata v Saúl de la Rosa, directivos del Sindicato de la Empresa, quienes se presentaron también a las oficinas y una vez reunidos todos los señores arriba mencionados, se interrogó al señor Wilfrido Villa, quien manifestó: 'He traído a los señores Hernández y Llanos (ha subrayado la Sala) porque los sorprendí riñendo y tirándose trapos y desperdicios el uno al otro, en horas de labores y en la sección que tengo a mi cargo...'"(fl. 8).

Lo expresado hasta aquí, que según el testigo

Villa es cierto y no tiene nada que "quitar ni agregar", puede resumirse en su parte esencial así:

- a) Que el ocho de octubre de 1964 se presentó a las oficinas de la empresa junto con los señores Fontalvo, Hernández y Llanos;
- b) Que el objeto de su presencia en las oficinas con los citados señores, trabajadores de la Empresa, fue poner una queja en contra de ellos ante el Jefe de Personal señor Pedraza;
- c) Que este último hizo llamar a los directivos del Sindicato y que una vez reunidas todas las personas nombradas, Villa formuló la queja, así: "He traído a los señores Hernández y Llanos porque los sorprendí riñendo y tirándose trapos y desperdicios el uno al otro, (Se subraya) en horas de labores y en la sección que tengo a mi cargo".

El acta que en esta parte se ha transcrito no muestra sino tres firmas: la del declarante, la de Juan Fontalvo y la de Gustavo Pedraza.

Ahora bien. El testigo dice como ya se expresó que lo manifestado en el acta firmada de su puño y letra está conforme y no tiene nada que agregar ni quitar, pero luego al ser contrainterrogado dijo: "yo venía de la oficina cuando sorprendí a Oswaldo Llanos que le tiraba a Juan Fontalvo un pedazo de desperdicio. Yo pasé el dato a la oficina (se subraya) de lo que había ccurrido. Es todo". Y luego agregó: "No llevé a ninguno a la Oficina".

Este testimonio no ofrece ninguna base de credibilidad pues es contradictorio en lo que afirma.

El Jefe de Personal señor Pedraza dice en la parte esencial de su declaración (fl. 24):

"La Empresa dio por terminados los contratos, el del señor Llanos porque era reincidente por faltas de disciplina y por haber amenazado al Jefe de su sección así como por haber arremetido contra el compañero Fontalvo y no en son de chanza según se dice en el acta" (se subraya).

Resulta sin embargo que al declarar Fontalvo, luego de reconocer su firma en la célebre acta del fl. 8, dice que efectivamente Villa vio a Llanos "que me tiraba los trapos" y esto dio motivo para que interviniera creyendo "que estábamos peleando", "pues yo lo que estaba haciendo era tapándome la cara". Dice el testigo que lo ocurrido fue que "un muchacho nuevo que le decían 'Magangué'", "le estaba tiran-

do trapos a Llanos, y éste creía que era yo quien le tiraba", "yo había visto al muchacho Magangué que le tiraba trapos, y lo veía desde el lugar en donde estaba yo trabajando, y por este motivo el señor Llanos me tiró a mí creyendo que había sido yo quien le tiraba los trapos". Más adelante en su exposición al preguntársele cuántas personas estaban en la oficina expresó que él, el señor Llanos, el señor Pedraza y el señor Moisés que es el Jefe de personal que trabaja en la oficina" (fl. 27).

El análisis de estas tres declaraciones permite llegar a estas conclusiones: a) Que la de Villa como ya se dijo es contradictoria en sí y no está de acuerdo con lo expresado por Pedraza y Fontalvo; b) Que la de Pedraza tampoco concuerda con ninguna de las otras; y, c) Que en cuanto a la de Fontalvo destruye lo expresado en el acta del fl. 8 y por tanto la justa causa alegada por la empresa para el despido no está demostrada pues no es cierto que contra él hubiera ejercido Llanos actos de violencia.

No existe pues el evidente error de hecho por parte del Tribunal de Barranquilla cuando dice: "Pero de los testimonios que obran en el expediente, tales como el de Wilfrido Lara (sic) Lastre, el de Gustavo Enrique Pérez (sic) González v Juan Ramón Fontalvo (fl. 21, 22, 23 y 26) no se desprende en forma alguna la grave falta que alega la Empresa cometió el demandante en este juicio...". Como muy bien lo ha observado el señor Juez de la causa en la providencia materia de la alzada, son contradictorias las afirmaciones que los testigos hacen en sus declaraciones; pero con todo, ninguno de ellos ha sostenido que el actor hubiera efectuado actos de violencia, como lo dejó consignado en la carta de despido la Empresa demandada. No habiendo ésta probado la justicia del despido, hay que concluír que su decisión de separar al trabajador de la Empresa es ilegal e iniusta".

De otra parte no se observa la incorrecta apreciación de las otras pruebas singularizadas por el recurrente que impliquen el evidente error de hecho alegado.

En efecto, el acta cuyo original obra al fl. 8 y otro ejemplar al fl. 9, no tiene el mérito que pretende darle el recurrente pues, como se vio al analizar la declaración del testigo Villa, contiene desde su comienzo el relato de hechos no sucedidos que le restan todo valor.

Finalmente, el no aceptar como cierto el Tri-

bunal la simple manifestación de la empresa contenida en la carta del fl. 2 no configura el error evidente y ostensible de hecho imputado al Tribunal.

En estas condiciones el cargo no prospera.

Segundo Cargo (subsidiario)

Se sostiene en este cargo que "la sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 45, 46, 47, 49, 61, 62, 64, 467; 469 y el ord. 4o. del art. 57 del C. S. T. violación en que incurrió el Tribunal a consecuencia de error de derecho, que provino de la mala apreciación de unas pruebas, que singularizaré más adelante, y que consistió en dar por establecido que en las Convenciones Colectivas se pactó entre las partes: una prórroga de 12 meses para los contratos vigentes cuando entró a regir la Convención Colectiva de 20 de junio de 1964 y que tenían un término de diez meses; un reajuste de salarios y una indemnización por despido injusto. Como consecuencia de estos errores, dio también por demostrado que el contrato del demandante vencía el 22 de junio de 1965; que su salario debía reajustarse de \$16.60 a \$18.00 diarios; y que el último salario devengado fue de \$ 18.00 diarios".

Para el recurrente las pruebas mal apreciadas son las siguientes:

- a) El folleto que obra al fl. 10. y que dice contener la Convención Colectiva de 20 de junio de 1964 y.
- b) El documento que obra a los fls. 30 a 37 y que dice contener la Convención Colectiva de 13 de junio de 1962.

Dice el recurrente en la demostración del cargo que de acuerdo con el art. 87 del C: P. del T., hay error de derecho cuando se da por establecido un hecho por un medio no autorizado por la ley por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otros medios.

Agrega el impugnador que de conformidad con el art. 469 del C. S. del T., la convención colectiva debe celebrarse por escrito y extenderse en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, hoy División de Asuntos Colectivos del Ministerio del ramo, a más tardar dentro de los quince días siguientes al de su firma.

Sin el cumplimiento de todos estos requisitos, la convención no produce ningún efecto.

Concluye el recurrente diciendo que el artículo mencionado exige solemnidades para que la convención pueda surtir efectos y por consiguiente sólo puede demostrarse su existencia en juicio si se acredita el cumplimiento de los siguientes requisitos: que conste por escrito; que se extendió en tantos ejemplares cuantas fueron las partes; que se extendió un ejemplar más, que debió depositarse necesariamente en la respectiva dependencia del Ministerio del Trabajo y que tal depósito se hizo dentro de los quince días siguientes al de su firma.

Pasa luego a ocuparse de los documentos del fl. 1 y del que aparece a los fls. 30 y siguientes y expresa sobre el primero:

Que consta por escrito pero que no se ajusta a las demás solemnidades establecidas por el art. 469 porque el hecho de que aparezca autenticado por una dependencia del Ministerio del Trabajo, o sea la Dirección Regional del Trabajo del Atlántico, no hace presumir que el depósito se hizo ante la dependencia respectiva, ni mucho menos que fue depositado oportunamente. Finaliza diciendo que estos defectos conducen necesariamente a que "no puede estimarse tal documento como prueba de dicha Convención del 3 de junio de 1964".

Sobre el segundo hace reparos análogos llegando a igual conclusión.

Con esta argumentación básica al recurrente da por demostrado el error de derecho y la violación de las normas indicadas con sus lógicas consecuencias en relación con las condenas hechas, estimando que debe ser casada parcialmente la sentencia impugnada y la Corte en sede de instancia reformar la del a quo "en el sentido de fijar el valor de la indemnización por

ruptura unilateral del contrato, tomando como base el verdadero término del contrato vigente y el último salario de \$ 16.60" y revocarla en cuanto condenó a la Empresa a pagar un reajuste de salario y la indemnización adicional por despido.

Se considera:

En ninguna de las dos instancias del juicio se discutió por la parte demandada, hoy recurrente en casación, la eficacia de las Convenciones Colectivas atacadas y por el contrario fue el apoderado de la demandada quien solicitó como prueba la que obra a los fls. 30 a 37 del cdno. No. 1.

Precisamente en la segunda instancia el apoderado de la demandada alegó en favor de la parte que representaba tanto la convención del fl. 1 como la de los fls. 30 a 37 y con los argumentos esgrimidos logró la correcta fijación del término del contrato y la disminución de la condena por plazo presuntivo del mismo.

Por consiguiente se trata en este cargo de un medio nuevo en casación que es inadmisible.

No prospera el cargo.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACIÓN (Técnico)

El cargo ha de ser completo en su formulación, suficiente en su desarrollo y eficaz en lo que pretende, pues de lo contrario es inestimable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 23).

Elena Galvis Plata demandó, por medio de apoderado, a la General Pipe Service Incorporated, representada por su Gerente Edd Van Hooser, para que se la condenara a pagarle, en legal forma y sobre la base del salario real, la indemnización por muerte de su esposo Gilberto Rodríguez, acaecida en accidente de trabajo.

La demandada se opuso a la pretensión de la actora manifestando, en lo fundamental, que el accidente en que perdió la vida su trabajador, hechos éstos que admitió, no tuvo carácter laboral, pues se debió a imprudencia de la víctima y a que conducía el vehículo en que pereció, en estado de embriaguez. Agregó haber pagado lo que se causó legalmente.

Tramitada la controversia, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad, la desató, en fallo de 2 de diciembre de 1963, condenando a la demandada a pagar a la actora \$ 586,08 por concepto de seguro de vida de Gilberto Rodríguez y declarando probada la excepción de pago hasta por la suma de \$11.413.92. Declaró no probadas las excepciones de petición antes de tiempo y petición excesiva formuladas por la sociedad, a la que le impuso las costas de la instancia en un 20%. Fueron razones principales de aquella condena las de que existió contrato de trabajo entre la empresa y el señor Rodríguez, esposo de la demandate, con un salario de \$39.14 diarios y que la muerte sobrevino en el insuceso que registran los autos, pero que él no tuvo carácter de accidente de trabajo por no haber

acontecido por causa y con ocasión del trabajo. Además, a la actora se le pagó la suma dicha de \$11.413.92, por el concepto debido, y solo se adeuda la diferencia resultante de la liquidación del derecho sobre la base del salario real.

Por apelación del apoderado de la demandante conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que juzgó accidente de trabajo el hecho en que perdió la vida el cónyuge de la actora y modificó por ello la sentencia del inferior en el sentido de que la condena debe aumentarse a la suma de \$24.000.00, límite legal, y deducir lo pagado de modo parcial conforme a la excepción correspondiente. Declaró no probadas las demás excepciones e impuso las costas de la primera instancia a la demandada. Declaró sin lugar a ellas por la segunda.

Contra la sentencia anterior, proferida el 23 de mayo de 1964, se ha recibido el recurso de casación que interpuso el apoderado de la parte demandada en el juicio, para que, en su lugar, se acoja el proferimiento de primer grado, esto es, se limite la condena a los \$586.08 que se estimaron debidos, como diferencia con el valor del seguro legalmente causado, por no haber ocurrido la muerte del trabajador Rodríguez según el a quo, en accidente de trabajo.

A este efecto en cargo único formulado por la vía indirecta de la causal primera de casación, se acusa la violación de los arts. 199, 58 numeral 80. y 60 numeral 20., del C. S. T. a consecuencia de error de hecho manifiesto que provino de la equivocada apreciación que hizo el juzgador de pruebas que singulariza. Estas fueron las posiciones absueltas por el Gerente de la empresa, el acta de levantamiento del cadáver de Rodríguez, y la declaración extrajuicio de Luis Sanabria. De aquella afirma el recurrente que se apreció sin tener en cuenta la nacionalidad del absolvente Van Hooser y su poco conocimiento del idioma nacional, que no le permitió entender el sentido exacto de lo que se le preguntaba; de la segunda, que fue desechada a pesar de que fue elaborada por funcionario público ante dos testigos y de la

última, que, a pesar de ser incompleta por adolecer de falta de ratificación, constituye indicio y debió apreciarse con el mérito que le asigna la circunstancia de haber sido el señor Sanabria el único testigo del accidente.

El opositor replica la alegación del recurrente y defiende el juicio del ad quem.

SE CONSIDERA

El cargo solo indica como violados textos del C. L. relativos a la obligación del trabajador de observar con suma diligencia y cuidado las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales (regla 8a. del art. 58), a la prohibición de presentarse al trabajo en estado de embriaguez (ord. 2o. del art. 60) y a la definición del accidente de trabajo (art. 199), dejando sin acusar los que consagran el derecho reconocido a la promotora del juicio, que son fundamentales en la sentencia de condena sobre que versa el presente recurso extraordinario.

Además, no presenta debidamente el error de hecho que atribuye al ad quem confundiéndolo con la mala apreciación de unas pruebas, la cual sería su causa.

Por otra parte, la decisión impugnada no reposa solamente sobre las pruebas que menciona el acusador, sino también en otra de la que no se ocupa. Tal es la de indicio consistente en que la empresa cobró a la compañía aseguradora de los accidentes de sus trabajadores la doble indemnización que se causa por la muerte en tales insucesos, deduciendo de aquí, sin ataque en el recurso, que para ella se trataba de un accidente de trabajo. Agregó consideraciones relativas a que no es lógico ni

aceptable en equidad que la demandada adopte posiciones tan diversas, esto es, que cobre doble, como accidente de trabajo, lo que solo quiere a pagar en forma sencilla, desconociendo aquel carácter laboral.

Más en lo que se relaciona con las probanzas que singulariza el cargo, tampoco aparece que hubiesen sido apreciadas con error. Pues lo que se tomó de las posiciones absueltas por el gerente de la empresa está contenido en ellas, sin que pueda admitirse equivocación suya, no alegada oportunamente ni menos demostrada, por razón de desconocimiento del idioma español. El acta de levantamiento del cadáver no puede establecer el hecho de la embriaguez de la víctima, afirmado tan solo por un testigo en la forma que apreció el fallador. Y el testimonio extrajuicio no podía ameritarse, sin infringir la ritualidad probatoria, como lo tiene explicado la jurisprudencia de la Corte.

Resulta de todo lo anterior que el cargo, incompleto en su formulación, insuficiente en su desarrollo e ineficaz en lo que pretende, es inestimable, Se le rechaza, en consecuencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

INTERES PARA RECURRIR

En primer término ha de recordarse que la sentencia del a quo, a cuya confirmación aspira el recurrente según el alcance que fijó a su demanda de casación, declaró la existencia de un contrato de trabajo demandante y demandado, en el que "fueron patrono aquel y trabajador éste", y absolvió, luego, a la sucesión demandada de todos los cargos del libelo inicial "pero dejando a salvo los derechos del actor para ocurrir de nuevo a la justicia". Esta sentencia no fue apelada por la sucesión y su interés jurídico, al ser condenada por el ad quem, se contrae a los gravámenes prestacionales que le fueron impuestos, mas no se extiende al pronunciamiento primero sobre existencia del contrato, pues éste se consintió con aquella conducta procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 21).

En sentencia dictada el 23 de julio de 1964, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, se condenó, previa revocatoria de la de primer grado, a la sucesión de Leonidas Murillo Ochoa, representada por sus herederos Enrique, Aparicio, Arcesio, Leonor, Leonidas y Emiliano Murillo Silva, a pagar a Arcadio Murillo Ochoa \$3.001.89 por los conceptos de cesantía (\$ 1.908.02), primas de servicio (\$ 283.87) y vacaciones (\$810.00), en resolución de la litis que promovió, ante el Juez Civil del Circuito de Ambalema, el mencionado Murillo Ochoa contra la sucesión igualmente nombrada. Se absolvió por los demás extremos, sin costas en las instancias. Las modalidades de la controversia aparecen planteadas en el libelo de fls. 11 a 16 del expediente y en su respuesta visible a los fls. 20 a 24 del mismo, y el juzgamiento, conforme a los hechos que se dieron por establecidos y al derecho que se estimó aplicable, a los fls. 98 a 109.

Contra la providencia indicada se ha recibido el recurso de casación interpuesto por la sucesión demandada, el cual persigue su quebrantamiento para que, en la decisión de instancia subsiguiente se la absuelva, "de todas y cada una de las condenaciones hechas, confirmando así el numeral 20. de la sentencia de primera instancia". Al efecto se formulan dos acusaciones que se estudian en su orden. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

Afirma infracción directa de los arts. 10., 22. 23 y 24 del C. S. T., "al considerar que las relaciones que existieron entre don Leonidas y don Arcadio Murillo Ochoa fueron relaciones de trabajo y que hubo contrato de trabajo entre los dos hermanos". Y en su desarrollo el recurrente examina las declaraciones rendidas en el juicio por Pedro Rodríguez Gutiérrez, Antonio Cabrera, Dagoberto Mosos, Gregorio Sánchez, Desiderio Rodríguez, Efraín Ortiz, Marco Tulio Castro, Carlos Montoya, Miguel Aníbal Sánchez y Anselmo Gómez, y las posiciones absueltas por el demandante, para sostener que conforme a estas probanzas en las relaciones que existieron entre los dichos hermanos no hubo ninguno de los elementos que configuran el contrato de trabajo y que cualquier atención del de cujus para con don Arcadio respondió al vínculo fraternal y a la obligación de dar alimentos según el C. C

Se considera

En primer término ha de recordarse que la sentencia del *a quo*, a cuya confirmación aspira el recurrente según el alcance que fijó a su demanda de casación, declaró la existencia de un contrato de trabajo "entre Leonidas Murillo Ochoa, fallecido, y Arcadio Murillo Ochoa", en el que "fueron patrono aquel y trabajador éste", y absolvió, luego, a la sucesión demandada de todos los cargos del libelo inicial "pero dejando a salvo el derecho del actor para

ocurrir de nuevo a la justicia". Esta sentencia no fue apelada por la sucesión y su interés jurídico, al ser condenada por el ad quem, se contrae a los gravámenes prestacionales que le fueron impuestos, mas no se extiende al pronunciamiento primero sobre existencia del contrato, pues éste se consintió con aquella conducta procesal. El recurrente se ajusta a tal limitación cuando enuncia en su demanda extraordinaria, como petitum, el retorno al fallo de primera instancia, mediante la confirmación de su ordenamiento segundo, esto es. al que absolvió a la sucesión. Del primero, sobre declaración de la existencia del contrato laboral, nada pretende, ni en rigor nada podía pretender, por falta de interés jurídico, resultante de no haber apelado de ese pronunciamiento que le perjudicaba. No obstante lo anterior, el ataque que se considera persigue que se desconozca la dicha existencia contractual. pretensión inatendible, por las razones expuestas.

Con todo, si hubiese podido considerársele tampoco habría prosperado, pues se le formuló por infracción directa y se le desarrolló con examen del material probatorio, en franca contrariedad a la técnica de este recurso.

Se le rechaza, en consecuencia.

Segundo Cargo

Acusa violación de los arts. 1o., 22, 23, 24, 253, 306, y 488 del CST, 2o. del Decr. 905 de 1951 v 7o. del Decr. 617 de 1954, por apreciación errónea del documento del fl. 32; de los testimonios de Aquileo Gutiérrez, Reyes Rendón Urueña, Pedro Rodríguez, Antonio Cabrera, Mosos, José Gregorio Sánchez. Dagoberto Desiderio Rodríguez, Efraín Ortiz, Eduardo López, Marco Tulio Castro, Carlos Montoya, Miguel Aníbal Sánchez, Anselmo Olava, Eliseo Prieto, Benito Acosta, César Parra, Leopoldo Barrero y José de Jesús Arbeláez, y de las posiciones absueltas por el demandante Arcadio Murillo Ochoa. Afirma, además, que hubo violación directa de los arts. 22, 32 y 36 del C. S. T. "por errónea apreciación de la prueba relativa al reconocimiento de herederos".

Se considera

Este cargo, como el anterior, persigue destruir el fallo recurrido mediante la demostración, ahora sí por la vía indirecta, de que entre don Arcadio y don Leonidas Murillo Ochoa no hubo un contrato de trabajo, sino relaciones de hermanos a las que no se pueden aplicar los textos laborales, que se señalan como infringidos. Pero tal propósito, no contenido en el alcance expreso que se fijó al recurso, tampoco consulta el interés jurídico de la sucesión demandada, que no apeló de la declaración correspondiente de primera instancia, limitándolo así, frente a la resolución del ad quem, a las condenas en concreto. mas sin que pueda controvertir ya la existencia misma del vínculo laboral. Por ello la acusación, en lo que pretende, es inestimable.

Cabe, sin embargo, anotar que el desarrollo se limita a oponer la opinión del recurrente al análisis probatorio del fallador, sin demostrar el error de hecho en la forma evidente que exige el remedio extraordinario, por lo cual tampoco habría podido prosperar.

Finalmente, en lo que se relaciona con la representación de la sucesión demandada, el cargo afirma violación directa de la ley y pretende demostrarla a través de la prueba sobre reconocimiento de heredero, con defecto técnico que impone su rechazo.

El cargo, en consecuencia, es inestimable.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas, porque no se causaron.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

Este ataque, formulado la mismo que el anterior como si de alegación de instancia se tratara, contiene dos conceptos de violación de la ley que no pueden confundirse (aplicación indebida a interpretación errónea), y presenta, además, el de interpretación errónea como proveniente de la falta de apreciación de pruebas, con olvido de que aquella ha de consistir en el equivocado entendimiento de la norma, independientemente de toda cuestión de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 21).

Ante el Juzgado del Trabajo de Armenia, Jesús María Gil Velásquez demandó, por medio de apoderado, a la sucesión de Antonio María Trujillo, representada por sus herederos, para que se le declarase ocupante de tres lotes de terreno que singularizó en su libelo y dueño absoluto de las mejoras que puso en los mismos, se la condenara a pagarle el precio de ellas fijado por perito y se le reconociesen el derecho de retención y el de no ser lanzado de aquellos lotes. Posteriormente extendió su demanda al señor Pedro Luis Ospina T., como representante también de la referida sucesión. Pidió, además, las costas del juicio.

Se opuso la demandada a las pretensiones anteriores negando que hubiesen sido ciertos los hechos en que se las fundamentaron y excepcionando cosa juzgada, falta de llamamiento de todos los vocacionados a heredar y todo hecho perentorio, y tramitada la controversia el Juzgado la desató en sentencia de 26 de mayo de 1964, cuya parte resolutiva dispuso:

"Primero.- No se hacen las declaraciones exigidas en la demanda por el Dr. Hernán Ramírez Márquez, en su calidad de apoderado judicial del señor Jesús María Gil Velásquez.

"Segundo. Absuélvense a los señores Justiniano y María Eva Trujillo Vega, José María, Luis Angel, María Libia, Sebastián, María Isaura y María Raquel Ospina T., en su calidad de representantes y herederos de la sucesión testada del señor Antonio María Trujillo Vega, de todas y cada una de las peticiones formuladas en su contra en el libelo de demanda por el señor Jesús María Gil Velásquez.

"Tercero.- Se abstiene de fallar el Juzgado, con respecto al codemandado Pedro Luis Ospina T., por falta o defecto del presupuesto procesal de capacidad para ser parte por no estar acreditada su calidad de heredero y representante de la sucesión de Antonio María Trujillo Vega, todo de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Las partes de las condiciones civiles conocidas en el juicio y que estuvieron representadas por sus respectivos apoderados judiciales.

"Cuarto.- Condénase en costas a la parte actora.

"Quinto. Si dentro del término hábil que tienen las partes para interponer recursos contra esta providencia, así no lo hicieren, envíese, por la Secretaría el expediente original a la H. Sala Laboral del Tribunal Superior de Manizales, a fin de que se surta la consulta de rigor".

Por apelación del apoderado del demandante conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, entidad que por medio de su Sala Laboral y en fallo del 8 de julio de 1964, confirmó el del inferior con la "advertencia de que no está probada la excepción perentoria de cosa juzgada que se propuso en la contestación de la demanda".

Contra esta providencia interpuso el recurso de casación el promotor de la litis y habiéndosele recibido en legal forma se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

Ha de expresarse previamente que éste ha pedido el rechazo del libelo extraordinario por irregularidades que estima acontecieron en el otorgamiento del poder para recurrir ante la Corte, mas tal asunto es inoportuno ya, admitida como fue la personería correspondiente por el Tribunal, en auto ejecutoriado, sin reclamo de la parte que ahora lo alega.

En dos ataques, que se resolverán en su orden, el recurrente pretende que se infirme el fallo del *ad quem* y en su lugar se acojan las peticiones iniciales.

Primer Cargo

Acusa aplicación indebida "proveniente de algunas pruebas que obran en el juicio "de los arts. 604, 605, 606 y 670 del C. J., que se citan en la alegación adelantada para sustentarlo, por cuanto se le dio valor de plena prueba al testimonio de Jesús María Castaño Medina, se le desconoció a la confesión de María Eva Trujillo y se le reconoció validez a las declaraciones sospechosas y parcializadas de Antonio José Pulgarín, Pablo Emilio Giraldo y Enrique Arturo Arias.

Mas no será necesario el examen particular de estas probanzas, ni la verificación del juicio del ad quem, conforme a las que no menciona el recurrente, pues aparte de que la acusación no concreta debidamente el error que pretende, ella no contiene ningún texto que consagre los derechos impetrados en la litis y desconocidos por el Tribunal, ya que se contrajo a los citados del C. J., que no bastan para integrar la proposición jurídica que debió someterse a la Corte, ni para que esta pueda cumplir su misión primordial.

Por lo expuesto, se le rechaza.

Segundo Cargo

Acusa "aplicación indebida e interpretación errónea por falta de apreciación de algunas pruebas aportadas por el actor y obrantes en el juicio", de los arts. 471 y 472 C. J. y 22 de la Ley 200 de 1936.

Mas este ataque, formulado lo mismo que el anterior como si de alegación en instancias se tratara, contiene dos conceptos de violación de la ley que no pueden confundirse y presenta, además, el de interpretación errónea como proveniente de la falta de apreciación de pruebas, con olvido de que aquella ha de consistir en el equivocado entendimiento de la norma, independientemente de toda cuestión de hecho.

Por otra parte lo que presenta como causa del error judicial no puede bastar para la destrucción del fallo recurrido, pues el acusador no se ocupa debidamente de las pruebas que determinaron la convicción del Tribunal. Todo lo anterior exhibe que el cargo no se compadece con las exigencias del recurso extraordinario y debe rechazársele.

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 CA-SA la sentencia recurrida.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Sabido es que en este recurso no basta oponer la opinión del acusador sino que es necesario demostrar el error evidente, en razón de que las pruebas ostenten todo lo contrario de lo apreciado por el fallador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 21).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto, por medio de apoderado, por Alfonso Carrillo C. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 27 de julio de 1966, en el ordinario de trabajo promovido por Alcides Cortés Castillo contra el recurrente.

En la litis se afirmó que el demandante sirvió para el demandado, en virtud de contrato verbal, desde el 1o. de julio de 1954 hasta el 15 de marzo de 1965, como obrero en el ramo de joyería, con un salario promedio de \$ 750.00 mensuales, vinculación laboral que terminó el patrono en forma unilateral e ilícita, sin cancelar los derechos causados y aun tratando de evadirlos, por todo lo cual se pidieron la declaración de existencia del dicho contrato y condenas por salarios, cesantía, vacaciones, arrendamientos, primas de servicios, lucro cesante e indemnización moratoria.

Carrillo se opuso a las pretensiones anteriores negando la existencia del contrato de trabajo, pero admitiendo haber ocupado a Cortés "para uno que otro trabajo" de relojería y jovería en taller que el demandante tiene establecido por su cuenta y riesgo con la sociedad "Longas & Cortés". Excepcionó inexistencia de la obligación.

Tramitada la controversia, el Juzgado Municipal de Neiva, que fue el del conocimiento,

la desató absolviendo al demandado de todos los cargos del libelo, por no haber existido entre él y Cortés Castillo un contrato laboral; pero esta decisión fue revocada en todas sus partes por el Tribunal Superior de Neiva, al conocer de la alzada que promovió el demandante, y en su lugar declaró el vínculo de trabajo, durante el tiempo y con el salario afirmados por el actor, y condenó a Alfonso Carrillo C. a pagarle \$22.281.25 por cesantía, primas de servicio, vacaciones y lucro cesante conforme a discriminación que hizo en su providencia y a indemnización moratoria desde la fecha de la terminación del contrato, más las costas de las instancias.

Contra la sentencia anterior se ha recibido el recurso extraordinario que persigue su quebrantamiento total para que se vuelva, por la Corte, al fallo del a quo con todas las costas para el promotor del litigio. Al efecto se formulan tres cargos que se estudian y deciden en su orden. No hubo escrito de oposición.

Primero

Acusa violación directa, por falta de aplicación, del art. 26 de la C. N. e indirecta de los arts. 10., 30., 50., 22, 23, 64, 65, 89, 186, 189, 249, 253-y 306 del C. S. T., al aplicarlos el Tribunal al caso de autos no siendo procedentes, como consecuencia de haber apreciado unas pruebas que eran inestimables, incurriendo en error de derecho, y de haber apreciado otras con ostensible error de hecho.

Las primeras son las declaraciones de Hernando Díaz (fl. 21 y v.), Octavio Quintero (fls. 21 v. a 22 v.) y José Antonio Espinosa (fls. 26 v. y 27) todas del cdno. 10., que no fueron enunciadas en la demanda inicial, como lo exigen el art. 25 C. P. T. y la jurisprudencia que ha precisado su necesidad y alcance. Y las segundas, la constancia expedida por Carrillo, visible al fl. 2, en relación con la respuesta a la demanda (fls. 13 y 14); la confesión del deman-

dado en posiciones de los fls. 24 v. a 26 y las declaraciones de Raquel García (fls. 32 y v.) y Orlando Pastrana (fls. 32 v. y 33). De éstas se afirma que se las apreció en forma "totalmente opuesta a lo que con dichos medios probatorios se demuestra".

Se considera

Ciertamente las pruebas que indica el acusador en primer término no fueron enunciadas en el escrito que inició la litis, en contravención al art. 25 C. P. T. y a los principios procesales que dicho precepto desarrolla, incurriéndose así en el error de hecho que ha precisado la jurisprudencia en los fallos que aquel invoca (Tribunal Supremo del Trabajo, 31 de mayo de 1954, y 10 de junio y 4 de octubre de 1955. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 9 de julio de 1960).

Mas la sentencia impugnada no reposa solamente en tales probanzas —de las que el Tribunal expresó que reforzaban sus apreciaciones sobre los otros medios de convicción— sino también en las que el recurrente afirma mal apreciadas y en otras dos (los testimonios de Lázaro Gordillo y José María Pava) que no han sido objeto de ningún ataque. Esta última omisión es suficiente para desestimar el cargo, pues en tratándose de acusación por error en la estimación de las pruebas, deben destruirse todos los soportes de la resolución judicial, como lo tienen explicado la doctrina y la jurisprudencia, ya que de otra suerte el fallo se mantiene sobre sus bases inatacadas.

En lo que se relaciona con el segundo grupo de pruebas reseñadas por el acusador, se observa que éste se limitó a afirmar que fueron mal apreciadas por el ad quem, sin exhibir cuál debió ser su verdadera estimación, diciendo tan solo que aquellas demuestran lo contrario de lo entendido por el Tribunal. Sabido es también que en este recurso no basta oponer la opinión del acusador sino que es necesario demostrar el error evidente, en razón de que las pruebas ostenten todo lo contrario de lo apreciado por el fallador. Por lo demás, tal demostración, con el carácter requerido, no habría podido lograrse en el sub lite, pues el Tribunal consideró a espacio el documento en que Carrillo manifestó que Cortés trabajó para él, como obrero, con sueldo aproximado de \$750.00 mensuales, y las explicaciones con que el demandado pretendió desvirtuar el alcance laboral de tal reconocimiento, y sus apreciaciones sobre tal prueba y sus conclusiones en relación con las otras referidas no exhiben equivocación, a juicio de la Sala.

En las condiciones anteriores, el cargo que no destruye todos los soportes probatorios del fallo ni demuestra error evidente acerca de los otros medios de convicción, no es eficaz ni aparece fundado. No prospera, en consecuencia.

Segundo

Acusa aplicación indebida, porque no eran pertinentes, de los arts. 5, 22, 23, 64, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del C. S. T., como consecuencia de haber admitido el fallador que el demandante trabajó para el demandado mediante un contrato de trabajo, durante el tiempo indicado en la demanda y con la remuneración de \$750.00 mensuales allí señalada, no obstante estar plenamente demostrado en los autos que Cortés es un trabajador independiente y que las obras de joyería que ejecutó para Carrillo por encargo de éste, no lo fueron jamás en cumplimiento de un contrato de trabajo sino de uno de locación de obra.

En su desarrollo, el recurrente expresa:

"En la respuesta a la demanda se admite que el demandado Carrillo sí le encomendó al demandante Cortés, quien es experto en labores de joyería, la ejecución de varios trabajos de esa naturaleza. Pero a la vez se afirmó allí que el nombrado demandante es un empresario o tallerista independiente y que en tal calidad ejecutó para el demandado Carrillo, por un precio determinado por cada obra, las que éste le encomendó, como lo hacía el citado demandante con relación a otras personas distintas de Carrillo. (fl. 13 del 1er. cdno.).

"Tales hechos están plenamente demostrados en el juicio con los medios probatorios que el fallador de segunda instancia analiza en su sentencia, como se evidencia mediante la lectura de los pasajes de ese fallo visibles a los fls. 9, 10 y 11 del cdno. 20.

"Mas sucedió que a tales hechos aplicó el juzgador de segundo grado las normas de derecho sustantivo citadas en este segundo cargo, que se refieren al trabajo subordinado exclusivamente, con lo cual violó por aplicación indebida dichas normas sustantivas de derecho".

Se considera

El cargo parece formulado por la vía directa,

por el concepto de aplicación indebida fuera de error de hecho o de derecho en la apreciación del material probatorio, pues se afirma que los hechos que aduce el acusador están plenamente demostrados en el juicio y fueron analizados por el sentenciador, pese a lo cual les aplicó normas legales que se refieren al trabajo subordinado exclusivamente.

Sin embargo, la aplicación indebida en el concepto indicado, requiere que el fallador haya apreciado los hechos en la misma forma que el acusador, esto es, que ellos no se controviertan en el recurso, que uno y otro partan de los mismos supuestos fácticos. Mas no es esto lo que acontece en el asunto que examina la Corte, pues el ad quem no dio por establecido que Cortés fuese un trabajador independiente sino, todo lo contrario, un sujeto del campo laboral, con lo cual no puede pretenderse que se trata del hecho incontrovertido de la locación de obra a la que se le aplicaron las normas del C. S. T.

Y si lo que se quiso, en razón de las apreciaciones probatorias que enuncia el acusador, fue sostener que el Tribunal debió dar por establecida la relación de trabajo en forma distinta a la subordinada, la acusación debió formularse por error de hecho, con señalamiento de las probanzas y demostración de la equivocación fáctica, todo en la forma de ley.

El cargo no es atendible.

Tercero

Acusa infracción directa de los arts. 89 C. S. T. y 60. del Decr. 210 del 1953, en relación con los arts. 64, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 de aquel estatuto, "como consecuencia de haber admitido arbitrariamente y sin asidero probatorio alguno que el demandante Alcides Cortés Castillo fue un trabajador a domicilio del deman-

dado Alfonso Carrillo C., durante el tiempo y con el salario indicados en la demanda con que se inició el juicio".

Se considera

Para el acusador la apreciación del ad quem acerca de la condición subordinada de Cortés, y concretamente el que hubiese sido un trabajador a domicilio, es equivocada, más aún, arbitraria v sin asidero probatorio alguno. Controvierte, pues, la cuestión fáctica fundamental; pretende que la Corte la aprecie de modo opuesto a como la juzgó el fallador; sostiene finalmente que según las pruebas el hecho verdadero es distinto del estimado por el Tribunal. Se trata entonces de asunto que debe considerarse en el campo probatorio y se ostenta equivocada la acusación por infracción directa, que solo procede respecto de la norma misma con independencia de toda cuestión de hecho. Y no es acertado, por último, decir que tal infracción obedece a que el fallador aplicó los textos citados a un hecho inexistente, porque para él tal hecho sí existió y quien pretenda cosa distinta ha de demostrarlo por la vía debida.

Se rechaza, por lo expuesto, el cargo.

En mérito de todo lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.



CASACION (Técnica)

INTERPRETACION ERRONEA.

La interpretación errónea de la ley consiste, según reiterado y unánime concepto jurisprudencial, en el equivocado entendimiento que el fallador hace de su contenido, en sí misma considerada la norma y sin conexión alguna con problemas fácticos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial del Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A. contra la sentencia proferida el once de junio de mil novecientos sesenta y tres por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por el recurrente contra la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A., a fin de que se declarase que la demandada está obligada a cumplir la cláusula sobre "estabilidad" pactada en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 15 de junio de 1962 v se la condenase a pagar los periuicios ocasionados al Sindicato por el incumplimiento de la dicha cláusula y las costas del juicio.

Se afirmó en el libelo que en la referida convención se estipuló que la empresa no haría uso de la cláusula de reserva para los trabajadores que tuvieran más de un año de servicio y que la duración de los contratos de trabajo sería de doce meses, contados a partir de los vencimientos de los períodos presuntivos vigentes. No obstante, con desconocimiento de la respectiva cláusula, el 11 y el 25 de agosto de 1962, dio por terminados los contratos de Luis E. Roa y José Ignacio Castillo que solo vencían el 13 de agosto de 1963 y el 26 de febrero de 1964, respectivamente, causando de este modo ingentes

perjuicios morales y materiales al Sindicato, pues ha dejado de percibir las cuotas de sus afiliados injustamente despedidos y ha disminuído la confianza que sus miembros le tenían.

En derecho citó los arts. 474 y concordantes del C. S. T. y 19, 20, 25, 26, 27 y 74 del C. P. del T.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor, negando los hechos fundamentales en que ellas se apoyan. Aceptó la existencia de la estipulación convencional, pero sostuvo que la prórroga de 12 meses sólo regía para aquellos contratos que la empresa no declarara extinguidos al vencerse el período presuntivo que venía corriendo.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis, en sentencia de dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y tres, absolviendo a la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra S. A." de todos los cargos formulados contra ella y condenando en costas al demandante.

El Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la alzada interpuesta por el apoderado del Sindicato, mediante el fallo que es objeto del recurso extraordinario, confirmó en todas sus partes el proferido por el a quo y no hizo condenación en costas.

EL RECURSO

Pretende el recurrente que la Sala case totalmente la sentencia impugnada y que, obrando en función de instancia, revoque la del a quo y, en su lugar, despache favorablemente las súplicas contenidas en el libelo inicial.

A tal efecto, con base en la causal primera del art. 87 del C. P. L. y en cargo único, acusa la sentencia de ser violatoria de los ordenamientos 467 y 55 del C. S. T., por interpretación errónea.

Sostiene que el Tribunal, siguiendo el mismo

criterio de la demandada, interpretó equivocadamente la cláusula primera de la Convención Colectiva suscrita por las partes el 15 de junio de 1963, en la cual se estableció que la empresa no haría uso se la cláusula de reserva para los trabajadores con más de un año de servicios y que los períodos presuntivos se prorrogaban a doce meses a partir de la fecha en que vencieran los períodos presuntivos de los contratos vigentes. El mal entendimiento de esta estipulación consistió en estimar que la prórroga de 12 meses sólo operaba en relación con los contratos que no se declararan terminados al vencimiento de la última duración presuntiva legal, pues la empresa conservaba la facultad de no continuar contratando con determinados trabajadores llegado ese evento. Bajo este supuesto, al cumplirse el período presuntivo de seis meses que estaba rigiendo cuando se firmó la Convención, prescindió de los servicios de Luis E. Roa v José Ignacio Castillo, quienes, conforme a la mencionada cláusula, tenían derecho a beneficiarse con la prórroga automática de los doce meses. Ambos trabajadores estuvieron vinculados por dos contratos, uno verbal v otro escrito, pero son las fechas de iniciación de estos últimos las que deben tomarse en cuenta para efectos de determinar el tiempo faltante, ya que a ellos se refirió expresamente la Convención. Arguye, finalmente, que si la intención de las partes no hubiera sido la de prorrogar los contratos vigentes, por 12 meses más, a partir del vencimiento de los períodos presuntivos que en ese momento estaban corriendo, sobraría cualquier convenio al respecto, pues la empresa de todas maneras tenía la facultad de darlos por terminados cuando vencieran los períodos presuntivos.

Para el opositor la apreciación que el ad quem hizo de la prueba cuestionada es correcta, pues la cláusula convencional no ofrece ninguna duda acerca de que la prórroga de 12 meses debería empezarse a contar desde el vencimiento de los períodos presuntivos vigentes y en relación con los contratos que subsistieran. El ataque, además, adolece de fallas técnicas, pues las normas acusadas no son de carácter sustantivo y la fundamentación se hace a través de análisis de pruebas.

Para resolver, se considera:

The second of th

Son acertados los reparos de carácter técnico que el opositor formula al cargo. Los arts. 55 y 467 del C. S. T., únicos sobre los cuales versa la acusación, se limitan a expresar, el primero, que el contrato de trabajo, como todos los demásdebe ejecutarse de buena fe; y el segundo, qué debe entenderse por convención colectiva. Ello significa que no son normas que crean, modifican o extinguen derechos, que es lo que se ha entendido por disposición sustantiva, y que por no tener esta calidad no pueden ser, por sí solas, objeto del recurso extraordinario de casación. pues no permiten lograr el fin principal para el cual ha sido instituído, que es el de obtener la unificación de la jurisprudencia en materia laboral.

De otro lado, es evidente que la impugnación se desarrolla con examen de elementos probatorios, como son la Convención Colectiva y los contratos individuales de trabajo de Roa y Castillo, y con referencia a las cuestiones de hecho que constituyen el tema central de discusión en el juicio, todo lo cual repugna a la modalidad de infracción que predica el cargo, pues la interpretación errónea de la ley consiste, según reiterado y unánime concepto jurisprudencial, en el equivocado entendimiento que el fallador hace de su contenido, en sí misma considerada la norma y sin conexión alguna con problemas fácticos.

Los vicios apuntados explican la ineficacia del ataque y su consiguiente rechazo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día once de junio de mil novecientos sesenta y tres.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

Según constante doctrina del Tribunal Supremo y de la Sala Laboral de la Corte, en los juicios del trabajo la acusación aceptable en casación es la de violación de las normas sustantivas de carácter laboral. La que recae sobre otras normas debe acusarse como violación medio, y en tal caso es preciso explicar o definir cuál es la violación medio, y cuál la final

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Abogado Asistente: Dr. Odilio Pinzón).

(Acta No. 22).

Leopoldo Botero Ebenbeck y Olga Ebenbeck v. de Botero, obrando ésta en su propio nombre y además como representante legal de su menor hija María Clementina Botero Ebenbeck, demandaron a Eduardo Correa S., vecino de Medellín, pidiendo lo siguiente:

- "1. Para la sucesión del señor Hernando Botero Mejía y para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que formó con la Sra. Olga Ebenbeck de Botero, cesantía, vacaciones, primas de servicio, valor de descansos remunerados en días domingos y festivos e indemnización por mora en la cancelación de esos derechos.
- "2. A los demandantes, en calidad de beneficiarios, el valor del seguro de vida correspondiente al Sr. Hernando Botero Mejía.
 - "3. Las costas del juicio".

Se adujeron en la demanda los siguientes hechos: que el señor Hernando Botero Mejía trabajó para el demandado Eduardo Correa S. como agente exclusivo de ventas de la empresa de su propiedad denominada Industrias Metálicas Edward; que el señor Botero falleció el 27- de agosto de 1959, y en el momento de su fallecimiento llevaba más de

tres años prestando sus servicios al demandado en todo el territorio de Colombia, con excepción de la ciudad de Medellín; que el mismo Botero estaba casado legítimamente con Olga Ebenbeck, con la cual procreó, durante el matrimonio, a Leopoldo y María Clementina Botero Ebenbeck, por lo cual estos representan a la sucesión v son beneficiarios del seguro de vida correspondiente a su padre; que el causante Botero Mejía devengaba en el momento de su muerte un salario equivalente al 7½ del valor de las ventas que realizara o de los pedidos hechos por él que la fábrica aceptara y despachara; que la empresa del demandante tiene una nómina de salarios superior a mil pesos mensuales; y que los demandantes no han recibido las prestaciones que reclaman.

Eduardo Correa S. contestó el traslado de la demanda oponiéndose a sus peticiones. Negó que Botero Mejía hubiera sido empleado o agente suyo, ya que trabajaba por su cuenta y riesgo y al servicio de diversas personas o entidades, en diferentes ramos de actividad, como corredor de comercio que era. Explicó que en 1955 fundó en Medellín una empresa denominada Industrias Edward para la fabricación y venta de hebillería y otros artículos; que en 1957 el señor Botero realizó con él operaciones comerciales, comprándole mercancía y pagándole en dinero o garantizándole su valor con letras de cambio que él descontaba. algunas de las cuales no alcanzó a recoger: que en estas operaciones gozaba de un descuento del siete y medio por ciento, que constituía su ganancia; que todo esto prueba que las relaciones habidas no fueron de trabajo sino de negocios comerciales. Propuso, finalmente, las siguientes excepciones: inexistencia del contrato de trabajo y consiguiente inexistencia de las obligaciones, carencia de acción, inepta demanda, petición de lo no debido, ilegitimidad de la personería sustantiva de ambas partes, prescripción y la que llama "genérica".

El Juzgado cuarto del trabajo de Medellín que conoció del negocio, en sentencia pronunciada el 17 de noviembre de 1961, absolvió al demandado de todos los cargos, con fundamento en que no existió contrato de trabajo. Apelada la decisión de primer grado por el apoderado de los actores, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, resolvió en segunda instancia lo que se transcribe a continuación:

"10. Condénase al señor Eduardo Correa S. a pagarle a los demandantes Olga Ebenbeck vda. de Botero, para sí, como cónyuge sobreviviente del trabajador fallecido, y para su hija menor María Clementina Botero E. y Leopoldo Botero E., como herederos del señor Hernando Botero Mejía, en la proporción señalada por la ley, las sumas de un mil ciento ochenta y tres pesos con cincuenta y tres centavos (\$ 1.183.53) por concepto de cesantía; quinientos sesenta pesos con sesenta y cuatro centavos (\$ 560.64) por compensación de vacaciones, y quinientos sesenta pesos con sesenta y cuatro centavos (\$ 560.64) por primas de servicio.

- "2. Condénase al mismo señor Eduardo Correa S. a pagarle a los actores Olga Ebenbeck vda. de Botero, para sí, como cónyuge sobreviviente del trabajador fallecido, y para su hija menor María Clementina Botero E. v Leopoldo Botero E., como beneficiarios del seguro de vida correspondiente al señor Hernando Botero Mejía, en la proporción señalada por el art. 293 del C. S. del T., en relación con el art. 204, literal e), ibídem, la suma de cuatro mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos con doce centavos.
- "3. Declárase configurada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte opositora, así como no probadas las restantes excepciones que la misma parte formuló.
- "4. Absuélvese al señor Eduardo Correa S., de los demás cargos que en contra suya contiene el libelo introductivo del juicio.

"En estos términos queda revocado y confirmado en parte, el fallo pronunciado por el señor Juez Cuarto del Trabajo de esta ciudad, con fecha diecisiete de noviembre último.

Contra el fallo del Tribunal interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandada. Admitido éste y sustanciado en debida forma, se procede a resolverlo. No hubo alegato de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Expresa el recurrente que se propone conse-

guir "la infirmación en su integridad de la sentencia de segundo grado" y "el pronunciamiento de la correspondiente de instancia, absolutoria del demandado en todo y por todo". Formula al efecto dos cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer Cargo

Dice el recurrente que el fallo dictado por el Tribunal "es vulnerable dentro de la causal 1a. del art. 87 del Decreto-Ley 2158 de 1948 (C. P. de T.), por ser el fallo infractorio de la ley sustancial, determinado por grave error de derecho, cometido por el sentenciador, apareciendo de manifiesto en los autos, el cual alego, y me propongo demostrar, a través del cual error gravísimo, quebrantó, vía indirecta los preceptos sustanciales que, en su oportunidad, habré de indicar, concretamente". Al final del alegato completa la formulación del cargo indicando cuales son los preceptos legales violados por el sentenciador así:

"Como con fundamento en todo lo expuesto, el cargo está llamado a prosperar, a mi humilde ver, la sentencia, objeto de mi impugnación, debe ser casada, y, como efecto, dictarse la pertinente de instancia, toda vez que viola las siguientes disposiciones sustanciales:

- a) Art. 26 de la C. N., por falta de aplicación al caso del litigio, siendo aplicable;
- b) Los arts. 346, 347 del C. C. y el art. 13 de la Ley 45 de 1936, el art. 365 ib., los arts. 381 y 382 ib., la Ley 92 de 1938, como también los arts. 1760 y 1758 del mismo cuerpo legal, por aplicación indebida, e interpretación errónea, esto es por no haberlo aplicado al caso del litigio, siendo aplicables, infracción cumplida, por vía indirecta, proveniente del error de derecho, alegado, y demostrado, plenamente;
- c) El art. 657 del C. J. por haberlo aplicado, no siendo aplicable, lo mismo que los arts. 448, 240 y 232 del propio cuerpo legal, a través de los cuales se infringió el art. 307 del C. C., por indebida aplicación, consistente en no haberlo aplicado, siendo aplicable.
- d) Los arts. 24 del C. S. del T., 37, 54, 55, Decr. 3129 de 1956, art. 30., 249, 253, 294, 289, 292, 293 por haberlos aplicado, no siendo aplicables, lo mismo que el art. 11 del Decr. No. 617 de 1954".

Los argumentos en que el recurrente sustenta su acusación se dirigen todos a demostrar que el Tribunal fallador se equivocó al aceptar como prueba completa del matrimonio habido entre la demandante Olga Ebenbeck y el señor Hernando Botero Mejía, la documentación que obra en los fls. 4 y 5 del expediente, al aceptar la calidad de hijos legítimos del señor Botero en los demandantes Leopoldo y María Clementina Botero, y al admitir en la Sra. Olga Ebenbeck de Botero la calidad de representante legal de la menor.

Respecto del matrimonio expresa:

"No se demostró el matrimonio celebrado entre el causante. Hernando Botero Meiía y la Sra. Olga Ebenbeck, en la forma legal privativa, ni por medio de prueba supletoria, exigida, perentoriamente, por la lev sustancial. El estado civil es la calidad de un individuo en cuanto lo capacita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones, disciplina del art. 346 del C. C. Dicha calidad deberá constar en el registro del estado civil, "cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado", epifonema el art. 347 ib. El art. 79 de la Ley 153 de 1887 que sólo las copias de las actas de matrimonio, se tendrán como pruebas principales del contrato matrimonial, según lo dispuesto en el art. 22 de la Lev 57 del año en cita. Este matrimonio se dice celebrado en Nueva York en el año de 1931, y para que pudiera estimarse como prueba principal, a su respecto, requería ser copiado integramente, en el registro civil notarial, autorizado el acto con la firma del Notario, la de los contrayentes y dos testigos, a términos de los arts. 364 y 365 del C. C. Lo cual equivale al aserto de que es solem. ne, la prueba del estado civil. "Nuestra legislación admite dos pruebas principales del matrimonio civil contraídos por colombianos en el exterior: 1) la copia auténtica del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero, debidamente auténticada y la copia del registro colombiano de dicha acta, sentado en conformidad con el art. 365 del C. C. La copia de una copia notarial no puede darse como prueba de matrimonio... Tratándose de un contrato solemne como el de matrimonio, su prueba o demostración viene revestida también de solemnidades especiales, ya se trate de matrimonio eclesiástico o civil (Casación, 13 de marzo de 1937 y 28 de mayo de 1943 G. J. Nos. XLIVLV (Sic) pág. 523). Una "copia de copia, así sea expedida por funcionario competente. no es prueba principal de ningún matrimonio. Menos que menos, una fotocopia. No es la fotocopia. No es prueba judicial admitida por la

legislación. Por lo tanto, la fotocopia vulgar, jurídicamente, hablando y escribiendo, es prueba inidónea, para el fin demostratorio del supuesto matrimonio.

"Los arts. 381, 382 del C. C. y la Ley 92 de 1938, indican, entre otras disposiciones, las formas demostratorias supletorias de la prueba principal del estado civil de las personas. De ordinario, la omisión de cumplir las solemnidades de la prueba principal, se pueden suplir por demostraciones, rodeadas también de solemnidades especiales. testimonios jurados ante Juez de Circuito Civil, con citación y audiencia del Ministerio Público, acompañando a la certificación del funcionario público encargado del registro, reemplaza la principal comprobación exigida por la ley sustancial. Pero, en el caso ventilado en autos, brilla por su ausencia, la prueba solemne principal del matrimonio, como también la prueba supletoria admitida en defecto de aquélla".

Se refiere a los documentos que obran en los fls. 4 y 5 y dice que "no llenan los requisitos legales sustantivos, por la ley nacional impuestos", y concluye: "Haber conferido, el sentenciador, valor de prueba solemne, legal, idónea, a aquellos documentos, no definidos como pruebas judiciales por la ley nacional, configura grave error jurídico, de derecho,... consistente en haber dado por establecido, demostrado, el hecho del matrimonio civil de Hernando Botero Mejía con Olga Ebenbeck... con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto".

Respecto de la filiación de Leopoldo y María Clementina Botero expone:

"En este mismo orden de exposición, tampoco se comprobó, por medio de copias de las actas, el nacimiento de Leopoldo y María Clementina, como se ve de fls. 1 a 3, cdno. ib.

"La omisión de acercamiento, cuanto a las copias auténticas de las actas de matrimonio de los padres, y de nacimiento de los hijos, ora principales, ora supletorias, conlleva la tremenda implicación, de haber omitido de demostrar el hecho trascendente de que, Doña Olga Ebenbeck, es madre legítima, y representante legal de la menor María Cristina, como legitimaria del pretendido padre legítimo, Hernando Botero Mejía, resultando, por este doble aspecto, la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante.

"Idéntico es el razonamiento, respecto al demandante, D. Leopoldo, de quien tampoco se adujo la prueba principal, ni supletoria, requerida por la ley: copia del acta de nacimiento —ésta sí acompañada de origen eclesiástico— pero sin la prueba legal del matrimonio de los padres. Circunstancia que determina no haber demostrado su filiación legítima, en relación al causante.

"En igual despliegue de repertorio contra la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte activa, brilla por ausencia total, la demostración del fallecimiento del pretendido esposo y padre, premuerto. Pero estas fallas no causaron impresión al Tribunal fallador, inspirado en el falso concebir de que, el fallador laboral, no tiene obligación de obedecer la ley, y que la parcial liberación del gancho de la tarifa probatoria, es patente de corso, que lo libera del deber de dar aplicación a la ley sustancial.

"Todas las consideraciones hechas, alegadas y demostradas, hacen el fallo impugnado contraevidente, a causa de los graves, ostensibles, notorios errores de derecho, por el sentenciador, cometidos, al conferir valor de plena prueba, respecto a la filiación, a unos documentos que, la ley sustancial, varias veces citada, requiere rodeadas de solemnidades, que se incumplieron. Y a través de tan graves errores, por vía indirecta, quebrantó las disposiciones sustanciales que paso a concretar a su hora.

"Se detiene finalmente en el tema de la representación legal de la menor María Clementina para decir que no está demostrada su condición de hija legítima del señor Botero, según los asertos anteriores; habla de que hay nulidad de lo actuado, de falta de personería sustantiva y adjetiva en los demandantes, de falta de integración de los presupuestos procesales, y de nulidad de orden público por violación de normas constitucionales; y con base en todo ello termina pidiendo "la infirmación del fallo impugnado".

Se considera

10. Según constante doctrina del Tribunal Supremo y de la Sala Laboral de la Corte, en los juicios del trabajo la acusación aceptable en casación es la de violación de las normas sustantivas de carácter laboral. La que recae sobre otras normas debe acusarse como violación medio, y en tal caso es preciso explicar

o definir cuál es la violación medio, y cuál la final.

En la demanda que se estudia el recurrente no hace ninguna distinción, pues acusa en forma separada y en el mismo nivel de incidencia la violación de preceptos de la C. N. de la legislación meramente civil, del C. J. del C. S. T. y de otros estatutos de carácter laboral, como si se tratara de infracciones independientes. No se estructura así correctamente la acusación, porque la violación de las disposiciones relacionadas en los literales a), b) y c) del cargo sólo podía incidir en la parte resolutiva de la sentencia en cuanto hubiera conducido a la de las normas sustantivas laborales aplicadas en la misma.

Por lo demás, con referencia a esas normas, el recurrente comete el ostensible error de técnica consistente en involucrar conceptos contradictorios o incompatibles, como hablar a la vez de aplicación indebida por falta de aplicación, o de interpretación errónea, cuando la acusación se está formulando por la vía indirecta.

- 2. En el literal d) el recurrente señala como violadas las siguientes normas de carácter propiamente laboral: arts. 24, 37, 54, 55, 249, 253, 289, 292, 293, 294, del C. S. T., art. 30., del Decr. 3129 de 1956 y art. 11 del Decr. 617 de 1954. Reducida la acusación a este campo, cabe todavía observar:
- a) En la contestación de la demanda se discutió principalmente la existencia del contrato de trabajo, y el juzgador de primera instancia absolvió al demandado porque encontró que "el modus operandi del Sr. Hernando Botero se ha presentado más como el de un agente viajero, o agente vendedor independiente que compraba o fiaba y recibía mercancías en consignación para revenderlas y obtener una utilidad". Con tales antecedentes el Tribunal, que revocó lo resuelto por el Juzgado y profirió las condenaciones que se han visto, hizo de la existencia del contrato de trabajo el tema principal de sus razonamientos; y a través de un cuidadoso análisis sentó la conclusión de que "a los autos se trajo prueba fehaciente de que el causante de los actores estuvo vinculado al demandado, como agente vendedor, mediante contrato de trabajo, en los términos previstos por el art. 98 del C. S. T.".

En todo el desarrollo de la acusación el recurrente no se ocupa de este contenido principal de la sentencia, ni de los medios de prueba utilizados por el fallador para sustentarlo. A pesar de eso, acusa por violación de los arts. 24, 37, 54 y 55 del C. S. T., y 3o. del Decr. 3129 de 1956, que modificó el 98 del código; disposiciones éstas que enseñan cuándo se presume el contrato de trabajo, qué formas puede revestir, cómo se prueba su existencia, cómo deben proceder las partes en su ejecución, y cuándo hay tal contrato con los agentes vendedores. Pero la demostración de que estas normas fueron violadas requería ocuparse del acervo probatorio que el Tribunal tuvo en cuenta al contemplar este tema, lo cual no se hizo. Ni siguiera insinúa el recurrente que tal violación hubiera podido ocurrir a través del error de derecho que señala, consistente en haber apreciado como suficiente la prueba sobre el estado civil de las personas demandantes. Con relación a las referidas disposiciones legales el cargo no es, por consiguiente, atendible. Y otro tanto puede decirse respecto de los arts. 253 y 292 C. S. T., que hablan de las bases que han de tenerse en cuenta para hacer la liquidación del auxilio de cesantía y del seguro de vida, porque también estos aspectos los estudió el Tribunal a la luz de pruebas no solemnes, distintas de las individualizadas en el cargo.

b) En lo que toca con las otras disposiciones legales indicadas en el literal d), que consagran las prestaciones de cesantía y seguro de vida y señalan quienes son beneficiarios de éste, se puede entender que el recurrente las considera indebidamente aplicadas en cuanto su aplicación favorece a las personas que se presentan como demandantes en el juicio, cuyo estado civil no se acepta como debidamente probado. El planteamiento comprende a la vez el aspecto de la titularidad del derecho o personería sustantiva, que deriva para doña Olga Ebenbeck de su calidad de esposa legítima del extinto Hernando Botero, y para Leopoldo y María Clementina Botero de su condición de hijos legítimos del mismo; y el aspecto de la representación legal de la menor María Clementina, que ostenta la señora Olga Ebenbeck. Pero reducida la acusación a este tema, se tiene:

El mismo recurrente acepta, haciendo mención de una doctrina de la Corte, que nuestra legislación admite como prueba principal del matrimonio celebrado por colombianos en el exterior la copia del acta matrimonial tomada del protocolo extranjero y debidamente autenticada conforme al art. 10. de la Ley 39 de 1933. Y en el expediente aparece (fl. 5) una fotocopia expedida en

Nueva York el 11 de abril de 1960, del acta de matrimonio celebrado en aquella ciudad por Hernando Botero y Olga Ebenbeck el 4 de febrero de 1931. La fotocopia, que ostenta en relieve el sello de la oficina que la expidió, está acompañada del competente certificado de autenticidad del Consulado de Colombia en Nueva Yok (fl. 4). El documento cumple, pues, los requisitos indicados por el art. 1o. de la Ley 39 de 1933; y al cumplirlos no es discutible que se conforme a la ley del lugar de su otorgamiento, de conformidad con el mismo precepto legal. Por lo demás, negar la autenticidad del certificado expedido por el funcionario colombiano del Consulado de Nueva York, como parece hacerlo al recurrente, es asomar una tacha de falsedad que necesita prueba completa.

Por lo que se refiere a Leopoldo Botero Ebenbeck, su condición de hijo legítimo del señor Hernando Botero se acredita con la partida de bautizo leíble al fl. 3, que es prueba principal, ya que se trata de persona nacida en el año de 1932. Y la condición de hija legítima del causante y de doña Olga Ebenbeck de Botero se acredita perfectamente respecto de María Clementina Botero Ebenbeck con la partida de bautizo del fl. 1, la cual suple la del registro civil ya que está suficientemente certificado que ésta no se encontró (art. 19 de la Ley 92 de 1938). Por lo demás, y como complemento de los documentos relacionados, al fl. 61 obra la partida civil de defunción del señor Hernando Botero Mejía.

El cargo, por consiguiente, resulta infundado, ya que no existe el error de que en él se hace mérito.

Segundo Cargo

Expresa el recurrente:

"La sentencia individualizada en el primer cargo, la acuso por ser violatoria de la ley sustancial, dentro de idéntica causal contemplada por el C. P. del T., art. 87, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de las disposiciones sustantivas que habré de indicar. —Doy por repreducida la motivación del primer cargo. A través de aquella expositiva, se ve, de modo palpable que, el sentenciador, infringió, por vía directa, los ordenamientos sustantivos, precisados bajo los literales a), b), c) y d), independiente de toda cuestión demostratoria—. Por tanto, parezco

a pedir, respetuosamente, la infirmación del fallo, y consecuenciales".

El cargo está a todas vistas mal formulado por las siguientes razones:

- a) Carece de precisión, de explicación y de demostración. Señala sin distinción todos los conceptos de violación de la ley con respecto a las mismas disposiciones legales sin expresar cómo se incurrió en ella. Tal procedimiento es ajeno a toda técnica procesal y ni siquiera de lejos acata les exigencias del art. 90 del C. de P. L. en su ord. 50.
- b) El recurrente se remite a la motivación del primer cargo. Pero aquel fue formulado por la vía indirecta, alegando un error de derecho; y éste se formula por violación directa de la ley.

Basta lo indicado para rechazar la acusación.

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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

LA SUBORDINACION, ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

La subordinación, o continuada dependencia, faculta al patrono para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en las condiciones que señala el ord. b) del art. 23 del C. S. T., lo cual no quiere decir que las instrucciones y órdenes las deba impartir permanentemente.

De ordinario, así lo indica la observación y la experiencia, cuando el trabajador cumple sus órdenes a cabalidad no se da el caso de la impartición de órdenes de manera permanente y continuada por parte del patrono, y menos, cuando quien actúa como administrador, como parece ser el caso de autos, es experto en la labor que le ha sido confiada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala da Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 24).

Por medio de apoderado el señor José María Ruiz Rubiano demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Pacho a Luis Felipe Ruiz Rubiano, para que sea condenado a pagarle las sumas que se establezcan en el juicio por concepto de remuneración de los servicios que le prestó como administrador de sus fincas rurales, de primas de servicio, vacaciones y cesantía, la correspondiente indemnización por mora y las costas del juicio, peticiones que apoya el actor en los siguientes hechos:

José María Ruiz Rubiano prestó al demandado Luis Felipe Ruiz Rubiano, desde el mes de agosto de 1953 y hasta marzo de 1960, sus servicios como administrador de sus fincas rurales ubicadas en el Municipio de Pacho; que así mismo el demandante le administró al demandado el negocio de semovientes; que desde la iniciación de estos servicios las dos partes entendieron que eran remunerados, auncuando no se pactó la retribución mensual, pero que ordinariamente en la región se paga por servicios similares la suma de \$ 1.200.00 por mes y que hasta la fecha de esta

demanda, el demandado Luis Felipe Ruiz Rubiano se ha negado a reconocerle al actor, suma alguna por los conceptos arriba enunciados.

El demandado igualmente por medio de apoderado dio contestación a la demanda y dijo: "Ante todo, me opongo a las súplicas de la demanda. Niego el derecho y las razones que da el demandante para pedir las condenaciones del demandado. En el caso en estudio no hay contrato de trabajo, ni las partes estipularon esa clase de convención. En cuanto a los hechos afirmados en la demanda ni los afirmo ni los niego, únicamente me atengo a lo que resulte probado en el juicio".

Evacuados los trámites de rigor, el juzgado del conocimiento dictó sentencia en la que dispuso: Condenar a Luis Felipe Ruiz Rubiano a pagar en favor del demandante José María Ruiz Rubiano, \$40.000.00 por concepto de salarios correspondientes a ochenta meses, a razón de \$500.00 mensuales; \$1.000.00 por concepto de vacaciones, durante los últimos cuatro años completos acumulados; \$750.00 por concepto de primas de servicios correspondientes a los últimos tres años; \$3.333.28 por concepto de auxilio de cesantía y, "por concepto de indemnización por no haberle pagado las prestaciones sociales y salarios a que tiene derecho, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo".

Contra este fallo interpuso recurso de apelación la parte demandada, razón por la cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Corporación que con fecha 26 de febrero de 1962 dictó sentencia, por medio de la cual revocó el fallo apelado y absolvió al señor Luis Felipe Ruiz Rubiano de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial, fijó las costas de la

primera instancia a cargo del actor y no las señaló en la segunda.

El apoderado de la parte actora interpuso contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, y como alcance de la impugnación expresa a la letra:

"Impugno la sentencia referida para que sea casada totalmente y, en consecuencia, se disponga a restablecer el fallo de primera instancia, o, actuando en instancia como es obvio, ordenar el pago de salarios, de las prestaciones e indemnizaciones sociales, conforme a la probanza del juicio, según lo decrete la H. Sala".

Y con fundamento en el art. 87 del C. P. del T. formula tres cargos:

Primer cargo. "Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de los arts. 22, 23, 27 y 24, ord. u obligación 4a. del art. 57 del C. S. T. por aplicación indebida. En esa infracción incurrió el fallador por la comisión de errores de hecho, y aun de derecho, en la estimación y en la falta de apreciación de algunas pruebas, que adelante singularizaré".

Segundo cargo. "Acuso la sentencia de ser violatoria del art. 65 del C. S. T., por aplicación indebida. El juzgador cometió tal infracción indirecta por haber caído en errores de hecho y de derecho en la estimación y en la falta de apreciación de algunas pruebas".

"Al exponer el cargo anterior, señalé los errores de hecho y de derecho en que incurrió el fallador. Esos mismos errores invoco en este cargo y los doy por incorporados".

Tercer cargo. "Acuso la sentencia de violar, por aplicación indebida, los arts. 249, 306, 186 y 189 —numeral 2— del C. S. T., infracción la cual se debió a la comisión, por parte del juzgador, de errores de hecho y de derecho en la apreciación y en la falta de estimación de algunas pruebas".

"Reproduzco en este aparte, para sustentar este cargo, los errores de hecho y de derecho indicados y determinados en el cargo primero de esta demanda".

Cita el acusador como base de la sustentación de los cargos formulados, el siguiente aparte de la sentencia recurrida:

"La prueba testimonial reafirma, así, con creces, ya lo expresado por el funcionario de la Medicina del Trabajo, ora lo percibido por el propio Tribunal en el interrogatorio libre atrás referido: que las condiciones de salud física y

mental del demandado son notoriamente precarias. Y añaden, además, un elemento de convicción, por cierto de relievante importancia: que esa situación del demandado se remonta a seis o siete años atrás, que es precisamente la época en que; según el libelo, el actor se hizo cargo de las fincas de aquel. Todo lo cual significa que el señor Luis Felipe Ruiz Rubiano, actualmente y desde el tiempo inicial de las pretendidas relaciones de trabajo con el señor José María Ruiz Rubiano no ha tenido la capacidad de dar órdenes, que, faltando esa facultad por parte del presunto patrono, no se configura el elemento fundamental establecido por la doctrina y por la ley como indispensable en el vínculo laboral, esto es, la subordinación continuada: que, finalmente, faltando elemento tan vital, no podrá aceptarse la existencia del contrato de trabajo.

"Y los elementos de convicción que se han estudiado, a saber, el dictamen médico, la prueba testimonial y la propia percepción del Tribunal en el aludido interrogatorio, a más de demostrar en forma indubitable las incapacidades del demandado para emitir órdenes al actor, sirven, asimismo, en forma evidentísima para descartar las pretendidas confesiones que fuera o dentro del juicio se le imputan en el fallo que se revisa. Muy escaso o ningún valor pueden tener las afirmaciones de quien no goza de la plena capacidad mental".

Con apoyo en el razonamiento anterior el Tribunal concluye que las súplicas de la demanda no pueden prosperar.

Dice el recurrente que el primer error que anota a la providencia acusada, es de simple interpretación, "al querer asimilar la capacidad física o mental con el poder jurídico de dar órdenes". Agrega que si una persona en un momento dado, por cualquier razón, físicamente está incapacitada para dar órdenes a sus trabajadores, eso no significa "que carezca jurídicamente de la facultad o poder de dar órdenes..." Que en muchos casos hay patronos, dice el acusador, que no obstante la existencia del contrato de trabajo, se abstienen de dar órdenes a sus trabajadores, pero esa abstención no puede entenderse en el sentido de que ha desaparecido tal facultad o poder de ordenar. Indica que cuando un patrono sufre perturbaciones que lo imposibilitan para ordenar, no por ello puede decirse que el contrato de trabajo desaparece.

Procede luego el impugnador a señalar los errores manifiestos en que incurrió el Tribunal y dice:

- a) Que a fls. 2 y 3 aparece una copia de confesión extrajudicial correspondiente posiciones que absolvió Luis Felipe Ruiz Rubiano, v a fls. 59, 60 v 61 obra una copia de la escritura pública No. 590 de 26 de junio de 1959, contentiva del testamento otorgado por Luis Felipe Ruiz Rubiano. Y que como en las posiciones el demandado niega que hubiera testado y que hubiera arrendado las fincas a Manuel Alfredo Ruiz, cuestiones que se expresan en el testamento, "el fallador deduce que Luis Felipe Ruiz está demente o así lo da a entender, entre frases vagas, sin clara y concreta conclusión (fls. 61 v 62). Es un error de hecho evidente, porque no hay el menor asomo de razonamiento para semejante conclusión".
- b) Que el Tribunal para llegar a la anterior conclusión, toma en cuenta el dictamen de la División de Medicina del Trabajo, (fls. 27, 28 y 29), pero es lo cierto que el médico "no sostiene ni afirma que Luis Felipe Ruiz esté demente, ni que esté enfermo desde hacía seis o siete años, como lo quiere el fallador". Agrega el recurrente que el médico simplemente dice: "De acuerdo con los signos anotados, el cuadro clínico corresponde a un estado de senescencia sistemática que no guarda relación con su edad cronológica. En consecuencia, se trata de un organismo en franca decadencia, al cual, en concepto de este despacho, no puede exigírsele, actualmente, ningún esfuerzo físico ni mental que demande la integración biológica, física o intelectual del señor Luis Felipe Ruiz".

De ahí concluye el impugnante que no pueden sacarse las conclusiones que le sirvieron al Tribunal para revocar la providencia de primer grado.

- c) Que del interrogatorio libre que el Tribunal hizo a Luis Felipe Ruiz Rubiano, no se deduce, ni puede deducirse incapacidad para ser patrono y menos que no hubiera podido serlo seis o siete años antes. Agrega que por no ser técnico el fallador, no puede deducir de dicha diligencia el estado mental del demandado, porque no pudo saber si se trataba de una simulación o de un interés preconcebido de mentir al responder las preguntas que le fueron hechas. Y agrega que "tamaño es el error de hecho, porque frente a esa diligencia obra el dictamen de la División de Medicina del Trabajo".
- d) En este aparte formula el recurrente críticas al testimonio rendido por Luis Antonio Rincón, de quien dice que es un testigo parcializado en contra del demandante, porque según lo afirma el declarante, aquel le hizo quitar una toma de

- agua. Y que como los declarantes Luis Alfonso Groot, José Lóp y Alfredo Morris dicen que Luis Felipe Ruiz no daba órdenes, es cosa ésta que los testigos no pueden afirmar, porque para hacerlo era preciso que hubieran estado todo el tiempo al lado del demandado, de donde concluye, que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al apreciar tales testimonios en la forma como lo hizo.
- e) En este punto el recurrrente hace referencia a la carta que corre a fl. 22, suscrita por el demandado, que no fue tenida en cuenta por el sentenciador, documento del cual se desprende que Luis Felipe Ruiz no es un mentecato ni lo era por la época en que la firmó, cuando le solicitaba al demandante la entrega de los animales y de las fincas que estaban a su cuidado. Incurrió por consiguiente, afirma el impugnador, el sentenciador en error de hecho al dejar de apreciar este documento.
- f) Afirma el recurrente que el sentenciador incurrió en error de derecho al no apreciar debidamente la escritura pública 590 de fecha 26 de junio de 1959, de la Notaría del Circuito de Pacho, en la cual consta el otorgamiento de testamento por parte de Luis Felipe Ruiz. instrumento en que tomó disposiciones de última voluntad, que "aparecen ordenadas razonadas y racionales" coni lo que se destruve, agrega, la incapacidad y demencia que el fallador le ha atribuído para tiempo anterior y posterior a junio de 1959. Dice el impugnador que en dicho documento aparece la siguiente atestación hecha por el propio Notario en relación con el otorgante: "...se encuentra en su entero y cabal juicio, puesto que personalmente y libre de todo apremio o presión extrañas y con toda pracisión me explicó con anterioridad los pormenores de su voluntad testamentaria..." Considera el recurrente que este documento destruye los argumentos del sentenciador que se apoyan en el interrogatorio libre a que sometió a Luis Felipe Ruiz Rubiano.
- h) Dice el recurrente que el Tribunal dejó sin apreciar la "copia de la demanda de rendición de cuentas" intentada por el demandado contra el señor José María Ruiz, que obra a los fls. 49 a 53 del expediente, demanda que fue presentada el 25 de abril de 1960, y que es claro que para que el abogado que apoderó a Luis Felipe Ruiz actuara como lo hizo, tuvo que requerir del mismo todos los datos y pormenores, lo que constituye "un serio y deliberado acto de voluntad", que no pueden hacer ni los mentecatos ni los dementes. Esta prueba demuestra la capacidad mental del demandado, agrega el impugnador.

i) Por último dice el recurrente que el sentenciador se equivocó en la apreciación de las posiciones a que fue sometido el demandado, diligencia en la cual hizo confesiones que no fueron apreciadas como han debido serlo.

Termina el impugnador indicando que si no hubiera sido por los errores de hecho y de derecho que apunta, el sentenciador habría tenido que reconocer la existencia del contrato de trabajo y consecuencialmente habría tenido que condenar, mediante la confirmación de la sentencia de primer grado, a la parte demandada al pago de las prestaciones reclamadas y así como también a la indemnización por mora.

La parte demandada formuló por medio de apoderado escrito de oposición, en el cual dice que el recurrente ha puesto a decir al Tribunal cosas que no ha dicho, pues la corporación no ha afirmado que Luis Felipe Ruiz esté loco y menos que tal conclusión la hubiera sacado del interrogatorio. Y dice que las bases del recurso son fálsas, porque se tomaron apartes de la sentencia acusada, en lo que pueden tener algo de favorable al interés que representa el impugnador.

Se estudia

La Sala optó, como lo hizo, por agrupar los tres cargos formulados, porque presentan una lógica concatenación, porque todos se apoyan en los mismos errores de hecho y de derecho que denuncia el recurrente y porque principalmente, el primero versa sobre existencia del contrato de trabajo y los otros dos sobre las prestaciones en concreto de la litis. Sin embargo para un más lógico entendimiento y desarrollo de las cuestiones planteadas en ellos, se hará su estudio en este orden; cargo primero: contrato de trabajo, cargo tercero: prestaciones sociales, y, cargo segundo: indemnización moratoria.

El Tribunal sentenciador no niega la prestación del servicio por parte del demandante José María Ruiz Rubiano, simplemente considera que por no encontrarse el demandado en condiciones físicas y mentales para impartir órdenes al actor, no puede afirmarse la existencia de un contrato de trabajo. Se apoya para llegar a esta conclusión en primer término en el dictamen del médico de la División de Medicina del Trabajo, en segundo, en el interrogatorio libre que hizo al demandado Luis Felipe Ruiz Rubiano y por último, en las declaraciones de los testigos Rincón, Groot, López y Morris, pruebas todas éstas señaladas por el recurrente como mal

apreciadas, razón por la cual la Sala procede a continuación a examinarlas.

Conviene previamente indicar que el Médico de la División de Medicina del Trabajo, luego de un examen cuidadoso del demandado, como se desprende del propio dictamen, concluye indicando que: "...En consecuencia, se trata de un organismo en frança decadencia, al cual, en concepto de este Despacho, no puede exigírsele. actualmente, nigún esfuerzo físico ni mental que demande la integración biológica, física o intelectual del señor Luis Felipe". Se limita, pues, el médico, a indicar que actualmente, es decir, en el momento de practicársele el examen médico, no puede exigirse del señor Ruiz un esfuerzo físico ni mental. Pero no amplía su concepto en el sentido de fijar la época aproximada en la cual la franca decadencia del organismo del señor Ruiz Rubiano, comenzó a producir las consecuencias indicadas en el dictamen. Es decir, que apenas permite colegir el dictamen, que tal situación no permite "actualmente" exigirle esfuerzo físico o mental "que demande la integración biológica, física o intelectual". Deducir del dictamen en referencia que seis o siete años atrás, era la misma la situación del demandado, es darle una amplitud que no tiene, y al hacerlo así. indudablemente se incurre en mala apreciación de tal prueba.

Ahora bien: es cierto que el Tribunal practicó un interrogatorio libre al señor Luis Felipe Ruiz Rubiano, cuyas respuestas hicieron dudar al ad quem de su normalidad mental, pero esta diligencia no podía, en manera alguna, servirle para deducir que tal estado venía de tiempo atrás y menos para afirmar que por la época de iniciación de la relación laboral alegada, existía. Lo más que podía hacer el sentenciador era negarle mérito a la diligencia de posiciones y desecharla como prueba de algunos hechos. Darle retrospectividad al concepto en dicha diligencia conformado, conduce a una equivocada apreciación de tal medio probatorio.

Por último conviene examinar las declaraciones de los testigos arriba mencionados. Rincón habla de que por lo avanzado de la edad del señor Luis Felipe Ruiz, pemanecía recluído en su casa y no salía o salía poco, y que no le daba órdenes a José María Ruiz. Groot habla de las enfermedades y achaques del señor Luis Felipe Ruiz que le impedían no solamente visitar las fincas sino administrarlas y dice que no le consta nada sobre si daba o no órdenes a José María Ruiz Rubiano, López dijo también que por

motivo de enfermedad Luis Felipe Ruiz no ha vuelto a visitar sus fincas, pero que no sabe si daba o no órdenes a José María Ruiz Rubiano, y Morris, habla también de las enfermedades de Luis Felipe Ruiz y dice que debido a ellas no hace ninguna clase de negocios. Agrega que Luis Felipe como casi no habla, "creo que no pueda dar órdenes".

No hablan los testigos de la clase de enfermedad que padecía Luis Felipe Ruiz. Se limitan a decir que debido a ella pasa la mayor parte del tiempo recluído en su casa. Y que no ha vuelto a visitar sus fincas. Pero por el contrario, de lo dicho por los testigos se desprende que la enfermedad del señor Luis Felipe Ruiz fue la causa para que designara como su administrador a José María Ruiz Rubiano, y todos coinciden en afirmar que este administraba los bienes de aquél.

Ninguna de estas pruebas, como puede observarse, sirve para apoyar las conclusiones del ad quem. Ni el médico de la División de Medicina del Trabajo ni los declarantes mencionados, dicen que el demandado Luis Felipe Ruiz, desde la época en que designó como su administrador a José María Ruiz Rubiano, se encontraba en las circunstancias que según el médico confronta en la "actualidad". Y así, no determinada la época en que el organismo del señor Luis Felipe Ruiz entró "en franca decadencia", no puede afirmarse como lo hace el ad quem que tal condición la sufriera el demandado desde seis o siete años atrás. Esta conclusión peca por excesiva y desde luego por infundada.

No debe perderse de vista, de otro lado, que la subordinación o continuada dependencia, faculta al patrono para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en las condiciones que señala el ord. b) del art. 23 del C. S. del T., lo que no quiere decir que las instrucciones y órdenes las deba impartir permanentemente. De ordinario, así lo indica la observación y la experiencia, cuando el trabajador cumple sus deberes a cabalidad no se da el caso de la impartición de órdenes de manera permanente y continuada por parte del patrono, y menos, cuando quien actúa como administrador, como parece ser el caso de autos, es experto en la labor que le ha sido confiada.

Conviene resaltar aquí, como para darle más fuerza a lo expresado por la Sala, que el señor Luis Felipe Ruiz, ante Notario otorgó testamento, y que éste dejó la siguiente atestación: "...se encuentra en su entero y cabal

iuicio, puesto que personalmente y libre de todo apremio o presión extrañas y con toda precisión me explicó con anterioridad los pormenores de su voluntad testamentaria...". La escritura respectiva distinguida con el número 590 fue corrida el 26 de junio de 1959, de donde puede decirse, que hasta esa fecha, cuando menos, el estado de salud mental del demandado Luis Felipe Ruiz era normal, o en otros términos, que se encontraba "en su entero y cabal juicio". De donde mal puede decirse, como lo hace el sentenciador que las condiciones físicas v mentales precarias, que pudo comprobar en el interrogatorio libre, "se remonta a seis o siete años atrás, que es precisamente la época en que, según el libelo, el actor se hizo cargo de las fincas de aquél".

Menos de dos meses después de haber otorgado testamento el señor Luis Felipe Ruiz, absolvió extrajudicialmente posiciones que le fueron pedidas por el hoy demandante, y entonces hizo manifestaciones que ponen en claro que sus relaciones con éste (José María Ruiz), fueron del orden laboral y desde luego es improbable que para esta época su "entero y cabal juicio" de que habla el Notario, se hubiera perturbado a tal extremo, que no pudiera dársele crédito a sus confesiones en la diligencia en referencia. Demostrada la relación de trabajo personal. (con lo confesado por el demandado y con lo . expresado por los testigos), necesario es presumir de conformidad con lo que dispone el art. 24 del C. S. del T., que ella estuvo regida por un contrato de trabajo.

Establecido lo anterior, es decir, la existencia del contrato de trabajo que ligó a Luis Felipe Ruiz con su hermano José María, se llega a la conclusión de que su desconocimiento por parte del sentenciador obedeció a una equivocada apreciación de los elementos probatorios puestos a su consideración, errada apreciación que lo llevó consecuencialmente a una absolución total del demandado. En efecto, en el juicio se establecieron los siguientes extremos: El salario, mediante dictamen pericial fundamentado, la duración del contrato, por medio de clara manifestación del demandado Luis Felipe Ruiz v por el mismo medio probatorio, el servicio personal por parte de su hermano José María, hecho sobre el cual, igualmente, hablan los testigos. Además se demostró que el demandado no pagó al actor suma alguna como retribución por los servicios prestados, según aquél lo dijo en la diligencia de posiciones, cuando admitió el hecho v agregó que había recomendado a su hermano Manuel Alfredo para que solucionara la deuda. Y

se evidenció, como lógica secuela de lo anterior, que tampoco, a la terminación del contrato le pagó el valor de las prestaciones sociales causadas. De donde el sentenciador, incurrió en los errores de hecho anotados por el impugnador, al no dar aplicación a los textos legales que cita en el cargo tercero. Y como no aparece justificada la conducta de Luis Felipe Ruiz y por consiguiente no está demostrada su buena fe al negarse a efectuar el pago de los salarios y prestaciones reclamados, se concluye que el Tribunal violó la disposición acusada por el recurrente, en el segundo cargo, o sea, el art. 65 del C. S. del T.

Todo lo anteriormente expresado indica que los cargos formulados prosperan, por lo que la sentencia acusada debe ser casada en su totalidad, lo que lleva a la Sala a producir el correspondiente fallo de instancia, conforme lo solicita el casacionista, a lo cual se procede.

Al producir su fallo el a quo no tuvo en cuenta que el apoderado del demandado y dentro del juicio, presentó un escrito en el cual dice, que "en caso de que llegare a prosperar cualquiera de las súplicas de la demanda en este juicio, desde ahora propongo la excepción de prescripción", la que puede alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se profiera la sentencia, circunstancia ésta que lleva a producir algunas modificaciones al fallo de primer grado, como es obvio, teniendo en cuenta el fenómeno alegado.

En efecto, el fallador de primer grado por no haber considerado la excepción propuesta oportunamente, condenó por el concepto de salarios debidos tomando en consideración todo el tiempo servido por el actor, ochenta meses, y con base en una remuneración de \$500.00 por mes, a Luis Felipe Ruiz R. a pagar a José María

Ruiz Rubiano la suma de \$ 40.000.00, cuando la cantidad real que por tal concepto debe es la de \$ 17.500.00. Así deberá modificarse la sentencia que se revisa. En cuanto a las primas de servicio, aunque la liquidación correspondiente arroja un valor superior al deducido por el a quo, habrá de confirmarse su condena en suma de \$ 750.00 porque a ella contrajo su interés el demandante al no apelar del fallo de primer grado. A la vez se confirmará lo relativo a cesantía e indemnización moratoria, dejando en claro que para este último efecto, el salario diario que deberá tenerse en cuenta es el de \$ 16.66.

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 en su totalidad la sentencia recurrida y obrando como Tribunal de instancia, MODIFICA el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de señalar en diez y siete mil quinientos pesos (\$17.500.00) la suma que debe pagar el demandado por concepto de salarios. Aclara el numeral cuarto y señala en diez y seis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 16.66) m/l. el salario diario para los efectos de la indemnización moratoria. Y por último, CONFIRMA los numerales segundo, tercero y quinto de la sentencia del juzgado.

Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandada. Sin costas en la segunda ni en el recurso extraordinario.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

PRESUNCION

Al tenor del art. 24 del C. S. T., "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo".

En la parte transcrita por el recurrente de las consideraciones del Tribunal se encuentra. luego de la afirmación en donde aquel ve la errada interpretación del art. 24 del C. S. T. el complemento de la motivación en la forma siguiente: "en otros términos, la demostración del servicio personal, hace presumir la subordinación jurídica y la remuneración o carácter remunerado del servicio, siendo de cargo del demandado como patrono producir la prueba en contrario que desvirtúa la presunción legal en referencia". Esta anotación es de un acierto indudable, pues no otra cosa se desprende a la presunción del art. 24 citado. El ad quem aplicó la presunción, previo estudio de la naturaleza jurídica del Kospital demandado, que definió, con base en los elementos de juicio aportados a los autos, como una institución de utilidad común y no como un establecimiento público. En tales condiciones, aceptado el hecho de la prestación del servicio personal por el actor al Mospital, la operancia que el Sentanciador dio a la presunción legal del art. 24 no queda desvirtuada en su alcance jurídico por la observación, así no sea exacta, de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Esta afirmación no tuvo efecto en la aplicación de la norma interpretada distinto del que realmente se le dio en el fallo acusado. Porque la amplitud que tiene la relación de trabajo, que sobrepasa el ámbito del contrato, no puede reducirse al sólo límite de éste. Pero la afirmación de su equivalencia hecha en los considerandos de la Sentencia resulta a renglón seguido reducida a los verdaderos propósitos buscados por el fallador, consistentes en dejar claro el sentido de la presunción legal que encarna la prestación del servicio personal, para conducir a la existencia del contrato de trabajo, como lo hizo el Juzgador con acierto. Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril veintidós de mil novecientòs sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Crótatas Londoño).

(Acta No. 21).

El "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá interpuso, por medio de apoderado, recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de la misma ciudad, de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y ocho, en el juicio ordinario laboral de Claudio Manotas Pertuz contra el nombrado hospital.

La Corte entra a decidir dicho recurso teniendo en cuenta la sustentación oportunamente formulada por el recurrente y la réplica de la contraparte.

Como antecedentes del juicio con que culminó la sentencia recurrida se tienen: el doctor Claudio Manotas Pertuz demandó al Hospital "San Juan de Dios" de Zipaquirá para que fuese condenado a pagarle auxilio de cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria. Para apovar estas pretensiones afirmó haber servido al Hospital como médico instructor mediante contrato verbal de trabajo que fue roto unilateral e injustamente por la Entidad el 10 de agosto de 1964, sin que se le hubiesen pagado la prestación y las indemnizaciones demandadas. El Hospital no dio respuesta a la demanda, pero dentro de la primera audiencia de trámite excepcionó con fundamento en la inexistencia de contrato de trabajo, v por razón de que la actividad cumplida por el actor no estaba vinculada a tal relación jurídica sino a la condición de "becario".

Tramitado el juicio en la primera instancia, el juez del conocimiento, que lo fue el Municipal del Trabajo de Zipaquirá, profirió sentencia en la cual condenó al Hospital demandado al pago de auxilio de cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria. Apelado el fallo de primer grado por el apoderado del Hospital, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, en la resolución objeto del recurso extraordinario, modificó la de primera instancia en el sentido de señalar en forma precisa el valor de la indemnización moratoria, pero la mantuvo en lo demás.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Dos cargos formula el recurrente, con apoyo en la causal primera del art. 60 del Dcr. 528 de 1944, para sustentar la impugnación encaminada a la casación total de la sentencia del Tribunal y a que, en función de instancia, la Corte revoque las condenas proferidas por el a quo y absuelva a la entidad demandada de los cargos de la demanda. La Sala estudia y decide los cargos formulados en el orden de su presentación.

Primer cargo

Su planteamiento se hace en los siguientes términos:

"Interpretación errónea del art. 24 del C. S. T., en relación con los arts. 30. del mismo Código y 20. del C. P. del T., y consecuente aplicación indebida de los arts. 64, 65, 249 y 253, del primero de dichos Códigos".

Para sustentar el ataque, el recurrente transcribe los siguientes apartes de la motivación del fallo del ad quem: "...toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo: pues como la relación de trabajo está integrada por el hecho mismo de la prestación del servicio, para utilizar la definición del profesor De la Cueva, ella hace presumir, según el art. 24, el contrato de trabajo en el cual la subordinación jurídica y la remuneración concurren como elementos también integrantes: en otros términos, la demostración del servicio personal, hace presumir la subordinación jurídica y la remuneración o carácter remunerado del servicio, siendo de cargo del demandado como patrono producir la prueba en contrario que desvirtúa la presunción legal en referencia". Luego de esta transcripción, el casacionista observa que el Tribunal no tuvo en cuenta la existencia de relación de trabajo particular y relación de trabajo oficial, y que cuando en la primera las normas aplicables son las del C. S. T., en la segunda tales normas son de aplicación excepcional. Cita, además, apartes de una sentencia de la extinguida Sala de Negocios Generales de la Corte, en la cual se expresa que no puede identificarse la relación de trabajo con el contrato porque la primera es de un contenido más extenso. Concluye el recurrente que "No cabe, pues, sostener indiscriminadamente que toda relación de trabajo entraña un contrato de trabajo con solo acreditar el servicio personal, la subordinación y el salario, ya que también en las relaciones con los servidores de la administración pública o de determinados organismos administrativos, (como ciertos establecimientos públicos) se dan esos tres elementos sin que por ello deba concluirse que tales relaciones están enmarcadas dentro del contrato de trabajo". Y para rematar sus argumentaciones apunta:

"En el presente asunto el fallador no se cuidó de averiguar cuál es la verdadera índole jurídica del Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, sino que considerándolo implícitamente como empleador particular, lo condenó al pago de la cesantía y el lucro cesante de que tratan los arts. 64, 249 y 253 del C. S. T., y como si esto fuera poco, también a la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del mismo estatuto".

El opositor replica este cargo con una objeción de carácter técnico, pues considera que el concepto de aplicación indebida que emplea respecto de las normas citadas dentro de la violación consecuencial, cabe solo cuando se trata de quebrantamiento por vía indirecta, y no por la directa escogida cuando se ataca el fallo por violar, en primer término, la ley por interpretación errónea. Agrega, además, que en lo tocante a tal interpretación el Tribunal no erró, por cuanto la presunción de juris tantum que contempla el art. 24 del C. S. del T. implica que establecido el servicio personal del demandado no se requiere la prueba de la subordinación. Sostiene que la acusación de la parte recurrente no entra a demostrar "cómo están interpretadas las normas que cita como violadas" y no plantea el carácter oficial del Hospital de Zipaquirá para sustentar el cargo. "pero si para ello tenía que acudir a las pruebas allegadas a los autos es natural que el cargo debió haberse formulado por violación indirecta de esas normas legales, pues en tratándose de acusación por interpretación errónea no es conducente recurrir a las pruebas".

Se estudia:

El fundamento de la acusación radica, esencialmente, en lo afirmado por el fallador de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo", pues se objeta que tal relación se presenta tanto en el servicio privado como en el oficial; que en éste el contrato de trabajo es la excepción, y que en este segundo caso el fallador debe indagar sobre la naturaleza del vínculo para determinar si las disposiciones aplicables "son las propias de los llamados trabajadores oficiales". Y observa que en la situación estudiada no se acudió a averiguar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá.

En la parte transcrita por el recurrente de las consideraciones del Tribunal se encuentra, luego de la afirmación en donde aquel ve la errada interpretación del art. 24 del C. S. del T., el complemento de la motivación en la forma siguiente: "en otros términos, la demostración del servicio personal, hace presumir la subordinación jurídica y la remuneración o carácter remunerado del servicio, siendo de cargo del demandado como patrono producir la prueba en contrario que desvirtúa la presunción legal en referencia". Esta anotación es de un acierto indudable, pues no otra cosa se desprende a la presunción del art. 24 citado. El ad quem aplicó la presunción, previo estudio de la naturaleza jurídica del Hospital demandado, que definió, con base en los elementos de juicio aportados a los autos. como una institución de utilidad común y no como un establecimiento público. En tales condiciones, aceptado el hecho de la prestación del servicio personal por el actor al Hospital, la operancia que el Sentenciador dio a la presunción legal del art. 24 no queda desvirtuada en su alcance jurídico por la observación, así no sea exacta, de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Esta afirmación no tuvo efecto en la aplicación de la norma interpretada distinto del que realmente se le dio en el fallo acusado. Porque la amplitud que tiene la relación de trabajo, que sobrepasa el ámbito del contrato, no puede reducirse al solo límite de este. Pero la afirmación de su equivalencia hecha en los considerandos de la Sentencia resulta a renglón seguido reducida a los verdaderos propósitos buscados por el fallador, consistentes en dejar claro el sentido de la presunción legal que encarna la prestación del servicio personal, para conducir a la existencia del contrato de trabajo, como lo hizo el Juzgador con acierto.

Por lo demás, ya se vio que el Tribunal no acepta la naturaleza jurídica de establecimiento público, que en forma bastante confusa, pues la mezcla con la de la institución de utilidad común, plantea el apoderado de la entidad demandada. Y esta segunda cuestión, propuesta al final del ataque, conduce como lo dice el opositor, del examen de la cuestión probatoria, que no cabe en un cargo presentado por vía directa.

No existió, pues, el quebrantamiento legal de la naturaleza expresada en la acusación y el cargo, en consecuencia, no prospera.

Segundo cargo

Su planteamiento se hace en los siguientes términos:

"Aplicación indebida de los arts. 24, 64, 65, 249 y 253 del C. S. T., en relación con los arts. 10., 20. y 40. de la Ley 151 de 1959; 30. y 50. de la Ley 93 de 1938; 40. del Dcr. 2127 de 1945 y 10. del Dcr. 797 de 1949, reglamentario este último del art. 80. de la Ley 6a. de 1945, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en la apreciación de las pruebas".

El recurrente concreta los siguientes presuntos errores de hecho:

- "a) En no dar por establecido, estándolo que el Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá es una institución de utilidad común de carácter distrital, sostenida principalmente con fondos oficiales que le suministran el Departamento (Fondo Hospitalario) de Cundinamarca, la Nación y el Municipio.
- "b) El no dar por establecido, estándolo, que por tratarse de una institución u organismo que recibe e invierte fondos provenientes de impuestos, se debe entender que hace parte de la administración pública.
- "c) En no dar por establecido, estándolo que el doctor Claudio Manotas Pertuz se incorporó como médico instructor becario al Hospital de Zipaquirá por recomendación y con autorización de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional y con base en un proyecto de contrato con ésta.
- "d) En no dar por establecido, estándolo, que la entidad demandada obró de buena fe al

oponerse a las pretensiones del actor encaminadas a obtener el pago de prestaciones e indemnizaciones con fundamento en normas del de-. recho individual del trabajo, inaplicables al caso". Singulariza luego como pruebas mal apreciadas la inspección ocular practicada en las oficinas del Fondo Hospitalario de Cundinamarca, en la cual se establecieron los aportes de éste para el Hospital de Zipaquirá; el certificado del Secretario de dicho Fondo (fl. 115) en el cual consta que este Hospital fue declarado distrital por medio de la Ordenanza 43 de 1936 y que presta sus servicios auxiliado por la Nación, el Fondo y el Municipio de Zipaquirá; la Res. No. 2 de 1952, sobre reconocimiento de la Personería Jurídica del Hospital (fl. 140); los arts. 14 y 15 de los Estatutos del Hospital, transcritos en la Inspección ocular; los certificados de la Facultad de Medicina, que obran a fls. 26 a 28, 30 a 31 y 88 a 90; las declaraciones del Director y del Síndico del Hospital (fls. 16 y 17, 84 y 86); y las cuentas de cobro y constancia de pago (fls. 24 y 25, 132 v ss.).

El impugnador apunta que las pruebas singularizadas establecen que el "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá se sostenía principalmente con los aportes de la Nación, el Fondo Hospitalario de Cundinamarca y el Municipio, es decir, que invertía en el servicio prestando fondos públicos provenientes de impuestos y por consiguiente que se trata de un organismo en que tiene parte el Estado, con carácter de "Hospital Distrital" y con personería jurídica. Que existió un proyecto de contrato entre la Universidad Nacional y el Hospital para la ocupación de becarios instructores por parte de éste, de candidatos dados por la Universidad; que el demandante doctor Manotas Pertuz fue recomendado al Hospital por la Facultad de Medicina y que en tal virtud cumplió las funciones de médico residente becario, con retribución por medio de honorarios o bonificación mediante cuenta de cobro y no por figuración en la nómina del Hospital, los cuales honorarios se cubrían del auxilio del Fondo Hospitalario de Cundinamarca. Que permaneció vinculado a la Facultad de Medicina como instructor de la Sección de Medicina dentro del personal profesional en adiestramiento —becarios—, aunque no recibió durante el tiempo de permanencia en el Hospital ninguna retribución por parte de la Universidad, pero aun antes de que le hubiese sido cancelada la beca por el primero ya la segunda lo había trasladado a formar parte del personal en adiestra'miento del "Hospital San Juan de Dios" en Bogotá.

En estas condiciones, considera que no hay fundamento a la declaratoria de existencia de contrato de trabajo entre el actor y el Hospital, y por consiguiente a la condena por prestaciones e indemnizaciones hecha por el Tribunal.

Para afianzar sus argumentaciones, se extiende en la cita de jurisprudencias sobre la aplicación del art. 65 del C. S. del T. y sobre la naturaleza del vínculo jurídico entre los hospitales oficiales y sus servidores.

El opositor replica la impugnación del recurrente con las argumentaciones de que el "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá es una institución de utilidad común, fundada por particulares y con su aporte económico inicial, y que la circunstancia de que reciba auxilios oficiales no lo convierte en persona de derecho público. Esto se encuentra establecido en la inspección ocular, dentro de la cual figuran disposiciones de los mismos estatutos del Hospital. Añade, de otra parte, que no se halla establecida la condición, de instructor becario del doctor Manotas Pertuz, pues cuando se discutía el provecto de contrato entre la Universidad Nacional y el Hospital y tal proyecto fue negado por el Consejo Superior de ésta en abril de 1964, ya el doctor Manotas estaba prestando servicios al Hospital desde el 10. de dicho mes. Observa, finalmente, que no hay fundamentos para concluir que el Hospital obró de buena fe en el no pago de las prestaciones demandadas y cita jurisprudencias de esta Sala según las cuales no es fundamento de la buena fe la simple negación del derecho o del vínculo jurídico laboral que lo genera, sino que se requiere la existencia de duda justificada sobre el particular.

Se estudia:

La Sala encuentra que:

1. El error de hecho señalado en el literal a) de la sustentación del cargo, consistente en que el Tribunal no dio por establecido, estándolo, que el "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá es una institución de utilidad común de carácter distrital, sostenida principalmente con fondos oficiales, no existe, pues el fallador es muy claro al concluir que dicho establecimiento hospitalario es una institución de tal naturaleza, fundada por particulares y con patrimo-

nio inicial aportado por éstos, que recibe auxilios oficiales. Así se desprende del prohijamiento que a fls. 184 y 185 del c.p. hace de las conclusiones del juez de primer grado. De allí debe derivarse que el indicado error del literal b) tampoco puede presentarse, pues no solo la calificación que, en opinión del recurrente, ha debido hacer el Tribunal en el sentido de que el Hospital formaba parte, como consecuencia de lo anterior, de la administración pública, encierra una valoración jurídica, no de hecho, sino que, como lo ha dicho esta misma Sala, la circunstancia de que una institución de utilidad común reciba auxilios económicos, no la convierte en entidad de derecho público. El casacionista, de otro lado, sostiene que el Hospital de Zipaquirá es una institución de utilidad común y al pretender que como tal se la considere incorporada a la Administración Pública incurre en una incongruencia jurídica. pues no es dable a una persona moral participar a la vez de las naturalezas jurídicas distintas de persona de derecho privado y de derecho público. Las instituciones de utilidad común, como lo es el Hospital demandado en el juicio según sus propios estatutos, transcritos en la parte pertinente en la diligencia de inspección ocular (fls. 99 y 11 del c.p.), tienen la naturaleza de personas morales de derecho privado.

Por lo demás, la conclusión contraria, que busca desacertadamente el impugnador, conduciría no a la negación del contrato de trabajo, sino a la aplicación para él de un régimen jurídico diferente al del C.S.T.

2. El análisis probatorio que el Tribunal hace para llegar a la presunción del contrato de trabajo entre el demandante doctor Manotas Pertuz y el Hospital demandado, es minucioso y encierra la consideración de todos los elementos aportados a los autos, con sus distintas circunstancias, sin dejar pasar aquellos aspectos de los mismos que tienden a establecer elementos que excluirían la existencia del contrato laboral. Tal ocurre cuando examina las declaraciones del antiguo Director del Hospital y del Síndico del mismo, así como los recibos suscritos por el actor, en algunos de los cuales figura como médico residente, sin observación de su parte, pero con la anotación que hace en los últimos especialmente, de dejar a salvo su derecho a reclamar. Igual examen valorativo minucioso hace de los documentos provenientes de la Universidad Nacional, en los cuales queda establecido que, en último término, el provectado contrato entre ésta y el Hospital para el suministro de instructores residentes con el carácter de becarios no se llevó a efecto por la desaprobación que le dio el Consejo Superior de la Universidad. Es muy cuidadoso el fallador, así mismo, en el examen valorativo de los testimonios de los doctores Francisco Garzón, Juan Rojas Ortiz, Carlos Leal Urrea y Germán Sarmiento, de los cuales deduce que el demandante doctor Manotas Pertuz prestó servicio personal al hospital demandado como médico instructor, v que si bien fue recomendado por la Facultad de Medicina, ésta no lo para dicho hospital. en la inspección ocular practicada en las dependencias del Fondo Hospitalario de Cundinamarca, el Tribunal comprueba que dicho Fondo no destinaba ningún aporte especial para pago de becarios, sino que entregaba al Hospital sumas fijas para aux liarlo. Se ve, entonces, que si en algunos elementos probatorios como los testimonios del exdirector del Hospital y del Síndico se presenta la modalidad del servicio como no propio del contrato laboral sino de otra índole (residente o instructor becario), y los tratos adelantados entre el Hospital y la Universidad Nacional, así como en la circunstancia de que esta última mantuviera en sus registros al doctor Manotas Pertuz mientras sirvió al Hospital como participante del personal en adiestramiento y becario, pudiera encontrarse apovo para pensar en la posibilidad de la existencia de un vínculo jurídico distinto, el hecho de que nada se hubiese estipulado expresamente entre las partes al respecto y de que el proyectado contrato entre la Universidad y el Hospital no hubiese tenido culminación antes de que el actor ingresase al servicio del segundo, y el de que las pruebas restantes establecen claramente el trabajo personal cumplido y la remuneración regular pagada, dan pleno fundamento, al juicio valorativo en que el Tribunal profirió, sin error ostensible, unos elementos a otros, para dar por establecida la existencia del contrato por aplicación de la presunción del art. 24 del C. S. del T. Con modalidades de tal laya en una apreciación probatoria no puede verse el error de hecho que se señala en el literal c) del cargo, pues tal error debe ser ostensible, manifiesto, localizable a simple vista, para que pueda fundamentar una rectificación al juicio del fallador (Ver fls. 186 a 201 del fallo del Tribunal).

3. En lo tocante con el presunto error contemplado en el literal d), cabe apuntar que el Tribunal, para condenar al pago de indemnización moratoria, conforme al art. 65 del C. S.

del T. consideró: "La parte demandada no ha probado haber efectuado el pago de la cesantía y los salarios llamados faltantes, al demandante. Es más, admitió, de conformidad con las posiciones absueltas por el Síndico Alfonso Villamil Flórez, que tal pago no se hizo, porque no había obligación de hacerlo en virtud de no haber existido contrato de trabajo.

"Como tal contrato sí existió, a la terminación de él ha debido el Hospital demandado pagar al médico doctor Manotas los salarios que faltaban para completar el plazo presuntivo, y la cesantía correspondiente al tiempo servido. No lo hizo, y en consecuencia incurrió en la sanción drástica establecida en dicho art. 65, o sea en una obligación de indemnizar por una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

"Dado el conocimiento que el Síndico del Hospital, Dr. Alfonso Villamil Flórez, tenía de la Res. No. 24 de 1964, arriba examinada, y la cual tiene inclusive su firma como síndico del Hospital, y lo manifestado por el Dr. Bautista, Director del Hospital al médico doctor Carlos Leal Urrea, según la declaración de éste ya examinada al respecto, no puede considerarse que la parte demandada o patrono hubiera tenido un fundamento para dudar de la existencia de la relación de trabajo, y del contrato de trabajo que se presume la regía.

"No había lógicamente una duda justificada, ya que tal conocimiento, la excluye.

"En estas condiciones, no puede acogerse la parte demandada a una buena fe en la negativa al pago de las prestaciones sociales y del aludido salario, y ello hace que se le considere incursa en la sanción establecida en el art. 65 del C. S. del T." (fls. 203 y 204 del fallo).

A través de todo el juicio el Hospital mantuvo su posición de negativa a la existencia del contrato de trabajo, y, por ende, a la de las obligaciones reclamadas. Hay elementos de prueba como algunos de los recibos suscritos por el actor en que, sin su salvedad, figura como Residente Becario de la Universidad (Inspección ocular, fls. 24 y 25 del c.p. y 132 y ss.), lo que implica una declaración aceptada por las partes: como el oficio de marzo 9 de 1966, dirigido al Juez de primera instancia por el Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional (fls. 26 y 27), en el cual se dice, entre otras cosas, que "el Dr. Claudio Manotas Pertuz, figuró en el tiempo comprendido de 1o. febrero a 1o. de octubre de 1964 como Instruc-

tor de la Sección de Medicina dentro del Personal Profesional en Adiestramiento becario". es decir, en un período dentro del cual prestó sus servicios al "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá, lo que implica que la universidad sí lo consideraba como becario, aunque, según el documento del folio siguiente, la Facultad no pagó el valor de la beca; como el documento de fls. 88, 89 y 90, proveniente de la Decanatura de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, en el cual se deja constancia de que sí existió un provecto de contrato entre la misma y el hospital de Zipaquirá, entre otros, sobre envío por parte de la Universidad a los establecimientos hospitalarios de personal de médicos "Residentes R-3 o Instructores". según "memorando de 27 de abril de 1964. enviado por el señor Decano de la Facultad de Medicina de esa época, doctor Eduardo Cortés Mendoza, a los Consejos Académico y Superior de la Universidad", y en que consta que "la Facultad de Medicina envió al Doctor Manotas como candidato de la Facultad de Medicina para Instructor de Medicina en el Hospital de Zipaquirá, dentro del plan que se había propuesto entre la Universidad y algunos hospitales, pero sobre el cual no se firmó contrato"; que la Facultad reconoció el tiempo servido por el Doctor Manotas en dicho hospital "como válido para los efectos académicos como Instructor" y que el 10. de agosto (diez días antes de la decisión del Hospital sobre prescindencia de sus servicios) el doctor Manotas fue designado "como Instructor dentro del Personal Profesional en Adiestramiento" del "Hospital de San Juan de Dios" de Bogotá.

El Tribunal apreció las pruebas citadas cuando definió la existencia del contrato de trabajo frente a otros elementos probatorios que lo llevaron a la convicción sobre la existencia del servicio personal remunerado por el actor y, de consiguiente, a la presunción del contrato laboral, sin que en tal apreciación discriminatoria de las pruebas pudiera establecerse error evidente de hecho en lo tocante de los hechos que encarnan tal presunción. Pero el error sí se muestra ostensible en cuanto al apreciar los elementos atrás relacionados —que el casacionista singulariza en su censura— no halla el fun damento justificativo a la duda del Hospital sobre la existencia del contrato de trabajo con el doctor Manotas Pertuz y, por consiguiente, sobre el derecho del actor a percibir la prestación y las indemnizaciones pretendidas. Es este un claro caso de razones atendibles que, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, dan base para configurar la buena fe patronal en el no pago de lo demandado y, por consiguiente, para no aplicar la sanción moratoria de que trata el art. 65 del C. S. del T.

Por consiguiente, el Tribunal incurrió en el error de hecho indicado en el literal d) del cargo que se estudia, y violó, como consecuencia, por aplicación indebida, el art. 65 citado. En razón de lo cual la sentencia acusada habrá de casarse en cuanto condena al "Hospital San Juan de Dios" de Zipaquirá por concepto de indemnización moratoria y, en decisión de instancia, revocarse la sentencia del a quo en el mismo punto, sin que para ello sean necesarias otras consideraciones distintas de las expresadas al estudiar la censura.

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 PAR-

CIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, en el juicio ordinario laboral de Claudio Manotas Pertuz contra el "Hospital San Juan de Dios" de la misma ciudad, en cuanto confirmó la condena del juez a quo por concepto de indemnización moratoria y, obrando como tribunal de instancia, revoca el literal c) del ordinal primero del fallo pronunciado por el Juez Municipal del Trabajo de Zipaquirá en el juicio referido.

No se casa en lo demás la sentencia recurrida. Sin costas.

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

José Enrique Arboleda Valencia, Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

CASACION

(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 21).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Adriano Badillo contra la sentencia de siete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio seguido por aquel contra la sociedad "Martínez & Londoño Ltda" y Ramón Martínez B., a fin de que fuesen condenados a pagarle las cantidades de \$ 648.00 por concepto de horas extras; \$ 450.00 por auxilio de cesantía; \$ 2.040.00 por domingos y feriados; \$ 900.00 por primas de servicio; \$ 23.600.00 por lucro cesante, y las que resulten como indemnización moratoria y costas del juicio.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios a los demandados desde el 22 de enero hasta el 31 de agosto de 1959, fecha en la que fue despedido injustamente, pues se adujo como razón la terminación de la labor para la cual había sido contratado y ésta, conforme a lo estipulado en la cláusula segunda del contrato. debía durar tanto cuanto durara el celebrado con la Compañía Anson (Anson Drilling Co. Of Colombia) que tenía una duración mínima de 2 años. Devengó un salario de \$ 30.00 pesos diarios, así: \$ 20.00 en dinero efectivo y \$ 10.00 en que fue estimada la alimentación que recibía. Laboró ciento veinte horas extras y treinta y cuatro dominicales y festivos, pero nunca se le remuneraron en legal forma. Tampoco le han sido cubiertas las prestaciones que reclama.

Los demandados negaron los hechos en la forma como aparecen redactados y se opusieron a las pretensiones del actor.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero Laboral de Barranquilla, profirió decisión totalmente absolutoria, la que fue confirmada por el Tribunal Superior de ese mismo lugar, en la sentencia que es objeto del recurso de casación y mediante la cual desató la alzada interpuesta por la parte demandante.

EL RECURSO

Aspira el recurrente que se case totalmente el fallo impugnado y que la Sala, en sede de instancia, revoque la del a quo y, en su lugar, acoja las súplicas consignadas en el libelo primitivo.

El ataque lo formula con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L. y a través del cargo que se procede a examinar.

Cargo único. Acusa la sentencia de infringir indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 168, 158, 159, 160, 179, 180, 249, 306, 64, 47, 61, 66 y 65 del C. S. T., por haber incurrido el sentenciador en el evidente error de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que la confesión ficta de los demandados fue desvirtuada totalmente con otros elementos de convicción allegados al juicio, a consecuencia de equivocada apreciación que hizo de la carta de despido, de la declaratoria de confeso de los demandados y sus antecedentes, del contrato de trabajo y de la diligencia de inspección ocular.

En su demostración, comienza afirmando que como las diligencias extrajudiciales que condujeron a la declaratoria de confesos de los demandados se iniciaron con posterioridad al pago de las acreencias laborales de que da cuenta la inspección ocular, es obvio que las deudas a que tal declaratoria se refiere no podían entenderse cubiertas con aquel pago.

Procede luego a hacer un análisis comparativo entre la diligencia de inspección ocular y la de declaratoria de confeso, expresando qué es lo que, en su concepto, resulta acreditado con cada una de esas pruebas.

No hubo escrito de oposición.

Se examina el cargo.

La Sala advierte en la acusación los siguientes defectos: a) lo que el recurrente señala como error de hecho, o sea el habérsele restado valor probatorio a la confesión presunta de los demandados v reconocido mayor mérito a otras probanzas, no tiene ese carácter. En esa forma se atribuye al sentenciador una equivocada estimación de algunos de los elementos de convicción aportados al juicio, pero no el error fáctico propiamente dicho, que debe surgir como consecuencia obligada de aquella desacertada valoración probatoria y que constituye necesario eslabón en el camino recorrido por el juzgador para llegar a la violación de la ley en la modalidad que pregona la censura; b) la referencia que se hace a las pruebas es simplemente para contraponer la opinión personal del impugnante al juicio que de ellas hizo el Tribunal, mas sin adelantar ningún esfuerzo tendiente a explicar en qué consistió la errónea apreciación de éste, y a demostrar el ostensible error de hecho que lo condujo a violar los textos legales que se citan, como es de rigor para el éxito del ataque; c) deja de impugnarse uno de los soportes de la decisión, cual es el documento que forma el fl. 10 del cdno, ppal. A esta prueba alude el fallador no solo de manera general, al usar la expresión "según las pruebas obrantes en el expediente", sino de modo concreto y específico, con indicación del folio exacto en que se encuentra y constituye base fundamental de la sentencia.

Los vicios apuntados obligan al rechazo del cargo por incompleto e ineficaz:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día siete de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial (expresa el art. 51 del C. P. L.) solo debe tener lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieren conocimientos especiales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 25).

Elena Jáuregui J. demandó por conducto de apoderado a Industrias Viancha Calderón, empresa representada por el doctor Abel Viancha Calderón, con domicilio en Bogotá, pidiendo contra ella:

- "1. Por contrato presuntivo de trabajo a partir del día 21 de julio al 14 de octubre de 1959, la suma de seiscientos noventa y un pesos con cincuenta y nueve centavos (\$ 691,59), o lo que en subsidio se establezca.
- "2. Por auxilio de cesantía la suma de doscientos cincuenta pesos (\$ 250.00), o lo que en subsidio se establezca dentro del juicio.
- "3. Por concepto de vacaciones la suma de ciento veinticinco pesos m/l. (\$ 125.00.), o lo que en subsidio se establezca dentro del juicio.
- "4. Por concepto de primas de servicio durante un año o sea la suma de quinientos pesos (\$500.00), o lo que en subsidio se establezca dentro del juicio.
- "5. Por preaviso la suma de ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos (\$ 187.50), o lo que en subsidio se establezca dentro del juicio.
- "6. Por indemnización por mora en el pago de os salarios a razón de ocho pesos con treinta y tres centavos (\$ 8.33), a partir del día catorce (14) de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959) hasta cuando se verifique el pago total de las prestaciones e indemnizaciones".

En la demanda se afirma que Elena Jáuregui entró a trabajar en la empresa Viancha Calderón en calidad de empleada, el 14 de octubre de 1958, y prestó sus servicios hasta el 21 de julio de 1959, fecha ésta en que fue despedida sin justa causa y en forma intempestiva; y que devengó por su trabajo, durante todo el tiempo, un sueldo de \$ 250.00 mensuales. En derecho se fundamenta la acción en el Decr. 2158 de 1948 y arts. 249, 64, 65, 186, 306, 227 y concordantes del C. S. T.

La demandada contestó por medio de apoderado oponiéndose a todas las peticiones, manifestando que nada debe por ningún concepto y negando todos los hechos "a fin de que la carga de la prueba se desplace hacia la parte actora, la que debe probar todas y cada una de las afirmaciones que hace en su libelo".

Conoció del juicio el Juzgado sexto laboral del Circuito de Bogotá, el cual, en fallo pronunciado el 25 de julio de 1961, absolvió a la demandada de todos los cargos y condenó en costas a la actora. Apelado este fallo por la parte demandante, subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que en sentencia del 6 de abril de 1962 resolvió:

- "1. Revócase la sentencia apelada y en su lugar se dispone:
- "a) "Condénase a Industrias Viancha Calderón, representada por el señor Julio A. Viancha, a pagar a Elena Jáuregui las siguientes sumas: \$192.39 por concepto de auxilio de cesantía y \$125.00 por prima de servicios.
- "b) "Condénase a la demandada a pagar a la actora la suma de \$ 8.33 diarios a partir del (22) veintidós de julio de 1959 hasta el día en que se paguen las sumas a que se contrae el numeral primero ordinal a) del presente fallo.
- "c) "Condénase a la demandada a pagar el 50% de las costas de la primera instancia.
 - "2. Absuélvese" a la sociedad Industrias

Viancha Calderón de los demás cargos formulados en su contra.

"3. Sin costas en esta instancia".

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el apoderado de la empresa demandada el recurso de casación. Admitido como fue éste y cumplida la tramitación de rigor, durante la cual se presentó el alegato de oposición que se lee en fls. 14 y ss. de este cuaderno, se procede a resolver.

El recurrente fija el propósito de la impugnación así: "con la presente demanda aspiro a la casación total del fallo recurrido, a fin de que ya constituída la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en Tribunal de instancia, lo revoque íntegramente y confirme la decisión del juez de primer grado".

Formula luego, con apoyo en la causal primera del art. 87 C. P. L. el siguiente cargo:

"Acuso el fallo recurrido por violación indirecta, originada en aplicación indebida, de los arts. 54, 65, 249, 253, y 306 del C. S. T., a consecuencia de la violación medio de los arts. 51, 52, 54, 55 v 61 del C. P. L. y 597, 705, 724 y 730 del C. J. que también fueron aplicados indebidamente o dejados de aplicar, en concordancia con los arts. 19 del C. S. T. y 145 del C. P. L., por apreciación errónea de las declaraciones de Emilia Sánchez y Teresa Jiménez (fl. 32 a 34) y del peritazgo de Guillermo León Rojas (fl. 43 a 44 y 47 a 48), lo cual condujo al fallador de segunda instancia al evidente error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos de haber tenido por demostrados, sin estarlo, los extremos de un contrato de trabajo entre las partes de este juicio".

En la sustentación del cargo dice el recurrente que las únicas pruebas tenidas en cuenta por el Tribunal para adquirir el convencimiento de que entre las partes de este juicio "existió un contrato de trabajo por el tiempo y con el salario indicados en la demanda" fueron las declaraciones de Emilia Sánchez y Teresa Jiménez, y el dictamen rendido por el perito Guillermo León Rojas.

Observa con respecto a las dos declaraciones que obran en los fls. 32 y 34, que de ellas solamente puede deducirse "que la demandante efectivamente trabajó en la empresa demandada durante un lapso comprendido aproximadamente entre enero y junio o julio de 1959, pero sin que se sepan exactamente las fechas de entrada y salida de la trabajadora ni el sueldo devengado", punto este último sobre el

cual las testigos "son perfectamente mudas, pues no dan ni la más leve idea, ni aproximada ni inmediata".

Dice que en consecuencia el único medio de convicción que pudo llevar al fallador a dar por demostrados los referidos extremos del contrato, es el dictamen del perito; y reduce, entonces, la crítica a ese medio de prueba, sobre el cual expone:

"Ante todo debe observarse que tal experticio figura de autos como una prueba de nudo hecho pues ninguna providencia en todo el curso del proceso decretó su práctica, ninguna de las partes la pidió ni el Juzgado tampoco, por impulso oficioso, ordenó que se llevara a cabo.

"Repárese en la circunstancia de que lo mandado por el Juzgado en audiencia de fecha 6 de marzo de 1961 (fl. 30) fue llevar a cabo una simple inspección ocular, sin intervención de perito. Así las cosas, al ir a practicarla el 8 de abril de 1961, fecha señalada al efecto, el Juzgado, sin más trámite, fue designado un perito para que interviniera en la diligencia y le fue señalando la obligación de rendir su dictamen de acuerdo con un temario propuesto por el apoderado de la actora, no propiamente para que sobre él versara el dictamen pericial pues hasta ese momento no había sido decretada ninguna prueba de esa índole sino más bien para que se constatara o estableciera por el mismo Juzgado y el personal de la diligencia.

"Y no se diga que al mandar al perito rendir su dictamen de conformidad con ese temario, el Juzgado estaba implícitamente decretando la práctica de la prueba pericial puesto que si así hubiera sido, el orden en que se hubiera desarrollado la diligencia sería diferente. Primero se hubiera considerado necesaria la intervención de un perito para absolver el temario propuesto por el apoderado de la parte actora y luego sí se hubiera nombrado y posesionado al perito que el Juzgado nombrara al efecto. Pero tal como se desarrollaron los acontecimientos es obvio que el Juzgado inició y desenvolvió su actuación en la creencia equivocada de que estaba decretada la prueba pericial.

"La ausencia del decreto de la pericia hace inexistente esta prueba dentro del proceso y no susceptible, por tanto, de fundar en ella cualquier decisión judicial".

Pasos adelante observa también:

"Por auto de 18 de noviembre de 1960 se declaró surtida la cuarta audiencia y se citó para fallo; en posterior oportunidad, en audiencia de 6 de marzo de 1961, a solicitud del apoderado de la actora, se ordenó retrotraer el procedimiento a fin de practicar una inspección ocular y las demás pruebas que quedaron pendientes, entre las cuales, hasta ese momento, no se encontraba la prueba pericial.

"Ha sido doctrina de juzgados y tribunales la de que cuando se reabre el debate probatorio, previamente clausurado, solamente es admisible practicar en la nueva etapa las pruebas precisamente determinadas que se hayan ordenado practicar; no cabe entonces la práctica de ninguna otra prueba ni de las pedidas o que pidan las partes ni de las que haya decretado o pueda decretar de oficio el Juzgado".

Tacha después la misma prueba desde el punto de vista de su idoneidad para establecer hechos como el salario y el tiempo de servicio. "La intervención de los peritos —dice— solamente se justifica, como lo expresa muy claramente el art. 705 del C. J. y el 51 del C. P. L., cuando se requiere la comprobación de hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales". Censura el que se hubiera acudido al experto cuando era al Juez a quien correspondía investigar aquellos datos; y estima que el Juzgado entendió correctamente el problema cuando desconoció la eficacia de la prueba aludida. Finalmente afirma que el dictamen pericial carece de explicación y fundamentación y "solo nominalmente puede calificarse como pericial".

Se considera:

El recurrente admite que las dos declaraciones citadas por el Tribunal sí dan cuenta, en principio, de la existencia del contrato de trabajo que se afirma como hecho fundamental de la demanda, pero no de su duración ni del sueldo devengado. Y observa que tales extremos solamente pudo deducirlos el fallador de segundo grado del dictamen pericial.

Efectivamente las testigos afirman, por haber sido sus compañeras de trabajo en la empresa Viancha Calderón, que conocieron allí a Elena Jáuregui como cajera, pero no pueden afirmar con certeza cuánto tiempo duró desempeñando ese empleo. Emilia Sánchez dice que trabajó más o menos ocho meses; Teresa Jiménez, que cuando ella entró a trabajar en la empresa, lo cual ocurrió en enero de 1959, Elena ya estaba allí, y permaneció hasta junio o julio del mismo año. Tampoco pueden afirmar las testigos qué sueldo devengaba. Vale la pena anotar que la existencia del contrato de trabajo fue admitida por el

representante de la empresa ante la Inspección Nacional del Trabajo, según el acta del fl. 2, que se ordenó tener como prueba; pero ya en el juicio, en la contestación de la demanda y en posiciones, tal hecho fue rotundamente negado.

Resulta cierto, según esto, que los extremos del tiempo servido y del salario devengado los dedujo el Tribunal principalmente del dictamen del perito, que sitúa la ejecución del contrato entre las fechas indicadas en la demanda, y suministra el cuadro de los sueldos pagados a los trabajadores, década por década, sobre una base de \$250.00 mensuales. Por eso la censura del recurrente se concreta al hecho de que el Tribunal hubiera tomado en cuenta el referido dictamen como prueba de los extremos anotados, y toda su argumentación se dirige a rechazarlo.

Según el resumen que suministra el propio recurrente, las observaciones que le merece la prueba pericial son: "1) No fue decretada en ningún momento por lo cual aparece de autos como prueba de nudo hecho; 2) Fue practicada después de reabrirse el debate probatorio, sin que se haya previsto su práctica en la nueva etapa adicional de probanzas; 3) Versó sobre hechos para cuya comprobación no era idónea".

Cabe observar:

1. Efectivamente el 18 de noviembre de 1960 (fl. 26) el Juzgado del conocimiento declaró surtida la cuarta audiencia de trámite, y citó para audiencia de juzgamiento; pero el apoderado de la demandante pidió, en memorial visible al fl. 27, reposición de aquella providencia para que en su lugar se llevara a cabo, con intervención de peritos, la diligencia de inspección ocular sobre los libros de la empresa; inspección que fue solicitada en la demanda y que el Juzgado, en la primera audiencia de trámite, ofreció practicar si lo estimaba conveniente. La solicitud fue despachada favorablemente, pues en audiencia del 6 de marzo de 1961 el Juzgado revocó su anterior providencia y dispuso: "en su lugar se ordena retrotraer el juicio a la cuarta audiencia de trámite (continuación) en el cual se llevará a cabo la diligencia de inspección ocular, prueba ésta pedida en la primera audiencia de trámite y que el Juzgado estima conveniente llevar a cabo para mejor esclarecimiento de los hechos".

La inspección así decretada tuvo lugar en día fijado (fls. 31 y ss.). En el curso de ella se designó perito al señor Guillermo León Rojas, a quien se le ordenó rendir dictamen sobre los siguientes puntos que indicó el apoderado de la demandante:

"10. Si mi poderdante entró a trabajar como empleada de la empresa Viancha Calderón o Industrias Viancha Calderón el 14 de 1958 y dejó de trabajar el 21 de julio del año de 1959, por despido, y ganando un sueldo de \$250.00 mensuales. 20. Que estos datos sean tomados de los libros correspondientes a los años de 1958 y 1959".

El dictamen del perito se redujo al cuadro visible al fl. 44 en que se indica el sueldo básico, lo devengado por décadas, los descuentos hechos para el I.C. S. S. y por anticipos, los depósitos de garantía y los valores netos recibidos. A solicitud de la parte demandante, se ordenó al perito ampliar su concepto, lo cual hizo fijando el tiempo servido por Elena Jáuregui y el sueldo que devengó en los términos que se leen al fl. 47, y explicando que obtuvo tales conclusiones y elaboró el cuadro del fl. 44 con base en el examen de los libros de la empresa que fueron puestos a su disposición.

Del dictamen resultante se ordenó dar traslado a las partes (audiencia del 7 de junio de 1959) y contra él no se produjo ninguna objeción. Y debe anotarse además que tampoco hubo oposición a la práctica de la inspección ocular, la cual se llevó a cabo en la propia sede de la demandada, ni se formuló ninguna observación a las cuestiones sometidas al examen del experto. Se trata, pues, de una prueba producida con audiencia de ambas partes y consentida por ambas en las instancias. Como tal, tenía que ser estudiada y apreciada por el juzgador.

"La prueba pericial (expresa el art. 51 del C. P. L.) solo debe tener lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieren conocimientos especiales". Ahora bien; en el presente caso se trataba de comprobar en libros de contabilidad correspondientes a los años de 1958 y 1959 que la demandante devengó sueldos como empleada de Industrias Viancha Calderón desde el 14 de octubre de 1958 hasta el 21 de julio de 1959; no puede decirse, entonces, que para tales efectos fuera superflua o inconducente la asesoría de un perito en la materia contable. Y si los datos suministrados por el perito, que especifican el

sueldo básico, lo pagado década por década y los descuentos hechos a la empleada, fueron tomados de los libros que mostró la empresa, no puede negarse su poder de convicción y su eficacia en el juicio.

Por lo demás, el dictamen pericial no es prueba única sobre la existencia del contrato de trabajo, el cual resulta aceptado en el acta del fl. 2 (audiencia ante la Inspección del Trabajo) y afirmado claramente en los testimonios de Emilia Sánchez y Teresa Jiménez. Ni siquiera es prueba única sobre la duración del contrato, porque las mismas testigos hablan de un lapso de más o menos ocho meses, y el dictamen del perito comprueba (confirmando la pretensión de la demanda) que el tiempo durante el cual la empleada recibió sueldos en la empresa fue de nueve meses largos (desde la segunda década de octubre de 1958 hasta la segunda década de julio de 1959).

No es, por tanto, eficaz la acusación en cuanto censura el Tribunal por haber tomado en cuenta el dictamen pericial, ni hay error manifiesto en la estimación que de él hizo.

2. Se observa además que la censura, referida a los defectos de tramitación que señala el recurrente en cuanto a la producción de las pruebas de inspección ocular y de dictamen pericial, no es atensible por tratarse de errores in procedendo que si existieron debían señalarse y atacarse en las instancias.

No prospera, pues, la acusación.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

El art. 65 del C. S. T. establece una presunción de mala se en el patrono que no satisface oportunamente los créditos en savor del trabajador, pero presunción que puede ser desvirtuada mediante pruebas que comprueben su buena se.

Como sucede en no pocas especies de contratos, en los de prestación de servicios personales se dan notas y características comunes que no siempre permiten distinguir fácilmente uno de otros, aun por el juzgador, lo que ha llevado a la Corte a expresar que cuando se controvierte la naturaleza del contrato, lo más frecuente es que no haya lugar a determinar la índole culposa del error en que se haya podido incurrir, o sea, a calificar de mala fe la conducta de la parte que ha cometido el error. A esta especie pertenecen los de trabajo y mandato, y entre estos la comisión mercantil especialmente, que son fácilmente confundibles por la imprecisión con que a veces se revela el ámbito dentro del cual el trabajador puede actuar libremente, sin sujeción a órdenes que configure el elemento de subordinación propio de la contratación laboral.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo). (Acta No. 22).

El señor León Guillermo Mojica Mejía promovió juicio ordinario laboral, ante los jueces del trabajo de Bogotá (repartimiento), a la empresa Collier's International, sociedad domiciliada en Los Angeles, California, EE. UU., representada en Colombia por su agente general, para el reconocimiento y pago de salarios, comisiones, prestaciones sociales e indemnización moratoria, con fundamento en la prestación de servicios personales, bajo su dependencia, en calidad de agente de ventas, supervisor y gerente distrital, desde el 6 de julio

de 1963 hasta el 11 de febrero de 1965 en que fue despedido sin justa causa, en forma unilateral.

En la contestación de la demanda, la Empresa se opuso a la acción. Acepta la prestación de los servicios, mas no en la calidad de empleado sino en la de comisionista independiente.

El juez segundo laboral municipal de Bogotá decidió la litis en primera instancia, en sentencia en que condena a la Empresa a pagar al actor, en dólares o en su equivalente en moneda legal colombiana al cambio de 12 de febrero de 1965, las siguientes sumas: \$1.104.24 por cesantía; \$4.218.60 por salarios insolutos; \$274.62 por prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1964; \$ 345.68 por prima de servicios correspondiente al segundo semestre del mismo año; \$345.68 por compensación de vacaciones. Condena además al pago de US\$ 23.04 diarios desde el 12 de febrero de 1965 hasta el día en que se verifique el pago total de las cantidades anteriores, por concepto de indemnización moratoria, y absuelve de otras prestaciones exigidas por el demandante.

Contra este fallo la Collier's recurrió en apelación, recurso que fue resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en providencia en que confirma la resolución de primer grado, y contra la cual la expresada sociedad ha interpuesto ahora el de casación, que, oportunamente replicado por el actor, se procede a decidir.

En un cargo, fundado en la causal primera del art. 87 del C. P. L., se acusa la sentencia de segunda instancia de violación indirecta del art. 65 del C. S. T., debida a error de hecho proveniente de mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras. Consiste el error de hecho en no haberse dado por demostrada la buena fe de la Empresa

determinante de la mora en el pago de los salarios y prestaciones a que fue condenada, y se señala como mal apreciadas el documento auténtico que obra a fl. 52 del expediente, las posiciones absueltas por el representante de la sociedad demandada y la peritación; como no apreciadas se indican el certificado de la Cámara de Comercio visible al fl. 109 y la declaración del testigo Jorge E. Cuéllar.

Para sustentar el cargo expresa la casacionista que los mencionados elementos instructorios no sólo no acreditan la mala fe de la Empresa, sino que suscitan serias dudas sobre la naturaleza del contrato existente entre las partes por lo cual aparece demostrado que no obró de mala fe al considerar que no estaban en el deber de satisfacer obligaciones que sólo comprometen al patrono para con sus empleados, mas no para con trabajadores que prestan servicios de manera independiente.

Se considera:

El documento auténtico que obra a fl. 52 reza lo siguiente:

"Convengo en que mi relación continuará de acuerdo con este status en todo momento:

- "1. Como comisionista independiente externo, consagro mi tiempo de acuerdo con mi propio criterio y discreción.
- "2. Que la Corporación tiene derecho a negarse a adquirir un contrato si no está debidamente otorgado y en buena forma.
- "3. Mis actividades de venta son dirigidas independientemente, sin orientación ni dominación por parte de ustedes, y dichas actividades se llevan a cabo en nombre y representación de este negocio, del cual soy propietario, y la Compañía está interesada únicamente en el resultado final.
- "4. Toda mi remuneración es por concepto de pedidos y se basa en los aprobados y aceptados por ustedes".

Este documento aparece suscrito el 21 de julio de 1963 por el demandante y el representante de la empresa demandada.

Sobre él se expresa la sentencia en la siguiente forma:

"(...) Resultan inaceptables los argumentos expuestos por la Empresa para fundamentar su defensa, pues la negativa del pago de lo debido al trabajador se basa en el desconocimiento de la

relación laboral (sic), so protexto de que las partes pactaron un compromiso de indole diferente al que origina esta controversia. Pero ocurre que ese compromiso figura en un documento en que se da al demandante un carácter que nunca ha tenido, el de comisionista independiente, como así lo acreditan la casi totalidad de las pruebas allegadas al proceso. Para la Sala el rechazo del contrato de trabajo en el caso que nos ocupa no es prueba de buena fe en una duda, sino índice de ingenio para burlar los derechos legalmente adquiridos. De ahí que los argumentos esbozados por la parte demandada no puedan liberarla de la indemnización moratoria reclamada".

Es de observar, por una parte, que la Empresa en ningún momento ha desconocido la relación laboral, sino que, por el contrario, la confiesa: sólo que para ella esa relación no configura el contrato de trabajo sino el de comisión mercantil. Por otra, la Corte no comparte el criterio del Tribunal respecto de la mala fe de la Empresa porque, si al través del análisis del conjunto de las pruebas el mencionado organismo jurisdiccional llegó al convencimiento de que la forma como el contrato aparece ejecutado denuncia en el demandante la calidad de trabajador subordinado, en vez de la que le atribuye la opositora, no es menos cierto que los términos en que ésta pactó con aquel la prestación de sus servicios corresponden a tipo de contrato distinto del que halló acreditado el Tribunal, lo que hace razonable que se hubiese equivocado respecto de la verdadera naturaleza del convenio. Los elementos que entran en la estructuración de los contratos son de orden objetivo, mientras que los de la buena fe son meramente subjetivos, por lo cual bien puede la sala sentenciadora haberse formado la convicción de que las condiciones de trabajo que singularizaron el cumplimiento de lo pactado configuran un contrato laboral, sin que de ahí necesariamente se siga que la Empresa tuviere motivo plausible para entender que el en ejecución no era el acordado por escrito entre las partes. Si, como la jurisprudencia la ha definido en cierto concepto, la buena fe es la creencia errónea pero inculpable de estar obrando conforme a derecho, hay que convenir que las estipulaciones del contrato daban en este caso fundamento a esa creencia; y si, como en otro concepto también la tiene definida la jurisprudencia, la buena fe es asimismo rectitud del móvil en la celebración y ejecución de los actos jurídicos, no hay motivo para imputar a uno de los contratantes haber acudido a medios "de ingenio para burlar los derechos legalmente adquiridos", mientras con pruebas no se la convenza del empleo de maniobras o artificios dirigidos a engañar a la otra parte en la conclusión o en el desenvolvimiento del convenio. Como sucede en no pocas especies de contratos, en los de prestación de servicios personales se dan notas v características comunes que no siempre permiten distinguir fácilmente uno de otros, aun por el juzgador, lo que ha llevado a la Corte a expresar que cuando se controvierte la naturaleza del contrato lo más frecuente es que no hava lugar a determinar la índole culposa del error en que se hava podido incurrir, o sea, a calificar de mala fe la conducta de la parte que ha cometido el error. A esta especie pertenecen los de trabajo y mandato, v entre éstos la comisión mercantil especialmente, que son fácilmente confundibles por la imprecisión con que a veces se revela el ámbito dentro del cual el trabajador puede actuar libremente, sin sujeción a órdenes que configure el elemento de subordinación propio de la contratación laboral.

En suma, el art. 65 del C. S. T. establece una presunción de mala fe en el patrono que no satisface oportunamente los créditos en favor del trabajador, pero presunción que puede ser desvirtuada mediante pruebas que comprueben su buena fe. Esto es lo que ha hecho la Collier's International con el contrato de comisión celebrado entre ella y el demandante, y que la sala falladora apreció evidentemente mal, ya que se limita a desconocerle su valor para establecer

la buena fe de la Empresa sin que por otra parte invoque hechos concretos y elementos probatorios distintos que pudieran justificar ese desconocimiento. Las demás pruebas que analiza el Tribunal y a que se refiere la casacionista se encaminan a demostrar hechos de los cuales pueden deducirse argumentos favorables a la existencia del contrato laboral o desfavorables a él, pero ninguna concierne al elemento subjetivo de la mala fe.

En consecuencia, el cargo prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, a fin de revocar, como en efecto lo hace, el ordinal f) del numeral primero de la sentencia de primer grado, pronunciada por el juez segundo laboral de Bogotá. En lo demás confirma la sentencia expresada.

No hay lugar a condenación en costas.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

CASACION

(Técnica)

No cabe la acusación por quebrantamiento de toda una ley que contenga múltiples mandatos, ni de todo un Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación

Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Crótatas Londoño). (Acta No. 22).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia que desató juicio ordinario de Ruperto Linares Jiménez contra la firma Elli Lilly and Company of Colombia Inc. y otras, proferidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Son antecedentes del presente negocio:

- a) Ruperto Linares Jiménez demandó a las sociedades Eli Lilly and Company of Colombia Inc., con domicilio en Bogotá, Eli Lilly and Company of Colombia Inc., con domicilio en Indianápolis, Indiana, Estados Unidos de Norteamérica, y Eli Lilly Pan-American Corporation, con domicilio igualmente en Indianápolis, las dos últimas sin representante legal en Colombia, para que fuesen condenadas a pagarle indemnización por lucro cesante, auxilio de cesantía, pensión de jubilación, indemnización moratoria y "todas las demás prestaciones y derechos" que correspondan al trabajador conforme a las leyes.
- b) El actor respaldó sus pedimentos en los siguientes hechos, en síntesis: 1) Sirvió a las sociedades demandadas desde el 15 de julio de 1947 hasta el 3 de mayo de 1962, fecha esta última en que fue despedido intempestivamente, sin causa justificativa; 2) A la fecha del despido el actor tenía cuarenta y seis (46) años de edad; 3) La prestación del servicio se inició en los Estados Unidos de Norteamérica para las dos sociedades últimamente nombradas y de allí fue trasladado a trabajar en Colombia para la primera; 4) La

retribución se pagó en ocasiones en dólares y en otras en moneda colombiana.

Las sociedades demandadas, la primera mediante su apoderado y las dos últimas por intermedio de un curador ad litem, negaron los hechos de la demanda y se opusieron a las peticiones del actor. Propusieron las excepciones de pago, cobro de lo no debido, petición antes de tiempo, petición de modo indebido y carencia de acción.

El Juez Primero Municipal del Trabajo de Cali decidió el juicio en primera instancia con sentencia en la cual condenó a las sociedades demandadas, en forma solidaria, a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de la fecha en que cumpla sesenta (60) años de edad, con deducciones mensuales del veinte por ciento (20%) hasta completar el descuento de la suma recibida por concepto de auxilio de cesantía. Las demandadas fueron absueltas por el a quo de los restantes cargos de la demanda y condenadas al pago de parte de las costas de la instancia.

La resolución del juez de primer grado fue apelada por las partes y el ad quem, en su fallo objeto del recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y en su lugar dispuso: "Declarar como en efecto declara probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo en cuanto a la pensión reducida de jubilación. 20. Absolver a las Empresas demandadas de los demás cargos de la demanda que dieron origen al presente juicio".

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La demanda plantea el ataque del fallo impugnado mediante dos cargos con los cuales se aspira a obtener la casación total de la sentencia del Tribunal y a la consecuencial modificación, en fallo de instancia proferido por la Corte, de la resolución del a quo, para proferir las condenas en la forma solicitada en la demanda, concretamente por auxilio de cesantía y pensión de jubilación.

El primer cargo se presenta por quebrantamiento, en el concepto de falta de aplicación, de los preceptos constitucionales contenidos en el art. 26 de la C. N. y en los arts. 90., 100. 11 y 17 del Acto Legislativo No. 1 de 1936; de los arts. 10., 50., 90., 10, 13, 14, 18, 21, 26, 43, 55, 61, 194 y 267 del C. S. T., 1494, 1495, 1498, 1501, 1524, 1602, 1603, 1618, 1619, 1620, 1621, 1622 del C. C. y 194, 204, 472, 593, 597 y 607 del C. J. La acusación se formula por vía indirecta, a través de evidentes errores de hecho originados en la falta de apreciación de algunos elementos de prueba y en errada estimación de otros

En el segundo cargo el recurrente expresa que "el Tribunal Sentenciador de la segunda instancia, hizo aplicación indebida de la ley sustantiva especial 171 de 1961, con relación al C. S. T., de preferente aplicación, en el presente caso, en su art. 267, y al dar entrada al juicio y definirlo, en forma desfavorable al trabajador, con fundamento en los artículos de la citada ley, dejando de aplicar correctamente las normas que violó y que quedan anotadas en el primer cargo". Aunque en la presentación de este cargo no se indica por el recurrente si se trata de violación por vía directa o por vía indirecta, luego al desarrollar la censura lo hace con presunta comisión de errores de hecho y de derecho originados en la apreciación de pruebas, lo que encamina el ataque por la segunda vía.

Al tratar en la sustentación de la censura lo relativo al error de derecho, considera el recurrente que éste consiste en dar aplicación a las normas de la Ley 171 de 1961 y no al art. 267 del C. S. del T., pertinente para la situación litigiosa.

Como errores de hecho el acusador puntualiza el de "Dar por demostrado o establecido, sin existir legalmente, un hecho exceptivo, como es la petición antes de tiempo, apoyándose en la Ley 171 de 1961", y el de "No dar por demostrado o establecido, existiendo legalmente a la luz de las disposiciones legales pertinentes, los derechos a la cesantía y a la jubilación". Estos errores, así como el precisado como de derecho, que se vio antes, se proponen para los dos cargos.

En el desarrollo de los dos ataques, se observa que el casacionista estima que "la mala apreciación de pruebas ha consistido de parte del fallador de segunda instancia, en que se ha limitado a la apreciación de una ley posterior como la 171 de 1961, en forma preponderante, exclusivamente; y ni siquiera las pruebas de la parte demandante, y cuando debe prevalecer, en este caso, la disposición del art. 267 del C. S. T.". Agrega luego que el Sentenciador dejó "de considerar el acervo de pruebas necesarias a la formación del criterio jurídico preciso al negocio; y esa mala apreciación lo llevó a los errores de hecho antes destacados". Y en el curso de la sustentación del cargo segundo, al referirse a la cuestión probatoria sólo dice que el Tribunal "Desestimó pruebas legalmente producidas en el juicio o actuación".

LA OPOSICION

El opositor replica los cargos de la demanda desde el punto de vista de la técnica y en la parte de fondo. En cuanto al primer aspecto observa, principalmente, que no se singularizan los elementos de prueba que hubieran sido mal apreciados o dejados de estimar por el fallador. Y en el segundo, que no hay base para considerar indebidamente aplicadas las normas de la ley 171 de 1961 a cambio del precepto del art. 267 del C. S. del T. en cuanto a la pretendida pensión de jubilación del actor, por cuanto el contrato de trabajo de éste con las sociedades demandadas terminó dentro de la vigencia de dicha ley.

SE CONSIDERA

a) De acuerdo con lo pretendido por el recurrente, la Corte, como consecuencia de la casación del fallo impugnado debería pronunciar decisión de instancia condenatoria por los conceptos de auxilio de cesantía y pensión de jubilación.

Dentro de las normas que se señalan como quebrantadas ninguno de los dos cargos incluye las relativas al auxilio de cesantía, y en cuanto a pensión de jubilación se predica el quebrantamiento, por aplicación indebida, de la Ley 171 de 1961 y, por consecuencial falta de aplicación, del art. 267 del C. S. T.

Se concreta como error de hecho el no dar por establecidos los derechos de auxilio de cesantía y de pensión de jubilación. Pero al vincular este presunto error y el de dar por establecida sin estarlo, la excepción de petición antes de tiempo, con la estimación de los elementos de prueba, no se singulariza ninguno en particular. En cuanto al denominado error de derecho, no señala

ninguna prueba solemne en relación con la cual tal yerro se hubiese cometido.

- b) Como resultado de las anteriores características de la demanda se tiene que los cargos carecen de censura relativa al quebrantamiento de las disposiciones sustanciales que reglan el derecho al auxilio de cesantía, uno de los pretendidos, y por ello la proposición jurídica en este punto es incompleta y determina la ineficacia del ataque.
- c) Se presenta como quebrantada la Ley 171 de 1961, sin que se precisen los preceptos que de ella hubiesen sido violados por el fallador, lo que es inadmisible según la reiterada jurisprudencia de la Corte, pues es necesaria la singularización de tales preceptos en la censura. No cabe la acusación por quebrantamiento de toda una Ley que contenga múltiples mandatos, ni de todo un Código.
- d) H y una inaceptable confusión entre lo que es el e y de hecho con el no reconocimiento del derecho pretendido en el juicio, pues se confunden los medios fácticos con el resultado de la aplicación de la ley a los hechos probados dentro del juicio.
- e) No se singularizan las pruebas dejadas de apreciar o equivocadamente estimadas por el Tribunal, y es requisito fundamental de un ataque por presuntos errores de hecho, conforme al art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964 y como lo exigió el subrogado art. 87 del C. P. L. que el casacionista señale de manera particular cada elemento de prueba que el fallador haya apreciado con error o no haya estimado para

incurrir en el error de hecho generante de la violación legal. Lo dicho, que cabe en relación con los dos cargos, ocasiona la inocuidad de la censura.

f) Como se desprende del claro precepto del citado art. 60 del Decr. 528, el error de derecho no puede presentarse sino cuando se trata de prueba solemne que el fallador sustituye por otra que no lo es o que no aprecie, cuando conforme a la ley no pueda ser sustituída o deba producir el efecto probatorio previsto. No puede hablarse, como lo hace el recurrente, de error de derecho consistente en aplicar un mandato legal a cambio de otro.

Todas las antecedentes consideraciones llevan a la conclusión de que los cargos tienen fallas técnicas insuperables que los hacen ineficaces.

DECISION

Por lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

Publiquese, notifiquese, cópiese, insértese, en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

CASACION (Técnica)

Mencionar normas laborales como infringidas en el caso de autos, es absolutamente improcedente, porque en tratándose de un juicio que persigue el reconocimiento de Honorarios, las disposiciones sustantivas supuestamente violadas no han podido ser otras que las de los Códigos Civil y Comercial que versan sobre el mandato.

El Decr. 456 de 1956 regula lo relativo a la jurisdicción, a la competencia y al trámite, en los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cuando atribuyen a la justicia laboral su conocimiento. En otras palabras, que este decreto simplemente sustrae del conocimiento de la justicia ordinaria civil el de los negocios de la naturaleza expresada, para atribuírselo a la justicia del trabajo y al mismo tiempo señala la vía ordinatia laboral para la decisión de estos procesos y el procedimiento del juicio ejecutivo laboral para su cumplimiento. Quiere decir esto que la acción subsidiaria contenida en el libelo que inició la litis era del conocimiento de los jueces laborales. Mas, al acusar el casacionista el art. 56 del C. de P. L., sin señalar las normas sustanciales supuestamente violadas, para el reconocimiento de los honorarios por el sentenciador, se ha quedado a medio camino, porque como lo ha dicho reiteradamente la Corre, las disposiciones procesales no son suficientes para lograr la prosperidad de los cargos por si solas, "sino en cuanto a través de ellas se haya violado una norma consagratoria de derechos u obligaciones, por lo cual es incompleto aquel en que no se formulan disposiciones de la última clase mencionada". Como se vio anteriormente, el casacionista olvidó señalar las normas que estima violadas, consagratorias de derechos de los Códigos Civil y Comercial, sobre el mandato, circunstancia esta otra que contribuye a restarle prosperidad a los cargos que ha formulado.

veinticinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 24).

El doctor Ernesto Herrera Gómez, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá a las firmas Gütehoffnungshuette Oberhausen A. Manchinenfabrick Augsburg-Nuernberg A. G., las que agrupadas en Consorcio son conocidas con la sigla "Ghh-Man", representadas por el señor Hans Otto Gast, para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral sean condenadas a pagarle mancomunada y solidariamente, las cantidades que salgan a deberle por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, según los hechos que adelante se exponen. Y subsidiariamente, solicita se condene a las firmas mencionadas a pagarle los honorarios profesionales que hayan podido causarse a su favor por razón de los servicios prestados durante el lapso a que se contrae la demanda, y por último pide, que en caso de oposición se condene a las demandadas en costas.

Como hechos en los cuales apoya el actor las anteriores peticiones, expone los siguientes:

- "1. En el mes de enero de 1950, a solicitud del señor Hans Otto Gast, el doctor Ernesto Herrera Gómez empezó a prestar sus servicios al Consorcio demandado en calidad de abogado consultor y de gestor de negocios.
- "2. Desde la fecha antes aludida el doctor Herrera Gómez se dedico por entero a atender, como abogado y como gestor de negocios, las numerosas gestiones y diligencias que tuvo a bien

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril confiarle el Consorcio "Ghh-Man" en Bogotá y en otros lugares del país.

- "3. Dedicado en forma exclusiva a los negocios y gestiones del Consorcio demandado, unas veces en su Oficina y otras en las Oficinas del Consorcio aludido, el doctor Ernesto Herrera Gómez estuvo sujeto a continuada subordinación respecto de las Firmas demandadas, motivo por el cual obedeció todas las órdenes de labor que le impartió el señor Hans Otto Gast.
- "4. Aunque al principio no se determinó con exactitud la remuneración de mi mandante, pues el doctor Herrera Gómez tenía confianza ciega en el señor Hans Otto Gast, motivo por el cual apenas se le hicieron algunos abonos, posteriormente se estipuló como asignación del demandante, a título de remuneración por los servicios prestados, una suma equivalente al tres por ciento (3%) sobre el valor de las operaciones comerciales, oficiales o particulares, logradas por el Consorcio en cuestión en Colombia, incluyendo contratos de construcción de puentes, etc.
- "5. En las circunstancias descritas, mi mandante prestó sus servicios personales al Consorcio demandado hasta el mes de agosto de 1957, fecha desde la cual no se le volvió a pagar honorario o remuneración algunos, sin que hubiera mediado renuncia de su parte.
- "6. En el lapso a que se contrae este libelo el Consorcio "Ghh-Man" realizó cuantiosas operaciones comerciales en Colombia y obtuvo valiosos contratos de construcción de puentes, estructuras, etc., sobre los cuales no ha pagado al Dr. Ernesto Herrera Gómez el valor de la comisión estipulada a título de remuneración, excepción hecha de algunos abonos en cuantía aproximada de \$80.000.00.
- "7. Apesar de los diversos requerimientos hechos por mi mandante al señor Hans Otto Gast, unas veces personalmente, otras por conducto de apoderado y aun por medio de posiciones ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Bogotá, hasta la fecha no ha sido posible conseguir que el Consorcio demandado pague al Dr. Ernesto Herrera Gómez las cantidades que le adeuda y a las cuales se contrae esta demanda".

A su turno, las firmas demandadas, igualmente por medio de apoderado, dieron contestación a la demanda en escrito en el cual niegan los hechos y proponen la excepción de inepta demanda.

Agotados los trámites procesales el juzgado del conocimiento dictó sentencia, cuya parte resolutiva dice:

"Absuélvase a las firmas Gutehoffnungshuette Oberhausen A. G. y Manchinenfabrick Augsburg-Nuernberg A. G., conocidas con la sigla "Ghh-Man", representadas por el señor Hans Otto Gast, con cédula de extranjería No. 2077 de Bogotá, de todas y cada una de las peticiones formuladas en el presente juicio por el doctor Ernesto Herrera Gómez, con C. de C. No. 1.207.150 de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

"Costas a cargo del demandante. Tásense.

"Si no fuere apelado el presente fallo, consúltese con el Superior".

En virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte actora, los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, cuya Sala Laboral, surtidos los trámites de rigor, confirmó el fallo recurrido en su totalidad.

En relación con el contrato de trabajo, dice la sentencia recurrida en algunos de sus apartes: "...Sinembargo como se anota con exactitud en el fallo recurrido, la parte actora no suministró durante el juicio los elementos de convicción suficientes para acreditar la existencia del contrato de trabajo alegado, de acuerdo con los requisitos que al respecto mencionan los arts. 22 y 23 del C. S. del T.

"Las numerosas probanzas allegadas al expediente demuestran que el doctor Herrera Gómez sirvió al consorcio demandado Ghh-Man como asesor jurídico, gestor comercial de negocios e intermediario en diversas operaciones, pero las mismas pruebas dejan entrever que se trataba en todos los casos de operaciones aisladas, a cuyo éxito contribuía el actor pero sin dependencia alguna con el señor Hans Otto Gast o cualquier otro representante de las firmas demandadas. Más aún, las comisiones eran convenidas en particular para cada negocio y su pago dependía—como es lógico— del éxito de la labor del demandante.

"Al responder la pregunta quinta del pliego de posiciones, el mismo demandante niega haber firmado un convenio general en el cual se le asignara una comisión mínima del 3% (fl. 181); por consiguiente, subsistía en cabeza de la parte demandante la carga probatoria de la estipulación a que hace referencia el hecho 40. del libelo (fls. 146 y 147).

"Las documentales visibles a fls. 3 a 145, 156 y

157, 178, 207 a 209 y 339 demuestran que la intervención del doctor Herrera Gómez siempre era solicitada para un negocio concreto o específico, independiente de cualquier otro, en cuya consecución pudiera estar interesado el consorcio Ghh-Man.

"En las posiciones absueltas el actor admitió ignorar la fecha en la cual comenzó a prestar sus servicios a las firmas demandadas en forma exclusiva, y aceptó, además, tener oficinas propias para sus negocios particulares y para los encomendados por aquellas (fls. 180 y 182). Estas afirmaciones desvirtúan las condiciones del contrato que se consigna en la demanda.

"Por su parte, el señor Hans Otto Gast admite en posiciones que el doctor Herrera Gómez fue intermediario de su oficina —como muchos otros— a partir de 1952 y que para cada caso se convenía una suma diversa, fija o a porcentaje, cuyo pago estaba condicionado a la prosperidad del negocio; que el actor sólo tuvo éxito en tres gestiones sobre las cuales recibió las comisiones acordadas, sin que por ello el consorcio estuviera en obligación alguna de reconocerle honorarios cuando su actividad no se traducía en la consecución de los contratos respectivos (fls. 213 a 216).

"Los documentos presentados al juicio, en especial los que aparecen a fls. 207 a 209 demuestran que las comisiones acordadas a favor del doctor Herrera Gómez eran variables y distintas para cada negocio; no hay por tanto prueba alguna respecto a la existencia de un convenio general del cual pudiera inferirse el contrato de trabajo alegado en la demanda".

Y en relación con las comisiones y honorarios el Tribunal dijo: "... Es cierto que en ocasiones el señor Hans Otto Gast solicitó al actor la realización de diversas gestiones ante entidades públicas y privadas para la consecución de algunos contratos cuya ejecución correría a cargo del consorcio Ghh-Man. Pero también lo es que sólo en tres negociaciones tuvo éxito el doctor Herrera, tal como se desprende de los expresado por el señor Gast y que aquél percibió la comisión pactada".

Contra la sentencia anterior interpuso la parte demandante recurso de casación y en los siguientes términos señala el alcance de la impugnación:

"El recurso de casación que me ocupo de sustentar tiene por finalidad solicitar y obtener de la docta Corporación del conocimiento se sirva invalidar en todas sus partes el fallo proferido en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 18 de diciembre de 1965, en cuanto por él se absuelve al Consorcio Gutehoffnungshuette Oberhausen A. G. y Manchinenfabrick Augsburg-Nuernberg A. G. de tener que pagar al doctor Ernesto Herrera Gómez, a título de honorarios, las sumas que se impetren en esta litis, y en su lugar, una vez invalidado el fallo impugnado y constituída la Corporación en Tribunal de instancia, proferir las condenas en la cuantía que más adelante se determinan en la sustentación de los cargos que se formulan a la sentencia reclamada".

Dice luego el impugnador que "invoco como motivo de casación del fallo acusado la causal 1a. del art. 87 del C. de P. L., por haber incurrido el Tribunal de instancia en violación, por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de pruebas, de diversos textos legales de orden nacional y de carácter laboral, según lo demostraré al sustentar los cargos que formulo en la sentencia impugnada". Y acto seguido procede a formular contra la sentencia acusada dos cargos en los siguientes términos:

Primer cargo. "Al no declarar confesa la entidad demandada de los hechos básicos de la litis y no condenar, por ende, al Consorcio Gutehoffnungshuette Oberhausen A. G. y Manchinenfabrick Augsburg Nuernberg A. G. a pagar al doctor Ernesto Herrera Gómez la suma de \$1.500.000.00 a título de honorarios, el fallo acusado es violatorio del art. 56 del C. de P. L. (violación medio), infracción que condujo al Tribunal de instancia a violar, por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la desestimación de las pruebas, el art. 57, regla 4a. del C. S. T. y los arts. 1.602 y 1.603 del C. C.".

Segundo cargo. "Al no condenar a las sociedades Gutehoffnungshuette Oberhausen A. G. y Manchinenfabrick Augsburg-Nuernberg A. G. a pagar al doctor Ernesto Herrera Gómez, a título de honorarios, el 3% del valor total de la construcción del Puente de Puerto Berrío sobre el río Magdalena, honorarios cuya cuantía era y es de sesenta y ocho mil tres dólares con tres centavos de dólares (US\$68.003.03) más noventa y un mil pesos con cincuenta centavos (\$ 91.000.50) moneda colombiana, el fallo acusado es violatorio por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el Tribunal de Instancia en la desestimación de pruebas, de los arts. 57, regla

4a., del C. S. T., 1.602 y 1.603 del C. C.". Este cargo lo presenta el acusador como subsidiario del anterior.

A continuación de cada uno de los cargos transcritos, desarrolla el impugnador la correspondiente sustentación.

La parte demandada, igualmente por medio de apoderado, presentó en oportunidad escrito de oposición, en el cual dice, el recurrente formuló irregularmente y en forma incompleta los cargos, contrariando de tal suerte la técnica del recurso. "En efecto, dice, el recurrente señala como infringidas por la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá —Sala Laboral — únicamente las disposiciones consignadas en los arts. 56 del C. de P. L., el art. 57, regla 4a. del C. S. del T. y los títulos (sic) 1.602 y 1.603 del C. C. Y las disposiciones que el recurrente señala como violadas, -agrega el opositor-, no tienen el carácter de normas sustantivas nacionales, porque no "consagran o establecen derechos y obligaciones", sino que son normas de carácter adjetivo por cuanto "señalan procedimientos o determinan la manera de hacer efectivos determinados derechos. Si lo que pretendía el recurrente, —continúa diciendo el opositor—, era hacer efectivo el reconocimiento de honorarios originados en un contrato de mandato vigente entre las sociedades demandadas y el doctor Herrera Gómez, ha debido indicar, como era de rigor en el presente recurso, las disposiciones sustantivas consagradas en el C. C. que regulan dicha relación y establecen, concretamente, la obligación del mandante de pagar al mandatario la remuneración estipulada o usual (art. 2184, numeral 30. del C. C.). Por otra parte, no existiendo un contrato de trabajo entre el actor y las demandadas —como lo declaró el Tribunal y como tácitamente lo aceptó el recurrente en su demanda de casación—, en ningún caso podía violarse las disposiciones que establecen determinadas obligaciones patronales, entre las cuales se halla la consignada en el numeral 40. del art. 57 del C. S. T. que cita el casacionista...".

Se considera:

Como en los dos cargos formulados en la demanda de casación se acusan las mismas disposiciones legales como violadas por el ad quem, como consecuencia de los mismos errores de hecho, la Sala ha querido enlazarlos para resolverlos de una sola vez.

En el "alcance de la impugnación" el recurrente indica que se propone obtener la invalidación del

fallo acusado en cuanto por él se absuelve al Consorcio demandado de tener que pagar al doctor Herrera Gómez "a título de honorarios" la cantidad impetrada en la demanda inicial y que, convertida la Corte en Tribunal de instancia profiera las condenaciones en la cuantía que se determina en la sustentación de los cargos formulados, y, en el capítulo "causal de casación invocada" expresa el impugnador que el Tribunal violó por vía indirecta y como consecuencia de errores de hecho en la estimación de pruebas "textos legales de orden nacional y de carácter laboral" al no condenar al consorcio demandado a pagar al doctor Herrera Gómez "a título de honorarios" la cantidad de un millón quinientos mil pesos, pese a lo cual y a la reiterada manifestación de que la inconformidad con el fallo impugnado estriba en la absolución por "honorarios", acusa como infringido por el sentenciador el art. 57, regla 4a., del C. S. del T., cuando las normas que ha debido señalar como violadas por éste, no pueden ser otras que las de orden civil o comercial que consagran los derechos que estima conculcados por la sentencia el recurrente, lo que hace que esta circunstancia, por el aspecto anotado, haga ineficaces los cargos formulados, ya que el dicho texto establece las "obligaciones especiales del patrono", o en otras palabras, obligaciones que la ley impone a los patronos, como inherentes al contrato de trabajo, cuva existencia no se pretende establecer con el recurso de casación intentado. Sobre cuestión similar dijo esta Corte: "Además, mencionar normas laborales como infringidas en el caso de autos, es absolutamente improcedente, porque en tratándose de un juicio que persigue el reconocimiento de honorarios, las disposiciones sustantivas supuestamente violadas no han podido ser otras que las de los Códigos Civil v Comercial que versan sobre el mandato".

El Decr. 456 de 1956 regula lo relativo a la jurisdicción, a la competencia y al trámite, en los juicios sobre reconocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cuando atribuye a la justicia laboral su conocimiento. En otras palabras, que este decreto simplemente sustrae del conocimiento de la justicia ordinaria civil el de los negocios de la naturaleza expresada, para atribuírselo a la justicia del trabajo y al mismo tiempo señala la vía ordinaria laboral para la decisión de estos procesos y el procedimiento del juicio ejecutivo laboral para su cumplimiento. Quiere decir esto que la acción subsidiaria contenida en el libelo que inició la litis era del conocimiento de los jueces laborales. Mas, al

acusar el casacionista el art. 56 del C. de P.L., sin señalar las normas sustanciales supuestamente violadas, para el reconocimiento de los honorarios por el sentenciador, se ha quedado a medio camino, porque como lo ha dicho reiteradamente la Corte, las disposiciones procesales no son suficientes para lograr la prosperidad de los cargos por sí solas, "si no en cuanto a través de ellas se haya violado una norma consagratoria de derechos u obligaciones. por lo cual es incompleto aquel en que no se formulan disposiciones de la última clase mencionada". Como se vio anteriormente, el casacionista olvidó señalar las normas que estima violadas, consagratorias de derechos de los Códigos Civil y Comercial, sobre el mandato, circunstancia esta otra que contribuve a restarle prosperidad a los cargos que ha formulado.

Ahora bien, para completar el estudio de los cargos formulados, basta con observar que los

arts. 1.602 y 1.603 del C. C., que estima el impugnador como infringidos por el sentenciador, como consecuencia de la violación de medio del art. 56 del C. de P. L., no consagran derechos ni establecen obligaciones, como su sola lectura lo indica.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION

(Técnica)

Las modalidades de infracción de la ley en forma directa y por errónea interpretación. no son perfinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación Sección Primera— Bogotá. abril veinticinco de mil novecientos sesenta v nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 24).

Florentino Martínez Martínez, por medio de apoderado, demandó a la Sociedad "Acerías Paz del Río S. A.", domiciliada en esta ciudad, para el pago de reajustes de salario, indemnización moratoria, recargo por trabajo nocturno, remuneración por trabajo en domingos y demás festivos, cesantía, reajuste de vacaciones y de primas de servicio, preaviso y perjuicios morales.

Como hechos anota, en síntesis, los siguientes:

Trabajó al servicio de la sociedad demandada durante 3 años, 10 meses y 28 días, del 17 de septiembre de 1954 al 14 de agosto de 1958. con diferentes salarios: \$9.00 diarios y una prima de producción de \$70.00 mensuales. del 17 de septiembre de 1954 al 17 de septiembre de 1955; \$10.00 diarios, y una prima de alimentación de \$70.00 mensuales, del 14 de septiembre de 1955 al 17 de marzo de 1956; \$11.00 diarios, prima de alimentación de \$ 1.20 por día y prima mensual de produc-ción de \$70.00 del 14 de marzo al 31 de agosto de 1956; \$13.20 diarios, prima mensual de producción de \$70.00 y prima de alimentación de \$ 1.30 del 31 de agosto de 1956 al 10. de julio de 1957 y de esta fecha a la de terminación del contrato \$445.00 mensuales, prima de producción de \$60.00 y prima de alimentación de \$ 1.50.

Afirma que en el período comprendido entre el 20 de julio de 1957 y el 14 de agosto de 1958 debió devengar sin incluir la prima de alimentación, un salario mensual de \$571.80 de con-

formidad con el aumento consagrado en la convención colectiva de trabajo, suscrita entre la empresa y el Sindicato de Trabajadores de la misma. Que el contrato fue a término indefinido y el despido, injusto e intempestivo, tuvo lugar el 13 de agosto de 1958. Que como el pago de sus prestaciones fue hecho el 22 de agosto de ese año, se le adeuda lo equivalente a 9 días de salario, a título de "salarios caídos". Que laboró en tres turnos rotativos de 6 días cada uno, así: de 5 a.m. a 1.p.m. de 1 p.m. a 9 p.m. y de 9 p.m. a 5 a.m. sin que se le hubiese pagado el recargo del 35%. Que trabajó en domingos y feriados y la empresa no le ha pagado el salario correspondiente. Tampoco la suma de \$1.977.67 por cesantía. Ni el valor del preaviso, ni las indemnizaciones por mora y daño emergente.

En la contestación, el representante de la sociedad se opone a las solicitudes de la demanda, afirma que la empresa pagó al actor todas las deudas originadas en la relación laboral sostenida con él, y propone las excepciones de pago o compensación y prescripción.

El Juzgado 2o. Civil del Circuito de Sogamoso, que fue el del conocimiento, declaró no probadas las excepciones de compensación y prescripción, condenó al pago de \$159.93 por mora y \$533.10 por preaviso. Absolvió de los demás cargos y no condenó en costas.

Apelaron los apoderados de ambas partes, y el Tribunal Superior de Tunja, en providencia del 12 de abril de 1961, revocó la condenación por preaviso y en su lugar, condenó al pago de \$586.41 como indemnización por lucro cesante, decidiendo que de esta suma se descontaran \$244.42 que la empresa dio al demandante como preaviso. Revocó la absolución en costas y dedujo a cargo de la sociedad la cuarta parte de las que se causaron en la primera instancia. Confirmó en lo demás, sin costas en la segunda instancia.

El apoderado del actor interpuso el recurso de casación que le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo y del escrito de oposición.

El recurso

Persigue que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida para que, como Tribunal de instancia, condene a "Acerías Paz del Río S. A." a pagar a Florentino Martínez, \$855.60 por reajuste de salario de acuerdo con la convención celebrada; lo que se determine como indemnización moratoria; \$3.827.24 valor del recargo por trabajo nocturno y las sumas que resulten por trabajo en domingos y demás festivos, cesantías, vacaciones y primas de servicio. Además, las costas del juicio.

Con fundamento en la causal primera del art. 87 del C. P. L. formula estos cargos:

Primero. "La sentencia acusada es violatoria por vía indirecta de los preceptos de orden nacional contenidos en los arts. 10. y 30. del Dcr. 118 de 1957, por aplicación indebida, 468, 467, 470, 16, 14, 13, 65, 127, 249, 253, 186, 192 y 306 del C. S. del T. 53 del C. de R. P. y M. (art. 11 y 12 del C. C., art. 25 del Dcr. 118 de 1957), 1757 del C. C. y 595 del C. J., todos estos últimos por falla de aplicación, a casos sometidos a su regulación, a consecuencia de errores evidentes de hecho en que incurrió el sentenciador de segunda instancia, al apreciar equivocadamente determinadas pruebas y dejar de estimar o apreciar otras, que a continuación se individualizan".

Refiriéndose a las pruebas estimadas erradamente, transcribe las cláusulas primera y cuarta de la convención colectiva, suscrita entre la sociedad demandada y el Sindicato, el 17 de julio de 1957, y agrega que sinembargo el Tribunal Superior de Tunja sostiene que el aumento de salario consagrado en ellas coincide con la fecha en que empezó la vigencia del aumento ordenado en el art. 1o. del Dcr. 118 de 1957, lo que es falso, porque al leer la cláusula cuarta del convenio colectivo, comprende que el aumento de salario en él previsto debió ser pagado en la última década de julio. Luego hay contradicción entre la realidad probatoria que ofrece ese antecedente convencional y la tesis del ad quem cuyo análisis en ese punto revela un evidente error.

También fue equivocada la apreciación del

convenio colectivo —continúa la censura—porque se entendió que los aumentos de salario que él contempla entraron en vigencia el lo. de julio de 1957 y aun desde tiempo atrás, o sea, a partir del 10. de marzo de ese año, involucrando así el aumento del Dcr. 118 con el de la convención, lo que trajo como consecuencia que los arts. 10. y 30. de aquel estatuto fuesen aplicados indebidamente

Y es. igualmente, errada esa apreciación, porque no tuvo en cuenta que la convención fue suscrita el 17 de julio de 1957, 17 días después de que el citado Decreto inició su vigencia con el consiguiente aumento de salarios, o sea que el aumento legal se produjo el 10. de julio y el 17 del mismo mes el convencional, independiente del primero por su origen y su fuente jurídica. No se pueden confundir los dos aumentos, porque el legal fue ordenado el 21 de junio de 1957 al entrar a regir en esta fecha el Dcr. 118 que señaló el 10. de julio del mismo año para el reajuste automático de los salarios, creando por este aspecto una situación jurídica sin tomar en cuenta el hecho de futuros aumentos mediante convenios particulares o colectivos. De donde se concluye que el aumento legal surtió sus efectos inmediatos a partir del 10. de julio del mentado año, y el convencional el 17 de ese mes, lo que significa que fue aumentada dos veces la remuneración del demandante.

Que la nota dirigida a Florentino Martínez, visible a fl. 46 del expediente, comunicándole un aumento de salarios de conformidad conla convención, fue apreciada equi ocadamente, porque aquel no la recibió ni fue notificado
de su contenido, como se infiere de la respuesta a la pregunta 3a. del pliego de posiciones,
en la que Martínez afirma que "por los volantes de pago" se enteró del aumento de su salario a \$ 13.20 y aproximadamente un mes después a él y a los demás capataces se les hizo
firmar un contrato con sueldo de \$ 445.00 mensuales.

Porque de la simple lectura de ese documento se desprende que él no registra el aumento convencional, sino el legal ordenado en el art 10. del Dcr. 118 de 1957, pues el primero regía a partir de la última década de julio de ese año y el segundo a partir del 10. del mismo mes, lo que indica que a pesar de que la nota habla del reajuste de la convención, debe entenderse que se refiere al aumento automático del Decreto.

Porque tal documento, por sí mismo, no es eficaz para demostrar el pago del aumento, y resulta ilegal relevar de la carga probatoria a quien alega la extinción de una obligación. Como el Tribunal le da a este escrito un alcance probatorio que no tiene, incurrió en ostensible error de hecho en su apreciación.

El juzgador de segunda instancia —continúa el cargo— le atribuye al demandante una confesión relativa al hecho de haber recibido el aumento pactado, el 1o. de julio de 1957 y esto no escierto. El absolvente "confesó que sí había recibido un aumento de salarios para la fecha preindicada, haciendo la salvedad que a él no se le había notificado del aumento convencional, dando a entender que se trataba del aumento legal automático establecido en Dcr. 118 de 1957".

Como pruebas no estimadas, relaciona las siguientes: el comprobante de pago de prestaciones sociales que obra a fl. 26 del expediente, pues el fallador no encontró elemento de juicio diferente a la comunicación de la empresa como prueba del salario y apreció el que ésta tuvo en cuenta como base para los aumentos, incurriendo así en una estimación contraria a la realidad probatoria que ofrece el documento citado, porque éste, en la parte final, registra el jornal de \$12.20 como el que Martínez devengó en el período comprendido de sept. 17 de 1954 a 30 de junio de 1957. De donde resulta que el aumento a \$13.20 como lo confiesa el demandante, equivale a un 15% computado sobre el salario anterior, es decir, al porcentaje previsto en el Decreto. Con el aumento de la convención, que es del 18%, el jornal de \$12.20 se elevaría a \$14.40, lo que no coincide con la confesión de la empresa hecha en el documento de fls. 46.

Lo anterior se corrobora -continúa la censura- mediante el estudio de los comprobantes o volantes de pago, visibles a fls. 3, 4, 5, 15, 13, 14, y 17 del expediente, demostrativos de que el salario de Martínez fue aumentado en cumplimiento del Decreto y no de la convención como lo entendió el Tribunal por no haberlos apreciado. Tales errores —dice— condujeron a la absolución por el aspecto del aumento convencional y en cuanto al reajuste de las prestaciones. Y los presenta en 16 formas que se sintetizan así: dar por demostrado, sin estarlo, que la sociedad demandada pagó al trabajador el aumento estipulado en la convención y que ésta tenía efecto retroactivo al 1o. de julio de 1957, considerando así que el aumento en ella ordenado es el mismo del Dcr. 118 de ese año. No dar por demostrado, estándolo, que el aumento convencional solo empezó a regir en la última década del mes de julio de 1957 y que el convenio se firmó el 17 de ese mes. Dar por establecido, no estándolo, que la empresa pagó totalmente a Martínez los salarios y prestaciones, a la terminación del contrato y que por tanto no hubo retención indebida de ellos.

Finaliza el acusador la demostración de este cargo explicando de qué manera los errores que él ha puntualizado, condujeron a la infracción de las normas legales enunciadas y a los pronunciamientos absolutorios de la sentencia.

Se considera:

La sentencia acusada dice en lo pertinente: "Reajuste convencional de salarios: Los hechos relacionados en los puntos 10. y 20. de la demanda, dejan comprender que el actor aspira al reajuste de salarios proveniente de las estipulaciones pactadas, entre la Empresa Acerías Paz de Río y su Sindicato de Trabajadores, en la Convención Colectiva de Trabajo que, aunque no fue determinada en la demanda, se debe entender que es aquella allegada al juicio en copia autenticada por la División de asuntos Industriales del Ministerio de Trabajo".

Esta Convención suscrita el 17 de julio de 1957, contiene, entre otras las siguientes cláusulas:

"Cláusula primera. Salarios: la Empresa aumentará los salarios del personal cobijado por esta Convención en la forma siguiente:

- a) Salarios hasta de \$13.33 diarios. o \$400.00 mensuales sin involucrar prima de alimentación 18%.
- b) Salarios de \$13.36 o \$401.00 mensuales hasta \$1.000.00 mensuales sin involucrar prima de alimentación 13%.

Cuando el salario básico aumentado no produzca una cifra final de 5 ó 0 se aproximará por lo alto a 5 ó 0, si fuere superior a 2, 6, 7 y por lo bajo a 0 ó 5 si fuere de 2 o menos o de 7 o menos. (Ejemplo \$ 4.33 se aumentará a \$ 4.35; \$ 4.27 se bajará a \$ 4.25)".

"Clásula cuarta. Especial. Los aumentos de salario y de prima de alimentación se harán efectivos desde el presente mes; los trabajadores recibirán en la última década de

julio tales aumentos doblados por una sola vez, y en los meses sucesivos se pagarán de acuerdo con lo pactado en la Cláusula Primera".

Nos. 2310, 2311 y 2312

"Como fácilmente se observa el anterior aumento convencional coincide con la fecha en que empezó a regir el aumento legal de salarios establecido por el art. 10. del Dcr. 118 de 1957, v. como ese aumento convencional fue acordado en una proporción mayor a la fijada por el artículo citado, la empresa quedaba exenta del cumplimiento de tal disposición en virtud de lo previsto en el art. 30, del mismo Decreto. Se hace esta advertencia porque el actor, al invocar el mencionado Decreto en los fundamentos de derecho consignados en la demanda, viene a sugerir que la empresa demandada tenía la obligación de pagar el aumento legal a más del aumento convencional, pactado".

"Siendo exigible el aumento convencional desde el 10, de julio de 1957, le correspondía al actor demostrar en el juicio cuál era el salario que devengaba con anterioridad a esa fecha, con el fin de determinar el correspondiente aumento".

"Según las aseveraciones de la demanda el ' actor devengó del 31 de agosto de 1956 al 1o. de julio de 1957 un salario diario de \$13.20. aseveración que quedó desprovista de toda prueba y sin elemento de información alguno que la explique".

"Sin embargo, al fl. 46 del cuaderno de la primera instancia, se encuentra una comunicación dirigida por la Empresa al trabajador Florentino Martínez, por medio de la cual se le informa que su salario de \$ 11.00 u \$ 12.20 fue aumentado a \$ 12.00 o \$ 12.20, a partir del 1o. de julio de 1957 de acuerdo con la Cláusula Primera de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita el 17 de ese mes".

"En referencia a la comunicación aludida, el demandante Florentino Martínez se expresó así en las posiciones que absolvió el diez de septiembre de mil novecientos cincuenta y nue-

"Solamente por alla en el mes de julio de 1957, supe por los volantes de pago que se me había aumentado el sueldo a \$13.20 y poco más o menos un mes después se nos hizo firmar a los capataces un contrato de sueldo de cuatrocientos cuarenta y cinco pesos mensuales (\$445.00). Leida la aprobó 4. Cómo es cierto, sí o no, que a partir del primero de julio de 1957 usted recibió una remuneración o salario mayor que el que estaba ganando y había venido percibiendo hasta fines de junio de dicho año (1957). Contestó: Es cierto como va lo dije". (Subrava el Tribunal)".

427

"De las anteriores respuestas se deduce que el actor tuvo conocimiento oportuno del aumento convencional a que alude la mencionada comunicación v que ese aumento le fue pagado. Y si en tal ocasión no formuló reparo alguno. se infiere que el salario anterior correspondía al indicado en esa comunicación y que el aumento hecho era el que, en realidad, pertenecía".

"Por otra parte, como no se encuentra a través (sic) elemento válido de convicción distinto del que proviene de la comunicación que se comenta, es forzoso aceptar el salario anterior que allí se tuvo como básico para el aumento convencional, aumento que fue liquidado en la proporción señalada por la "Cláusula primera" transcrita atrás como puede verificarse al realizar las operaciones aritméticas pertinentes".

"Carece, pues, de fundamento la petición de reajuste y pago de salarios emanada del aumento acordado en la Convención Colectiva de Trabajo, como quiera que, se repite, el aumento se hizo de acuerdo con tal pacto colectivo y fue cubierto al trabajador demandante como lo confesó en las posiciones que absolvió. Por lo tanto, debe absolverse a l'a empresa demandada como acertadamente lo hizo el Juzgado en la sentencia recurrida".

No halla esta Sala que el ad quem hubiese llegado a tal decisión como consecuencia de los errores ostensibles de hecho que se le atribuven. La afirmación del actor de haber devengado un jornal de \$13.20 en el lapso del 31 de agosto de 1956 a julio 1o. de 1957, no está pro bada, y la comunicación de folios 46 que la empresa le dirigió informándole partir del 1o. de julio de 1957, su salario de \$11.20 fue aumentado a \$13.20, en verdad constituye una prueba de indiscutible valor, porque en relación con los hechos a que ella se refiere, aquel fue interrogado en posiciones y expresó que "por los volantes de pago" tuvo conocimiento en ese mes de julio sobre el aumento del salario a \$13.20 y que aproximadamente un mes después a él y a los demás capataces se les hizo firmar un contrato con sueldo de \$445.00 mensuales. Esta manifestación del actor indica, lógicamente, que el 30 de junio de 1957 devengaba un jornal inferior a \$13.20, lo que está en contradicción con el planteamiento que, por este aspecto, hace en su demanda.

Ahora bien: apreciando el documento de folios 46, como lo hizo el Tribunal, a fin de conocer el salario diario que el actor devengaba en 30 de junio de 1957, se desprende que éste era de \$11.20, el cual se eleva a \$13.20 aplicándole el porcentaje de aumento del 18% previsto en la convención.

Pero el casacionista dice que el Tribunal no estimó el comprobante de pago sobre prestaciones sociales, que en el capítulo denominado imputación hace referencia a un salario de \$12.20 en el período comprendido entre el 17 de septiembre de 1954 y el 30 de junio de 1957, lo que indica que el aumento a \$13.20 no es el consagrado en la convención sino el legal, puesto que aquel, sobre el jornal de \$12.20 lo elevaría a \$14.40, que no coincide con el que la empresa confiesa en la comunicación de fls. 46.

La Sala observa: en verdad el comprobante sobre pago de prestaciones, a que alude la censura, registra la suma de \$ 1.184.80 como valor de la cesantía por el tiempo servido del 17 de septiembre de 1954 al 30 de junio de 1957 y un jornal de \$ 12.20. Pero el mismo documento, contiene el valor de aquella prestación por el lapso del 10. de julio de 1957 al 14 de agosto de 1958, y la suma de \$ 445.65 como sueldo mensual.

Esta asignación aparece estipulada en el contrato que las partes firmaron el 10, de marzo de 1958, fls. 28 y 29 lo que permitiría aceptar que su vigencia empezó en esta fecha. Pero el actor manifiesta en posiciones que en el mes de julio de 1957 supo del aumento a \$13.20 y aproximadamente un mes después un contrato con sueldo de \$ 445.00 sin especificar desde qué día empezó a percibir esta nueva retribución que cubre el jornal de \$12.20 más el 18% señalado en el convenio colectivo. El Tribunal no se refiere en su sentencia, expresamente, a este antecedente, pero, como se desprende del estudio que de él ha hecho la Sala, su estimación en nada modifica la tesis del ad quem relativa al cumplimiento de la convención por parte de la sociedad demandada.

Por otra parte, el razonamiento del fallador para concluir que la empresa no estaba obligada a verificar los aumentos del Dcr. 118 de 1957, encuentra apoyo en las constancias procesales. Según las afirmaciones del mismo demandante, hechas en el libelo primitivo, la sociedad demandada ha tenido establecidas primas de producción y de alimentación que del 31 de agosto de 1956 al 10. de julio de 1957

fueron de \$70.00 mensuales \$1.30 diarios respectivamente, y de \$60.00 y \$1.50 de esta fecha en adelante, hasta la terminación del contrato. Tal antecedente fue apreciado por el Tribunal como fundamento de su decisión y el casacionista no demuestra que con ello aquel hubiera incurrido en un error de hecho ostensible y que por tanto hubiese aplicado indebidamente al art. 30. del Dcr. 118 de 1957, como lo afirma la censura. Los aumentos de la convención hechos a partir del 10. de julio de 1957 más la prima de alimentación son mayores que los obtenidos con el Decreto.

En cuanto a los comprobantes o volantes de pago, visibles a fls. 3 y ss. y que según el acusador no fueron apreciados por el Tribunal, se observa que ellos no tienen firma responsable y por tanto no pueden considerarse como medios de prueba sancionados por el derecho. Su estimación correcta o desacertada o su no estimación, son completamente ineficaces.

Segundo cargo. "La sentencia acusada es violatoria por interpretación errónea de los arts. 170 del C. S. del T., 1757 del C. C. y 595 del C. J., y por infracción directa de los arts. 168, 43, 10., 18, 13 y 14 del C. S. T., al no aplicar estas últimas disposiciones legales a casos sometidos a su regulación".

Afirma el casacionista, de acuerdo con el ad quem, que en el contrato de trabajo, en el reglamento y en la convención colectiva se estipuló que el personal que trabaja "en turnos rotatorios, de día y de noche, tienen un salario uniforme, en el cual está prevista equitativamente la sobrerremuneración correspondiente al trabajo nocturno ordinario". Que el trabajador demandó el pago del recargo por el trabajo nocturno, pero el reconocimiento le fue negado con base en esa estipulación contractual y porque se entendió que al actor le incumbía la carga de demostrar que el salario uniforme pactado no compensaba los recargos legales.

Agrega que el ad quem, al interpretar las cláusulas contractuales, "involucró en el salario fijo que devengaba mi mandante, el valor del recargo por el trabajo nocturno, sin saber cuál es en realidad el valor del salario que él devengaba en horas diurnas y sin determinar cuáles son los recargos legales por el trabajo nocturno, lo que es una perfecta burla para los intereses de Florentino Martínez, y que lesiona sus derechos mínimos e irrenunciables.

La Sala considera:

La sentencia acusada dice en uno de los pa-

sajes pertinentes:

"Habiéndose establecido que el demandante fue contratado y estaba obligado a prestar sus servicios en turnos rotatorios sin excluir de ellos las horas nocturnas y que el salario estipulado comprendía la respectiva compensación por el trabajo en tales horas, no puede prosperar esta pretensión del actor, tanto más cuanto no demostró que el salario así pactado no compensaba los recargos legales".

A este juicio no podía llegar el fallador sino mediante una actividad probatoria relacionada con el análisis de las cláusulas contractuales, especialmente de las que señalaban la modalidad del trabajo en turnos rotativos diurnos v nocturnos v el salario uniforme convenido para compensar esa labor, y el mismo casacionista, en el desarrollo de la censura, como se desprende del pasaje transcrito, se refiere a esta situación de hecho, puesto que le atribuve al ad quem una equivocación en la interpretación del acuerdo de voluntades entre las partes. Así, el cargo resulta mal formulado, porque las modalidades de infracción de la ley en forma directa y por errónea interpretación, no son pertinentes cuando se vinculan a actividades probatorias del sentenciador. Se rechaza la censura.

Tercer cargo. "La sentencia acusada es violatoria por vía indirecta de los preceptos de orden nacional, contenidos en los arts. 172, 173, 174, 175, 177, 179 y 180 del C. S. T., por aplicación indebida a casos sometidos a su regula-

B James P. H.

ción, (sic) a causa de errores evidentes de hecho, provenientes de la errónea interpretación de determinadas pruebas...".

Las pruebas que el impugnador considera erradamente estimadas son los volantes de pago que obran a fls. 3 y ss. demostrativos, en su opinión, de la labor cumplida por el demandante en domingos y feriados, que la empresa no retribuyó en su totalidad y que el Tribunal no tomó en cuenta en su sentencia.

Para inadmitir este ataque basta anotar, como se hizo en el estudio de uno de los cargos anteriores, que los documentos citados por el recurrente como erradamente estimados en la sentencia, carecen de firma responsable, y por tanto no puede aceptarse que ellos estén sancionados por el derecho como medios probatorios, siendo entonces ineficaz su correcta o desacertada estimación.

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 impugnada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón. Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

La acusación no debe constituir un alegato de instancia, y contemplar, además, debidamente, los diversos asuntos a que aspira y proponerlos con propiedad por la vía escoaida.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintiseis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón). (Acta No. 26).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Lorica (Córdoba) Manuel Cataño Echeverry es dueño de una empresa de carrotanques destinados al transporte de combustibles, en la que sirvió Eudaldo Romero Alvarez, primero como avudante de mecánica y luego como chofer, con sueldo último de \$ 500 mensuales, desde el 10. de agosto de 1957 hasta el 15 de diciembre de 1961, fecha en la que fue retirado injustamente de su trabajo, después de haber sufrido lesión en accidente de tránsito, sin que le cancelaran la cesantía, las vacaciones y las primas de servicios causadas, ni le indemnizaran el lucro cesante ni retribuído el trabajo de cuatro horas extras diarias ni el de los domingos y festivos, derechos laborales por los que Romero demandó a Cataño, para su reconocimiento y pago, así como el de la indemnización moratoria y las costas del juicio.

Se opuso el demandado a las pretensiones anteriores negando unos hechos, ateniéndose a lo que resultase probado respecto de otros y excepcionando falta de derecho para pedir, y, tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató condenando a Cataño Echeverry a pagar al demandante las sumas de \$2.187.21 por cesantía, \$500.00 por vacaciones, \$5.318.54 por domingos y feriados y \$2.000 por primas de servicios, con autorización al patrono para que retenga el valor de aquella primera prestación "hasta cuando la autoridad competente decida sobre el delito de abuso de confianza" que se le imputó a Eudaldo Romero,

"lo que le ocasionaría la pérdida de esta prestación en caso de que se le compruebe responsabilidad de conformidad con el art. 250 del C. S. T.". Absolvió de los demás extremos de la litis e impuso las costas a la parte demandada.

Esta decisión fue apelada por ambas partes litigantes y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, al decidir la alzada en fallo de 3 de junio de 1964, confirmó las condenas por cesantía y primas de servicio; reconoció vacaciones por cuatro años de trabajo en suma de \$1.000; revocó la relativa a domingos y feriados, así como la autorización al patrono para retener el auxilio de cesantía, y la absolución por los demás extremos de la litis aunque sin disponer nada en contrario. Declaró sin lugar a costas.

Contra la sentencia anterior interpusieron el recurso de casación los apoderados de Romero y de Cataño y habiéndoseles recibido en legal forma, el de aquél fue declarado desierto, por falta de sustentación, y procede a resolver el del demandado en la litis. No hubo escrito de oposición.

Se persigue el quebrantamiento parcial para que en la definición de instancia subsiguiente, con reforma de la de primer grado, se autorice la retención de la cesantía y se absuelva por vacaciones y primas de servicio.

Para estos efectos se acusa aplicación indebida de los arts. 22, 23, 24 y 25 sobre "contrato de trabajo", 186 y 189 sobre "vacaciones", 249, sobre "cesantía" y 306 sobre "primas de servicio", todos del C. S. T., a consecuencia de error manifiesto de hecho al no apreciar unas pruebas y al estimar equivocadamente otra, así: los testimonios que obran a los fls. 14 a 23 del 1er. cdno. y los documentos de los fls. 3 a 37 del de pruebas, que son las del grupo primero y la declaración de

renta y patrimonio del demandado, que constituye la del segundo.

En desarrollo del cargo, el recurrente dice que el Tribunal condenó a cesantía, en suma de \$2.187.21, correspondiente a 4 años, 4 meses y 15 días, con base en un sueldo de \$ 500.00, sin tomar en cuenta aquellas probanzas y sin practicar las que dejaron de producirse en la primera instancia; que estimó que la parte demandada no alegó la prescripción del art. 488 C. S. T. v por ello condenó a tres años de primas de servicios y a cuatro de vacaciones; que, además, respecto de las primas no observó que está probado el patrimonio inferior a \$ 200,000, del demandado. y que la mala conducta del demandante fue demostrada, pues se le despidió por justa causa al "haber dispuesto sin autorización de uno de los carro-tanques" haciéndolo pedazos, en accidente de circulación, con saldo de un muerto. Alega, finalmente, que el recurso del demandante fue declarado desierto y esta es otra "razón para absolver a su patrocinado, va que el actor no demostró otra cosa que falta de interés jurídico en la acción", y que el representante de Romero en el juicio ejercitó un poder mal otorgadó, defectuoso e incompleto para las reclamaciones que hizo, "las que por sí solas carecen de fundamento por no haber tenido el apoderado carácter de tal para haber solicitado pago de prestaciones e indemnizaciones de ninguna índole como se desprende de la simple lectura del poder, lo que a mi juicio invalida todo lo actuado".

Se considera:

La acusación anterior constituye un alegato de instancia, que no contempla, además, debidamente, los diversos asuntos a que aspira, ni los propone con propiedad por la vía escogida. Así, de la cesantía, prestación respecto de la cual lo que procura es el reconocimiento del derecho de retención, por parte del patrono, no incluye en la proposición jurídica el texto legal que lo establezca limitándose a citarlo en la alegación de desarrollo; estima que la condena no apreció determinadas probanzas y, aparte de no singularizar éstas convenientemente, pues remite a la Corte a las contenidas en todo un cuaderno, no indica en qué consistió el error y, menos, intenta demostrarlo. De la prescripción, conforme al art. 488 C. S. T., que tampoco incluye como violado, no menciona en qué pieza fue ella alegada ni destruye la apreciación que al respecto hizo el sentenciador. Acerca de las primas de servicio invoca el patrimonio del demandado, conforme a documento que dice mal apreciado y dejado de apreciar a un tiempo mismo, pero olvida que tal probanza no fue legalmente producida en el proceso, pues ni se la enunció ni se la decretó y se la adujo irregularmente, como se exhibe en el "cuaderno de pruebas" y en el acta de la audiencia de fl. 6 del cdno, del Tribunal. Acerca de la mala conducta del demandante, el recurrente no señala pruebas ni demuestra el error en que hubiese incurrido el fallador. Y respecto de las vacaciones no presenta razón alguna para que se quebrante la decisión indicial.

Finalmente, la declaratoria de deserción del recurso de su contraparte no conlleva demostración de su "falta de interés jurídico en la acción", ni la absolución del demandado que, obviamente, sólo podría lograrse mediante la prosperidad del interpuesto por el mismo, y conforme a sus fines. Como tampoco es procedente en el recurso extraordinario el planteamiento del tema de la insuficiencia del poder del representante del promotor del juicio, y menos que ella invalide lo actuado, en proceso que tuvo el asentimiento de dicho actor y en asunto no discutido en las instancias, aparte de que el mandato judicial conferido, aunque no hubiese discriminado las distintas acciones instauradas. legalmente las comprendía.

Todo lo anterior muestra que el cargo no consulta las exigencias técnicas del recurso, carece de fundamento en lo que alega y no puede prosperar.

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.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION

(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 27)

El apoderado de Hernando Sánchez Nieto interpuso recurso de casación contra le sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 12 de junio de 1967, en el juicio que figuro como demandado el Instituto Nacional de Fomento Municipal.

Sánchez Nieto pidió en el libelo que se condenara al Instituto mencionado a pagarle perjuicios, limitados a "daño emergente y lucro cesante", por el incumplimiento de parte del demandado al contrato que celebró con él fechado el 7 de septiembre de 1962, "previa la declaración de incumplimiento que en la misma sentencia debe hacerse". Estimó los perjuicios en la suma de \$ 72.255.00 m/cte.

En la demanda se expusieron como hechos los siguientes:

- 1. Que el Instituto por medio de su Junta Directiva determinó el 27 de marzo de 1962, tecnificar sus sistemas de trabajo y que posteriormente creó el curso de "Programadores de Sistemas Electrónicos", escogiendo por concurso para la especialización cinco (5) de sus empleados de la Sección de Contabilidad, y autorizando al Gerente para firmar los contratos respectivos con los concursantes favorecidos, estableciendo las relaciones obligatorias para las partes de acuerdo con la reglamentación vigente a fin de que se comprometieran "a prestar sus servicios al Instituto";
- 2. Que se estableció, también por la Junta Directiva, que una vez cumplida la etapa preliminar y aprobado el curso denominado "Introducción a la Programación de Sistemas Univac Solid State" por los concursantes como

empleados del Instituto gozarían de viáticos a razón de US. \$10.00 diarios para terminar la especialización de "Programadores" en la ciudad de México, la cual tendría una duración de 8 meses, una vez "que hubieran suscrito los ganadores los respectivos contratos";

- 3. Que el 20 de agosto de 1962 por carta No. 14078 se le comunicó al demandante su designación de "Programador en el Departamento de Contabilidad y Cartera Sección de Programadores de Sistemas Electrónicos", con asignación mensual de \$1.600.00, cargo éste que había ganado por concurso;
- 4. Que este nuevo cargo fue aceptado por el actor y de él se posesionó el 28 de agosto siguiente;
- 5. Que la Empresa Remington Rand Colombiana Ltda., se dirigió a la entidad demandada el 30 de agosto de 1962, comunicándole la aprobación del demandante, entre otros, "del curso de programadores de 'Univac Estado Solid'" (sic);
- 6. Que el Instituto suscribió el correspondiente contrato con Sánchez Nieto, para legalizar las condiciones que cada una de las partes debía cumplir y tendiente a la tecnificación de los servicios contables del demandado:
- 7. Que por parte del demandante se dio cumplimiento a todas y cada una de las cláusulas de dicho contrato que lleva fecha 7 de septiembre de 1962, desde cursar los estudios preliminares y aprobarlos, hasta "ponerse en disposición" de viajar a México, previa la prestación de la fianza a que se obligó por la suma de \$ 16,000,00:
- 8. Que la Remington Rand Colombiana Ltda. el 24 de septiembre de 1962, informó al Instituto sobre la fecha de terminación del curso de instrucción básica de Programación, dándole cuenta también de la próxima iniciación el 28 del mismo mes de un nuevo curso "Introducción a las Materias de Análisis y Diseño de Sistemas" con duración de una se-

mana y encaminado al establecimiento de un sistema electrónico de procesamiento de datos. Se agrega que paralelo a este curso, se elaborarían los diagramas generales de los primeros trabajos del Instituto incorporándolos al sistema y, finalmente que, el 10. de octubre del mismo año la Remington hizo llegar al Instituto la constancia de que Sánchez Nieto había terminado en esa fecha "satisfactoriamente" el curso de introducción a la programación de nuestro sistema electrónico Univac Solid State:

- 9. Que por Res. 91259 de 1963, se nombró al demandante en el cargo de "Programador de la Sección de Programación Eléctrónica del Departamento de Contabilidad y Cartera", con una remuneración de \$1.720.00 mensuales que más tarde fue aumentada a \$2.500.00;
- 10. Que el Instituto incumplió las obligaciones contraídas con Sánchez Nieto, especialmente en lo establecido en las cláusulas III, IV y VII del contrato de 7 de septiembre de 1962:
- 11. Que el Instituto para burlar los derechos del demandante, sin existir causa justificada, el 11 de agosto de 1964, en forma insólita y contra derecho, suprimió a partir del 16 de los mismos mes y año, el cargo que para esa época desempeñaba Sánchez Nieto, comunicándole tal determinación el 12 del citado mes;
- 12. Que oportunamente el demandante interpuso recurso de reposición contra la determinación del Instituto;
- 13. Que a la intervención administrativa y directa contra los acuerdos del Instituto, se le puso fin una vez que hechas las gestiones del caso la demandada negó las reclamaciones que hizo Sánchez Nieto, alegando que su obligación "no era cierta" y
- 14. Que el demandante también sufrió perjuicios por haberse visto obligado "a realizar los bienes que tenía en esta ciudad para poder trasladarse a México.

En derecho fundó la demanda en los arts. 54, 48, 62 literal b), numerales 10. y 60.; 64, 66 y demás pertinentes del C. S. del T. y 1596, 1609, 1613 y 1614 del C. C., lo mismo que "el Dcr. 2158 de 1948 en lo adjetivo".

En memorial separado el apoderado del actor pidió que el auto admisorio de la demanda y el "juicio" le fuera notificado al Personero Municipal de Bogotá, D. E., como Agente del Ministerio Público.

El Juzgado del conocimiento que lo fue el 60. del Circuito Laboral de Bogotá, accedió a lo pedido.

Contestada la demanda por el Instituto, éste negó los hechos y dijo que se atenía a lo que resultara probado. Expresó que el contrato, cuya declaración de incumplimiento perseguía el actor no era de trabajo y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de causa y de título para pedir y "además cualquier otro hecho que resulte probado y que sea suficiente para hacer desaparecer la acción del demandante", y la dilatoria de declinatoria de jurisdicción.

El Delegado del Personero Municipal de Bogotá también contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del demandante y proponiendo las excepciones de "carencia de acción y de título e inexistencia de la obligación".

Una vez tramitada la primera instancia se dictó sentencia el 30 de noviembre de 1966, sobre la base de que no había existido contrato de trabajo entre las partes, y en la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación y carencia de causa y título para pedir (numeral primero) y como consecuencia, absolvió al Instituto Nacional de Fomento Municipal de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo (numeral segundo). Igualmente condenó en costas al demandante (numeral tercero, fl. 127, cdno. No. 1).

Apelada esta sentencia por el apoderado del demandante, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, esta Corporación por razones diferentes, en sentencia de fecha 12 de junio de 1967, absolvió a la parte demandada y no condenó en costas de la segunda instancia.

Dijo el Tribunal en su parte resolutiva:

"Modificanse los numerales primero y segundo del fallo apelado así: Absuélvase al Instituto Nacional de Fomento Municipal de todos los cargos formulados en el presente juicio, por Hernando Sánchez Nieto.

"Confirmase el numeral tercero del mismo fallo.

"Sin costas en esta instancia".

El recurso 1

El demandante no se conformó con la deci-

sión del Tribunal e interpuso contra el fallo recurso extraordinario de casación que le fue concedido y el que rituado en legal forma por esta Sala le decide mediante estudio de la demanda con que fue sustentado y contra la cual no se formuló escrito de réplica.

Se endereza el recurso a obtener que se case en todas sus partes la sentencia acusada, "en su parte resolutiva, numerales 10. a 30. y en su lugar se disponga hacer las condenaciones pedidas por la parte actora en el libelo que obra a folios 24 a 29", y agrega:

"Fundo pues, en derecho, la demanda de casación en lo preceptuado en el art. 60 numeral primero del Dcr. 528 de 1964, por ser la sentencia violatoria de la Ley sustantiva proveniente de apreciación errónea de la prueba y más concretamente error de hecho en la apreciación de la misma; y numeral segundo del antes citado decreto y artículo, por contener la sentencia decisiones que hacen más gravosas la situación de la parte por mí representada, que apeló de la segunda instancia".

Con base en lo transcrito, el recurrente habla luego de "la primera impugnación" que consiste según él en la errónea apreciación de la prueba".

Se considera:

En la demostración del cargo no se puede saber en realidad si la impugnación es por errónea apreciación de una prueba en particular, o de todo el haz probatorio del juicio. No se determina ninguna norma sustantiva de orden laboral violada y, en fin, puede afirmarse que el escrito en esta parte es un simple alegato de instancia, inatendible en casación.

No prospera el cargo.

"Segunda impugnación".

Dice el recurrente que la sentencia de segunda instancia contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de la parte demandante que fue la que apeló del fallo de primera instancia.

Para demostrar el cargo dice que la sentencia del a quo al declarar probadas las excepciones perentorias y absolver en consecuencia al Instituto de las peticiones del libelo, dejó abierto el campo a su representado para de-

mandar ante la justicia civil ordinaria por los perjuicios que le fueron ocasionados, pero que el Tribunal al decidir "que la acción sí era laboral", "ha hecho más gravosa su situación, pues ha fallado en forma definitiva, sin que por otra parte le quepa al señor Hernando Sánchez Nieto, volver a iniciar acción alguna para obtener la efectividad de su derecho, ya que aquello hace tránsito a cosa juzgada".

Se considera:

En la demanda con que se inició este juicio puede verse claramente que el demandante indica como fundamentos de derecho entre otros, los arts. 57, 48, 62 literal b) numerales 10. y 60.; 64 y 66 del C. S. T., que regulan las obligaciones especiales del patrono, la terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador, la indemnización de perjuicios por ruptura unilateral e ilegal de aquel y la manifestación del motivo de su terminación (fls. 29, cdno. No. 1).

Demandó pues el actor Sánchez Nieto al Instituto en el convencimiento de que su acción era de naturaleza laboral y esto fue lo que el Tribunal dijo, en la sentencia acusada.

El Tribunal simplemente consideró contra lo sostenido por el a quo, que sí se trataba de una relación laboral, pero absolvió al Instituto de los cargos o reclamos formulados en el libelo por razones diferentes a las expuestas por el Juzgado.

Por no haberse demostrado por el casacionista que el Tribunal en la sentencia recurrida hizo más gravosa su situación, no prospera el cargo.

A mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana..

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

Este cargo acusa violación directa, por aplicación a un hecho no demostrado en el juicio, de diferentes artículos del C. C. y consecuencialmente, en forma también directa, de diferentes artículos del C. S. del T.

Se considera: el cargo no puede estimarse por cuanto predica violación directa de la ley y aspira a demostrada sobre un supuesto de hecho completamente contrario al que afirma que dio por establecido el fallador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, veintiseis de abril de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 26).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Civil Municipal de Caucasia (Departamento de Antioquia) Francisco Rivera Muñoz y José Ignacio González Escobar, ambos de las generalidades que registran los autos, el 29 de marzo de 1961 celebraron en Medellín un contrato de trabajo relacionado con la administración, por parte del primero de ellos, de una finca del segundo denominada "El Reflejo" pero conocida también con el nombre de "La Gloria", ubicada en el corregimiento "La Ilusión", de aquella comprensión jurisdiccional. En cumplimiento de este contrato, al cual se fijó duración de cinco años, Rivera vinculó su fuerza de trabajo, bajo la continuada dependencia de González, a la administración de la dicha finca y luego a la de otras del mismo propietario, como se había previsto por sus celebrantes, mediante una remuneración equivalente a un 15% del mayor valor que adquirieran los inmuebles al término de aquel tiempo, respecto del precio de compra de ellos. Además, acordaron verbalmente, "por fuera del contrato de trabajo" antedicho, un mil pesos mensuales como salario base. Al vencimiento del vínculo, el 26 de marzo de 1966, González le quedó debiendo a Rivera el salario base de los años de 1964 y 1965, los meses de enero y febrero de 1966 y 26 días de marzo de este último año; el 15% del mayor valor pactado y las vacaciones, primas y prestaciones causadas, no obstante los esfuerzos que realizó para que se los cancelara.

Con apoyo en los hechos anteriores demandó las retribuciones y derechos indicados, así como la indemnización moratoria, las costas del juicio y toda otra suma que, por cualquier concepto, resultare probada.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor negando unos hechos, remitiéndose a la demostración de los otros y manifestando, en lo fundamental, que entre ellos no existió un contrato de trabajo sino uno de sociedad, en el que Rivera, como socio-administrador, tenía participación en la valorización de las fincas y en las utilidades y en las pérdidas y formulando las excepciones de inepta demanda, porque el demandante debía rendir primero cuenta de su administración y le debe fuertes sumas por ésta, prescripción y la genérica.

Tramitada la controversia el Juzgado del conocimiento la desató acogiendo la tesis principal de Rivera sobre la existencia del contrato de trabajo, rechazando las excepciones, la primera de las cuales fue resuelta como dilatoria en la primera audiencia de trámite, y condenando a González Escobar al pago de \$77.962,75 por los conceptos de salarios insolutos (\$47.490,00), "caídos" (\$20.579,00), cesantía (\$3.957,50), primas (\$3.957,50) y vacaciones (\$1.978,75) y manifestando, además, "que en caso de desobedecimiento incurrirá el demandado en la sanción establecida por el art. 65 del C. S. del T., por cada día de retardo". Impuso las costas a la parte vencida.

Por apelación de ambas partes litigantes pasó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yarumal (Antioquia) entidad que por medio de su Sala Civil-Laboral juzgó, en sentencia de 28 de agostó de 1968, que "las relaciones jurídicas y contractuales de demandante y

demandado no permanecieron estáticas nifueron unas mismas a lo largo del precitado período de cinco (5) años, sino que, manifiestamente, tuvieron una clara evolución y un cambio continuo de formas y estructuras convencionales, pues que pasaron del antedicho contrato de sociedad destinada al fomento de la agricultura y la ganadería a convertirse, quizá, en un contrato laboral de administración y mayordomía, para concluir luego en un contrato de arrendamiento de las finças". Lo primero lo apreció, principalmente, del documento privado suscrito por los litigantes, que registra la retribución de Rivera "por razón de la administración de las fincas", en "un quince (15%) por ciento de la valorización de las mismas", al término de los cinco años de la convención, y en un 20% de las utilidades obtenidas de los ganados; lo segundo. del documento de fl. 4. sobre mavordomía del demandante con remuneración de mil pesos mensuales, en relación con las piezas de los fls. 20, 15 v, 16, 17, 21, 34 y 480, para los efectos de la autenticidad de aquel, y lo último de las posiciones absueltas por Rivera. Respecto de la actividad asalariada de éste, que "sí correspondería a un verdadero contrato laboral". expresó que "debió desenvolverse necesariamente durante un lapso intermedio entre el período atinente a la antealudida sociedad agrícola v ganadera y el que hace referencia al contrato de arrendamiento de las fincas o pastos, por el término de cinco (5) años", mas sin que las pruebas acrediten el tiempo de esa mayordomía. Por todo lo cual el ad quem resolvió:

- "1. Se revoca la providencia que por apelación se revisa, de la fecha indicada antes y que es obra del señor Juez Municipal de Caucasia. En su lugar y por falta de prueba adecuada, se absuelve al demandado José Ignacio González Escobar, de las condiciones civiles conocidas de autos, respecto de las prestaciones sociales inherentes al contrato laboral a que éste proceso se contrae, o sea al período de tiempo que el demandante Francisco Rivera Muñoz realmente haya servido a dicho profesional como mayordomo o administrador asalariado.
- "2. Se declara probada la excepción perentoria temporal denominada 'petición de modo indebido' en lo atinente a las obligaciones y derechos de las partes que sean deducibles de los antealudidos contratos de sociedad y arrendamiento.

"Sin costas en esta instancia porque el recurso se surtió a iniciativa de ambas partes y en favor de ambos interesados". Contra la sentencia anterior interpuso el recurso extraordinario el apoderado de Rivera Muñoz y habiéndosele recibido en legal forma se le va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El libelo de casación persigue el quebrantamiento total del fallo mencionado para que en la decisión de instancia subsiguiente se hagan "las condenaciones pedidas en la demanda introductoria del juicio". En subsidio, las mismas condenaciones de la primera instancia y en subsidio de lo anterior, "las que se desprendan de los cargos prósperos". Al efecto se formulan los cinco ataques siguientes:

Primer cargo

Acusa violación directa, por omisión de su aplicación, de los arts. 22, 23, 24 y 127 C. S. T., en relación con los arts. 27, 128, 129, 132, 133 y 134 del mismo estatuto, a consecuencia de la cual se infringieron también directamente sus arts. 249, 186, 192, 306 y 65.

Para sustentarlo, el recurrente transcribe pasajes de la sentencia en que el Tribunal apreció el documento privado suscrito por los litigantes, sobre la administración de las fincas por el actor, con una remuneración del 15% de la valorización de las mismas y el certificado o constancia expedida por el demandado conforme a la cual Rivera desempeñó el oficio de mayordomo con sueldo de mil pesos mensuales y censura que, a pesar de ello, se resistió, a aplicar los textos légales citados que regulan los elementos del contrato de trabajo y consagran los derechos reclamados en la litis.

Se considera:

El recurrente no presenta del modo debido las distintas apreciaciones que hizo el ad quem acerca de la situación litigiosa - precisada por la Sala en la forma transcrita y muestra las definiciones judiciales como si hubiesen estimado la existencia de los elementos de un contrato de trabajo durante todo el tiempo de vinculación de los litigantes, pese a lo cual no aplicó las reglas legales sobre tal existencia ni, en consecuencia, las prestacionales sobre las acciones de la litis. Mas, como se vio, para el Tribunal esa vinculación fue cambiante y contuvo sociedad, mayordomía y arrendamientos en lapsos diversos, los últimos de los cuales no pudieron precisarse en las probanzas y solo el segundo habría configurado relación de trabajo dependiente.

Entonces, el ataque padece confusión y obliga a distinguir: si lo que pretende es que toda la relación fue apreciada por el Tribunal como de contrato de trabajo, pese a lo cual no se aplicaron los textos debidos —v de aquí el concepto de violación directa- aquel supuesto fáctico no es cierto, pues muy otra fue la consideración del adquem; si el concepto expresado sólo se refiere al tiempo de mayordomía, el cargo no es estimable. pues la absolución no obedeció a desconocimiento de la figura laboral, sino a su falta de fijación en el tiempo, conforme a las probanzas, por lo cual el asunto, no alegado, tampoco puede considerarse por la vía escogida; y si, finalmente, lo que se pretende es que el fallador desconoció la existencia del contrato de trabajo por todo el tiempo de la vinculación, y el acusador la estima demostrada, el estudio habría que adelantarlo a través del material probatorio, por concepto distinto del formulado, pues el directo se contrae a la norma misma con independencia de toda cuestión fáctica.

Nos. 2310, 2311 y 2312

El cargo, por lo expuesto, es inatendible.

Segundo cargo:

Acusa violación directa, por aplicación a un hecho no demostrado en el juicio, de los arts. 2079 y 2081 C. C. y consecuencialmente, en forma también directa, de los arts. 22, 23, 24, 27, 127, 128, 132, 133, 134, 249, 186, 192, 306 y 65 del C. S. T.

Para el acusador, en el expediente no hay prueba de los supuestos de hecho de las disposiciones primeramente señaladas del Código Civil, sobre sociedad, y el Tribunal los dio por establecidos tomando "como verdad averiguada la afirmación no probada del demandado de existir sociedad en vez de contrato de trabajo entre Francisco Rivera Muñoz y José Ignacio González Escobar".

Se considera:

El cargo no puede estimarse por cuanto predica violación directa de la ley y aspira a demostrarla sobre un supuesto de hecho completamente contrario al que afirma que dio por establecido el fallador.

Y si en razón de las distinciones que se precisaron en la solución del ataque primero, no atendidas por el recurrente, se estimara que la violación directa está referida al lapso de mayordomía, es claro que a él no fueron aplicados los textos del Código Civil. Como también lo es que el estimado como de sociedad se reguló por esos preceptos, y consecuencialmente inaplicables las labores. Con lo cual quien afirme e intente demostrar una vinculación distinta conforme a las probanzas ha de acusar por la vía indirecta, con señalamiento y estudio de las pruebas y exhibición de error de hecho o de derecho.

Se rechaza el cargo, en consecuencia.

Tercer cargo:

Acusa infracción directa de los mismos textos civiles y laborales del cargo anterior, porque "el fallador dio por averiguado, sin estarlo, existencia de sociedad en vez de contrato de trabajo" entre los litigantes.

Pero, como los ataques anteriores, éste se basa en la apreciación opuesta del recurrente, esto es, se afirma contra lo deducido por el ad quem en razón del material probatorio, que hubo contrato de trabajo, lo que no permite el estudio por la vía directa escogida. Ha de anotarse, igualmente, que está concebido como si el Tribunal hubiese apreciado toda la relación como de sociedad, sin reparar en que distinguió un lapso de vinculación laboral, al cual ni aplicó aquellos preceptos civiles ni pudo aplicar los laborales, no por ignorancia o rebeldía, sino por falta de fijación en el tiempo conforme a las probanzas.

El cargo, como los dos primeros, es antitécnico e infundado. Por lo tanto, se le rechaza.

Cuarto cargo:

Acusa aplicación indebida del art. 134 CST., pues el Tribunal le dio un alcance que no tiene haciéndole producir consecuencias no queridas por el legislador, a consecuencia de lo cual se violaron, por falta de aplicación, los mismos textos laborales citados en los tres cargos primeros.

Se considera:

El ataque se refiere a que el fallador, al examinar el documento de fl. 2, que recogió el convenio primitivo de los litigantes sobre la administración por Rivera de las fincas de González, apreció, respecto del pago de la retribución al término de cinco años, que él no se compadecía con la regulación del art. 134 CST acerca del período de pago de los sueldos, que no

puede ser mayor de un mes. Y, ciertamente, en esto encontró un indicio de que las relaciones eran de sociedad y no de trabajo dependiente. En rigor, la inferencia no es arbitraria, pues una retribución convenida en aquella forma, según la dicha pieza, no parece ajustarse al concepto salarial característico de un contrato de la naturaleza afirmada por el actor. Pero tal apreciación apenas corroborró el juicio del ad quem formado sobre varias probanzas, estas sí directas, que el recurrente no señala como configurantes de error. Con lo cual, aunque se reconozca que la estipulación referida no desvirtúa necesariamente la existencia del contrato laboral, la conclusión del fallador no reposa únicamente en el indicio mencionado, sino en otras pruebas, cuya apreciación no ha sido impugnada y que la mantienen suficientemente.

Como lo anota el opositor, la censura no tiene incidencia y no puede prosperar.

Quinto cargo:

Por la vía indirecta acusa violación de los arts. 22, 23, 24, 27, 127, 128, 132, 249, 186, 192, 306 y 65 del CST., a consecuencia de no haber apreciado los documentos de los fls. 6 a 8 y 15, 16, 17, 18 y 21, provenientes todos del demandado y que acreditan los elementos constitutivos del contrato de trabajo, desconocido por el fallador.

Se considera:

Este cargo, a diferencia de los tres primeros, fue formulado por el concepto que correspondía a las apreciaciones opuestas del Tribunal y del acusador sobre la existencia del contrato de trabajo. Padece, sin embargo, del mismo error apuntado a aquéllos, consistente en que el recurrente no distingue entre las varias situaciones apreciadas por el ad quem y se refiere

a la resolución judicial como si ésta hubiese definido que durante toda la relación de autos lo que existió entre los litigantes fue un contrato de sociedad.

Mas orientando el ataque a lo debido, es cierto que el fallador no menciona en su providencia aquel documento de fl. 6 a 8, aunque sí apreció los otros al relacionarlos con el certificado de fl. 4. (fl. 127). Pero la falta de apreciación que se le imputa no configura error alguno, ya que la inexistencia del contrato laboral y el vínculo de sociedad apreciados, se dedujeron de pruebas plurales (documento primero de administración y posiciones del demandante) que no han sido destruídas en el recurso, ni en sí mismas ni en cuanto se ameritó de ellas, y tales probanzas constituyen soporte suficiente del fallo impugnado, que tampoco se desquicia al enfréntarsele las que esgrime el acusador. Pues éstas, no contienen reconocimiento de deuda laboral, ni indican elementos configurantes de un contrato de trabajo, ya que se refieren a deudas recíprocas por conceptos que no pueden juzgarse de subordinación y a negocios que tampoco son de índole dependiente. En ningún caso, ellas evidencian lo pretendido por el acusador.

Por lo tanto el cargo no es eficaz ni se exhibe fundado.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

En forma constante ha venido sosteniendo la jurisprudencia que la errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho, y que cuando se está en presencia de hechos cuya apreciación sirve para fundamentar el cargo, se desvirtúa en su esencia el motivo de casación denominado "interpretación errónea de la ley".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 26)

Se encuentra para decidir el recurso extraordinario de casación que el apoderado de la firma "Emilio Mettler & Cía." interpuso contra la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto —Sala Laboral—, el 19 de abril de 1963, en el juicio que adelantó contra la recurrente, Manuel Dolores Calvache.

LA LITIS

Manuel Dolores Calvache M. demandó por conducto de apoderado a la sociedad "Emilio Mettler & Cía.", domiciliada en Pasto y representada por su Gerente señor Herwin Helfer, para que en sentencia definitiva se hicieran a su favor y en contra de la demandada las siguientes condenas:

Primera. Que la sociedad Emilio Mettler & Cía. está obligada a pagarle, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, la cantidad de \$5.014.41 por lucro cesante, equivalente al tiempo faltante para cumplirse el término presuntivo del contrato laboral;

Segunda.- Que igualmente y dentro del mismo

plazo deberá pagarle la suma de \$ 17.443.33 por salarios ilegalmente retenidos.

Tercera. Que también deberá pagarle la cantidad de \$ 28.33 diarios por mora en el pago de las prestaciones sociales y salarios desde el 21 de diciembre de 1961 hasta el día de la cancelación y,

Cuarta. - Las costas del juicio.

Como hechos se expusieron los siguientes:

- a) Que el demandante prestó servicios a la Firma mediante "contrato de trabajo por tiempo indefinido", desempeñando el cargo de Jefe de Importaciones y Liquidaciones desde el 18 de diciembre de 1950 hasta el 21 del mismo mes de 1961;
- b) Que el 21 de diciembre de 1961, Emilio Mettler & Cía. dio por terminada la relación de trabajo existente, "en forma unilateral, sin previo aviso y sin justa causa, al retener y compensar ilegalmente, mediante orden del gerente de la sociedad y a través del cajero Sr. José Ignacio Martínez R., la prima de servicios por valor de \$800.00 correspondiente al año de 1961";
- c) Que esta terminación unilateral e ilegal del contrato produjo perjuicios al actor que se concretan al lucro cesante, o sea en el salario de 5 meses y 27 días;
- d) Que el último salario devengado por el demandante fue la suma de \$850.00 mensuales;
- e) Que durante la vigencia del contrato, la Fir ma retuvo y compensó a Calvache de su salario, sin su autorización, ni por orden judicial sumas de dinero que ascienden a \$ 17.443.33, cantidad ésta que no le fue reembolsada a la expiración del vínculo y por consiguiente constituye una deuda a su favor y en contra de la empresa; y.
- f) Que el 7 de marzo de 1962, dos meses y 16 días después de la ruptura ilegal de la relación laboral, la demandada pagó a Calvache la prima de servicios retenida por valor de \$ 800.00.

Corrido el traslado de la demanda, la

Compañía la contestó por conducto de apoderado, aceptando únicamente el primer hecho, negando los demás y proponiendo las siguientes excepciones: "carencia de acción y derecho para demandar, falta de causa y de título para ejercitar las acciones que ostenta el libelo" y prescripción.

Tramitado el juicio por el Juzgado del Circuito del Trabajo de Pasto, éste por sentencia de 14 de diciembre de 1962, condenó a la firma "Emilio Mettler & Cía." a pagar a Calvache por concepto de lucro cesante, la suma de \$4.986.08 y por indemnización moratoria la cantidad de \$2.125.00. No hizo condenación en costas y absolvió a la misma sociedad de los demás cargos de la demanda.

Contra el fallo del Juzgado interpuso recurso de apelación el apoderado de la parte demandada y fue así como conoció del juiçio el Tribunal del Distrito Judicial de Pasto, el cual por medio de su Sala Laboral dictó sentencia el 19 de abril de 1963, confirmando en todas sus partes la del a quo. No hubo condena en costas.

Contra la sentencia proferida por el Tribunal de Pasto, interpuso recurso de casación el apoderado de la sociedad demandada, el cual fue concedido por auto de 26 de abril siguiente (fl. 31, cdno. No. 2).

El Recurso

Admitido el recurso por la Sala Laboral de la Corte, la recurrente presentó dentro de la oportunidad legal la demanda de casación con la cual persigue, de acuerdo con lo dicho en el acápite "Alcance de la impugnación", que se case totalmente la sentencia de segunda instancia y obrando la Corte como Tribunal de instancia "se absuelva a mi representada por los conceptos o indemnizaciones de lucro cesante y sanción moratoria". Subsidiariamente se pide la casación parcial "en el sentido de revocar los salarios caídos a que se refiere la sentencia del a quo y que fue confirmada por dicho concepto por el ad quem".

No hubo escrito de oposición.

A continuación, invocando la primera causal de casación de que trata el art. 87 del C. P. L., formula tres cargos, que se estudian.

Primer cargo. Se formula así: "El fallo acusado viola por interpretación errónea el art. 64 del C. S. T., especialmente el mandato 20. de dicha norma. El artículo en cita es del siguiente tenor:

"Art. 1. En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.

"2. En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador, por rotura (sic) unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo:

"El anterior es el preceuto (sic) en el cual se apoyó el Tribunal para decidir la litis declarándolo aplicable al proceso".

Agrega luego el recurrente que el Tribunal escogió correctamente la norma aplicable, pero al concretar y definir lo que constituía la indemnización por lucro cesante entendió que ella se producía cuando el trabajador da por terminada la relación laboral alegando que la conducta de la empresa no se ajusta a derecho. Continúa diciendo que debe distinguirse entre el incumplimiento de las obligaciones del patrono y la terminación unilateral e injusta del contrato por parte del mismo, único caso en que se puede condenar al patrono al pago de los salarios faltantes del término presuntivo, o sea, el lucro cesante de que trata el aparte segundo del art. 64.

Dice además el recurrente: "Debe observarse que quien dio por terminado unilateralmente el contrato que lo ligaba con Emilio Mettler y Cía. fue el señor Calvache por medio de la comunicación de fecha Dbre. 21 de 1961. (Subraya la Sala). Pues la presunción del mandato 20. del art. 64 del C. S. T. no puede servir de fundamento para una decisión frente al rompimiento del contrato por parte del asalariado".

Finaliza el impugnador manifestando que por el equivocado entendimiento del precepto se produjo la violación invocada e impetra se restaure el imperio de la norma de acuerdo con su recto entendimiento "en el sentido de absolver a la sociedad "Emilio Mettler & Cía." por concepto de lucro cesante".

Se considera por la Corte:

En forma constante ha venido sosteniendo la jurisprudencia que la errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho, y que cuando se está en presencia de hechos cuya apreciación sirven para fundamentar el cargo, se desvirtúa en su esencia el motivo de casación denominado "Interpretación errónea" de la Ley.

Igualmente se ha dicho, que cualquier omisión en el cumplimiento de las prescripciones procesales "compromete el éxito del recurso por error en la tecnica que lo gobierna, y embaraza la tarea que a la Corte le está encomendada en casación" (sentencia de 18 de mayo / 68. Juicio de Pablo Emilio Espino Largo contra Cervecería Andina Ltda.).

En el caso que se estudia la argumentación del recurrente sobre errónea interpretación del aparte 2 del art. 64 del C. S. T. descansa en un elemento de hecho, la carta de 21 de diciembre de 1961 dirigida por el demandante en el juicio a la firma demandada, que se acompañó con la demanda (fl. 3 cdno. No. 1), y es por esto por lo que en el cargo a ella se hace relación y se concluye que fue el trabajador quien dio por terminado el contrato de acuerdo con la misma, no pudiéndose en consecuencia condenar al patrono al pago del lucro cesante en la forma indicada en el precitado artículo 64. Peca pues el cargo contra la técnica del recurso.

Con todo, la Corte estima oportuno, a pesar del defecto encontrado en la formulación del cargo, estudiarlo para hacer algunas consideraciones en torno al problema que plantea el recurrente.

Para el censor como ya se dijo existe error del Tribunal en el entendimiento mismo de la norma. Cuando ésta dispone que el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, en "el caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios por ruptura unilateral e ilegal del contrato", el Tribunal dice que también está tasado este lucro cesante para el trabajador, cuando es él quien rompe unilateralmente el contrato, por violación de las obligaciones patronales o por incurrir el patrono en las prohibiciones que le señala la ley.

Dijo el Tribunal:

"Que la retención de la prima de servicios correspondiente al año de 1961 se consumó, es un hecho incuestionable. Y esa retención se hizo contrariando los mandatos expresos del art. 59 del C. S. L., como aparece de autos. La conducta anterior observada por el Gerente de la Casa

demandada, implicó necesariamente para el trabajador el verse situado en el caso de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, invocando la causal consagrada por el art. 62, numeral 60. del aparte b) del C. S. T.: 'Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al patrono'. Pagar los salarios y prestaciones debidos es obligación principalísima del patrono y la prohibición de retenerlos, salvo los casos permitidos por la ley, a más de implicar la ruptura unilateral del contrato, acarrea la correspondiente sanción, art. (sic) 59 y 62 ya citados del C. S. T., y 64 y 65 de la misma obra. El retiro de Calvache, lo ocasionó el procedimiento ilegal del patrono, ya que éste, aunque con posterioridad al 21 de diciembre de 1961, fecha de la carta, dice que tuvo intención de consignar en un Juzgado la suma debida por concepto de prima, aunque en verdad, nunca llegó a efectuar tal consignación. La indemnización por lucro cesante, es decir el equivalente a los salarios faltantes para cumplirse el plazo presuntivo. deriva claramente de los hechos expuestos y comprobados y de la aplicación de los preceptos legales citados. De ahí que la condenación al respecto del fallo de primera instancia debe mantenerse" (fls. 27 y 28, cdno. No. 2).

El art. 64 del C. S. T. no es otra cosa que la reproducción en parte y para los contratos de trabajo (excluyendo la acción alternativa) del 1546 del C. C. sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento de lo pactado.

Además y con el criterio e intención de facilitar al trabajador la prueba del "lucro cesante", se fijó el quantum del mismo cuando el patrono es quien rompe el contrato sin justa causa. Entonces ese mismo criterio debe servir cuando el trabajador rompe unilateralmente el contrato por incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones a cargo de su patrono. Sería absurdo que en este segundo caso el trabajador se viera afectado por el rigor procesal de la prueba del "lucro cesante".

Dijo la Corte:

"La norma que se deja transcrita, consagra, en términos generales, el derecho legal de resolución con indemnización para los contratos de trabajo, en forma semejante a la regulación establecida por el art. 1546 del C. C., pero sin otorgar a los contratantes la acción alternativa, pues esta parte de la disposición civil no fue reproducida por el art. del C. S. T.".

"De esta manera, en el contrato de trabajo, la

parte lesionada por el incumplimiento, ya sea el patrono o el trabajador, tiene acción para obtener la indemnización de perjuicios conforme al art. 64 ya citado, indemnización que comprende el daño emergente y el lucro cesante. Sin embargo, la segunda parte de esta norma inspirada en el criterio de facilitar al trabajador la prueba de los perjuicios, fija el quantum de su derecho, respecto del lucro cesante. De lo anterior se sigue que los efectos del incumplimiento son de sanción, que se traducen siempre en la obligación de indemnizar perjuicios.

"Si es el patrono quien incumple, la simple declaración o reconocimiento judicial de ese hecho conduce" al decreto indemnizador de los perjuicios establecidos por la ley que, según se deja expresado, se hallan ya fijados en lo concerniente al lucro cesante. Resulta elemental y lógico que cuando el trabajador se ve forzado a retirarse del trabajo por causa del patrono, éste sea considerado el responsable de la ruptura que obedece a su voluntad unilateral, sin respaldo en la ley. Esta es la doctrina reiterada de la Corte respecto a la interpretación del art. 64 del C. S. T.". (Sentencia de Federico Delgado contra el Instituto Colombiano de Seguros Sociales).

De lo hasta aquí dicho se impone concluir que no existe interpretación errónea del art. 64 del C. S. T. y por lo tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo. Se formula así: "Acuso la sentencia materia del presente recurso por ser violatoria por aplicación indebida del mandato 20. del art. 64 del C. S. T. en relación con los arts. 47 y 49, 59, 62 numeral 60. del aparte b) del mismo Código".

Dice el recurrente que en la violación anotada incurrió el Tribunal a consecuencia de error de hecho y que consistió en la mala apreciación de algunas pruebas que luego especifica. Tales pruebas son: a) Posiciones absueltas por Manuel Dolores Calvache (fls. 58 a 60 del cdno. No. 1); b) Posiciones absueltas por el representante de la sociedad (fls. 50 a 54 vto. del cdno. No. 1); c) La documental del fl. 30. y. d) La documental del fl. 34. Agrega que dicho error lo llevó a dar por establecido, sin estarlo, la ruptura unilateral e injusta del contrato por parte del empleador; a aplicar indebidamente el art. 47; el 49 al entender prorrogado el contrato "por el tiempo que faltaba" para completar 6 meses y el 59 por considerar que la retención de la prima de servicios violaba dicha norma. También y en lo que se refiere a la aplicación del art. 64 ibídem, dice que igualmente fue violado por cuanto él no se aplica sino en el caso de ser el patrono quien da por terminado el contrato en forma unilateral e injusta.

Pasa luego el recurrente a hacer un análisis fragmentario de las pruebas citadas como erróneamente apreciadas y dice que la conducta patronal estuvo atemperada a las circunstancias por cuanto el Gerente de la sociedad exigió al actór continuar trabajando durante 45 días y Calvache estaba obligado a ello; porque además el demandante adeudaba algún dinero a la empresa y finalmente porque no se infringió el art. 59 ya que el representante legal de la sociedad pudo tener la creencia razonada de que existiendo el comprobante de pago de la prima de servicios, su beneficiario, o sea Calvache, había consentido en la retención de ella por el valor de una factura.

Se considera:

El recurrente estima que por errónea apreciación de las pruebas que cita, el Tribunal dio por demostrado que el contrato de trabajo celebrado entre las partes era de duración indefinida, o sea que se presumía celebrado de 6 en 6 meses y que además se prorrogaba por períodos iguales, salvo estipulación en contrario (arts. 47 y 49 C. S. T.).

Empero, el Tribunal no llegó a estas dos conclusiones con fundamento en las pruebas que citó el impugnador como mal apreciadas, sino por la documental del fl. 36, contentiva del contrato escrito celebrado entre Calvache y la firma demandada y por la aceptación en la contestación de la demanda de su hecho primero.

Estas dos pruebas, el contrato de trabajo y la confesión del apoderado de la demandada al contestar el libelo, indican cómo el contrato era de duración indefinida y cómo de acuerdo con la ley se prorrogaba por períodos iguales.

Estas pruebas que no fueron impugnadas son soporte del fallo en cuanto a duración y modalidad del contrato que ligó a las partes.

El Tribunal, de otra parte, no dijo que el empleador hubiera dado por terminado el contrato de trabajo que lo ligaba con Calvache. Por el contrario, se expresó, así: "La conducta anterior observada por el Gerente de la Casa demandada, implicó necesariamente para el trabajador el verse situado en el caso de dar por terminado el contrato de trabajo (subraya la Sala), invocando la causal consagrada por el art. 62, numeral 60. del C. S. T.

No puede aceptarse tampoco la violación de los arts. 59 y 62 numeral 60. del aparte b) y del art. 64 ibídem, con fundamento en las pruebas citadas. El recurrente en relación con ellas se limita a oponer su personal criterio al juicio del Tribunal, para deducir consecuencias contrarias a las sostenidas en la sentencia, tal como la afirmación de que Calvache estaba obligado a dar preaviso y a trabajar durante él; que como era deudor de la empresa ésta podía sin acudir a lo preceptuado en la ley, deducir, retener y aun compensar, ya fuera en parte, la prima de servicios correspondiente al año de 1961 y que tampoco podía condenar al pago de los salarios faltantes para cumplir el plazo presuntivo.

En esta forma el procedimiento utilizado en la censura resulta ineficaz para desquiciar los fundamentos del fallo, si se considera que corresponde al Juez y no a las partes, deducir las consecuencias jurídicas de los hechos comprobados en el juicio, para luego aplicar el derecho.

No prospera el cargo.

Tercer cargo. Mediante este cargo se acusa la sentencia recurrida por violar el art. 65 del C. S. T., por aplicación indebida, la cual se cometió a través de un manifiesto error de hecho, consistente en la equivocada apreciación de las mismas pruebas indicadas en el cargo anterior.

Dice el recurrente que este error condujo al Tribunal a dar por establecido, sin estarlo, que la retención de la prima de servicios correspondiente al año de 1961 fue acto deliberado de la empresa para obtener el pago de deudas personales del trabajador; que ello implica la violación de una prohibición legal y que la empleadora no estableció la existencia de una razón que explique la retención consumada, con la consecuencia obligada de la condena a la sanción moratoria.

Agrega el impugnador que la "jurisprudencia constante de nuestro país, tiene establecido que la sanción moratoria únicamente es procedente cuando el patrono no cancela los salarios y prestaciones debidos al trabajador, obrando de mala fe. Es pues una sanción al desobedecimiento abierto de la ley. Pero como en el presente proceso se encuentra establecido en forma evidente una conducta patronal en relación con la retención de la prima de servicios que se justifica y se explica y atempera con la conducta patronal basada en razones atendibles, la aplicación de la sanción por salarios caídos, es odiosa, injustificada y debe

casarse consecuencialmente la sentencia proferida en tales circunstancias.

Se considera:

Sobre el particular se expresó así el Tribunal:

"Sanción por no pago.- El fallo de primera instancia condena al pago de la sanción establecida por el art. 65 del C. S. L., por el tiempo comprendido entre el 21 de diciembre de 1961 y el 7 de marzo de 1962, fecha en que se hizo el pago de la prima de servicios, según queda establecido. Se ha demostrado la existencia inobietable del contrato de trabajo entre el actor v la Casa demandada: igualmente, con prueba superabundante, ha quedado establecido el hecho de que se retuvo al trabajador Calvache, en forma injustificada, la prima de servicios correspondiente al año de 1961; y en el curso del proceso, la parte demandada no ha demostrado la existencia de una razón que explique la retención consumada y antes aparece como un acto deliberado del Gerente y ordenado por él para obtener el pago de deudas personales del trabajador, cosa prohibida por la ley; por tanto, no se necesitan de más consideraciones para encontrar ajustado a la ley el fallo de primera instancia al respecto, y que considera el pago de un día de salario por cada día de retraso, entre el 21 de diciembre de 1961 y el 7 de marzo de 1962" (fls. 28 v 29, cdno. No. 2).

El recurrente apela en este caso a la noción de buena fe como fundamento de la retención temporal de la prima de servicios por parte de Emilio Mettler & Cía. para concluir que existiendo tal buena fe no es el caso sostener la condena por salarios caídos.

Las pruebas con las cuales pretende demostrar la buena fe patronal las divide en dos, la una de confesión y la otra, documental.

Con la primera prueba —posiciones del demandante y del representante de la demandada— considera el recurrente que se explica la conducta de la empresa (contestación por parte de Calvache a las preguntas 6a. y 14a.) por cuanto el actor debía a aquella en el momento de la terminación del contrato una suma de dinero, cuya cancelación sólo se acordó el 7 de marzo de 1962, con la firma de 26 letras de cambio por valor de \$ 200.00 cada una, lo cual indica la conducta atendible de la firma. Además, dice, que con las preguntas 10 y 12 de las posiciones que se le formularon al representante de la demandada y que constituyen también

confesión, se desprende que Calvache concedió a su expatrono un plazo espontáneo para arreglar las diferencias respecto al pago de su prima de servicios del año inmediatamente anterior.

Pero lo dicho por el recurrente es apenas como ya se dijo su personal opinión. En efecto: con las posiciones del demandante sólo se demuestra que se le exigió trabajar durante 45 días más, a partir del 21 de diciembre de 1961 y que la cancelación de su deuda para con la empresa se arregló el 7 de marzo de 1962. De otra parte las preguntas hechas al representante de Emilio Mettler & Cía. conducen a establecer en forma clara dos cosas: a) Que sólo el 7 de marzo de 1962 se le pagó al demandante su prima de servicios de 1961 y que su valor y sus intereses nuevamente fueron agregados al saldo por deuda en su contra y a favor de la compañía.

Con la segunda prueba, la documental, se demuestra que Calvache rompió el contrato de trabajo a que se ha hecho mención, por considerar que su patrono había violado en forma grave sus obligaciones y prohibiciones al retenerle su prima de servicio (fl. 3).

De la segunda documental aparece que Calvache firmó un recibo por sueldo del mes de diciembre de 1961 y de la prima correspondiente al citado año. Sin embargo se ha visto y está probado que el valor de la prima no fue recibido por el demandante sino que se abonó a parte de la deuda que tenía para con la demandada.

Sobre estas dos pruebas el recurrente dice que Calvache, respecto a la primera, no actuó frente a una determinación patronal que extinguiera unilateralmente su contrato y que en tales condiciones, la retención de la prima no puede considerarse como contraria a la ley "para tenerla como injusta"; y que, respecto a la segunda, es posible que el representante legal de la empresa tuviera la creencia de que el actor había aceptado la retención máxime que a los pocos días se le pagó la cesantía y demás prestaciones sociales.

Todos estos razonamientos como ya se ha repetido, constituyen el personal criterio del acusador, que tampoco demuestran en manera alguna la buena fe en la actitud asumida por la Compañía.

El error evidente y "manifiesto en los autos, consistente en la equivocada apreciación de las pruebas", de que habla el impugnador no se probó y, por tanto, no prospera el cargo.

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 el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUOTA POR BENEFICIO DE CONVENCION

La Sala ha fijado, al decidir los dos cargos anteriores, su entendimiento acerca de los textos a que se refiere esta acusación. Y conforme a él, la Asociación Gremial fue sujeto de la convención de 1965 y de la revisión de 1966; sus afiliados no se hallan en la situación de trabajadores no sindicalizados y no tienen, por lo tanto, obligación de pagarle al sindicato de base que los representó cuotas ordinarias —distintas de las que pagan a su propia agremiación— para disfrutar de los beneficios convencionales.

Conviene agregar, que para la Sala es indudable que los trabajadores no sindicalizados a que se refiere el art. 39 del Decr. 2351 de 1965, son los que no están afiliados al sindicato que pactó la convención, cuando éste es el único sujeto trabajador de la misma, o los que no están afiliados a ninguno de los sindicatos sujetos, situación que no es la del gremial de autos, cuyos afiliados sí son sujetos tanto del convenio de 1965 como de la revisión de 1966.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 23).

En sentencia dictada el 25 de agosto de 1967, el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín desató los juicios acumulados del Sindicato Textil del Hato (Fabricato) y la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia contra la empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.

Pretendía el sindicato mencionado 10.) que se declarara que la sociedad demandada está en la obligación de poner a disposición suya la suma de \$ 4.985,31 retenida hasta la fecha del libelo a los trabajadores de la empresa afiliados a la Asociación prenombrada, por concepto de cuotas ordinarias y por razón del beneficio que reciben de la convención colectiva suscrita el 7 de junio de 1966 entre la dicha sociedad y el sindicato demandante, y 20) que se declarara también que la demandada está en la obligación de continuar reteniendo a los trabajadores afiliados a la Asociación, para ponerla a disposición del sindicato, una cuota ordinaria igual a la que retiene o retenga a los trabajadores afiliados al sindicato de base en razón del beneficio que reciben unos y otros trabajadores de la convención referida, retención que debe extenderse hasta la fecha del vencimiento de la misma. Además, las costas en caso de oposición.

Por su parte, la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia pedía que se declarara a) que la sociedad demandada ha violado la Constitución Nacional y la ley en lo concerniente a formar compañías, asociaciones y fundaciones y a la protección al trabajo y bienes los trabajadores sindicalizados en la agremiación demandante, violación consistente en deducir cuotas ordinarias tanto a los sindicalizados a ella como a los no sindicalizados para ser entregadas al sindicato de base sin hacer la distribución proporcional entre ambas organizaciones sindicales como lo dispone el Decr. 1373 de 1966; b) que, como consecuencia de aquellas violaciones, Fabricato está en la obligación de cumplir los preceptos constitucionales y legales sobre protección al trabajo y libre asociación, así como a cancelar integramente el salario pactado; c) que la empresa debe devolver a sus legítimos dueños las sumas que, a título de cuotas ordinarias, ha retenido a los afiliados a la Asociación para entregarlas al sindicato de base, desde la fecha en que comenzó a cobrar dicho gravamen hasta que se efectue el cese del mismo y a devolver también la parte proporcional de las cuotas cobradas a los no sindicalizados a partir del 26 de mayo de 1966. según el decreto 1373 del dicho año; d) que Fabricato debe cesar inmediatamente la deducción del salario a los trabajadores afiliados al Sindicato gremial vinculados a la empresa, por concepto de cuotas ordinarias, para el sindicato de base: e) que la sociedad mencionada está en la obligación de recaudar las cuotas ordinarias a los trabajadores no sindicalizados de la empresa y a

distribuirlas en proporción al número de afiliados a cada organización conforme al Decr. 1373 de 1966; f) subsidiariamente, que la empresa efectúe la deducción de cuotas ordinarias a los trabajadores no sindicalizados del personal de mecánicos, electricistas, etc. que agrupa la Asociación y las entregue únicamente a ella, siguiendo el principio del artículo 50. de la ley 153 de 1887; g) que igualmente Fabricato debe abstenerse de efectuar deducciones del salario de los mecánicos, electricistas, etc. no sindicalizados en concepto de cuotas ordinarias por beneficiarse de la convención vigente, con destino al fondo del Sindicato de base; h) que Fabricato debe pagar los perjuicios e i) así como las costas en caso de oposición.

La demanda del sindicato de base se fundó en los siguientes hechos:

- "1. En la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. (Fabricato) existe un sindicato de Base denominado Sindicato Textil del Hato 'Fabricato', con personería jurídica reconocida por la Resolución No. 198 de 4 de noviembre de 1944, sindicato al cual están afiliados unos 2.800 trabajadores, en todo caso más de la mitad del personal de trabajadores de la empresa mencionada.
- "2. En la actualidad el suscrito Jesús Vásquez Gómez ejerzo (sic) la presidencia de la entidad sindical anotada en el hecho anterior, y por lo tanto tengo la representación legal de la misma.
- "3. Funciona en el Depto. de Antioquia con seccional en el Municipio de Bello una entidad gremial denominada 'Asociación Metal Mecánicos Textiles de Antioquia', a la cual están afiliados unos 639 trabajadores de la citada compañía 'Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.' (Fabricato).
- "4. Entre la Empresa 'Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.' (Fabricato) y la agremiación sindical de base denominada 'Sindicato Textil del Hato' (Fabricato) se han suscrito hasta la fecha varias convenciones colectivas de trabajo que regulan las condiciones de trabajo de los trabajadores de la Empresa. La última de las convenciones suscritas tiene fecha 7 de junio de 1966, empezó a regir el 13 del mismo mes y año y su vigencia expira el 31 de diciembre de 1967.
- "5. La 'Asociación Metal Mecánicos Textiles de Antioquia' no tomó parte, ni siquiera intervino en la negociación del pliego de peticiones que dio origen a la convención

colectiva de que hablé en el hecho anterior y de consiguiente tampoco suscribió ésta.

- "6. Todos los trabajadores de la empresa 'Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.' (Fabricato), afiliados a la 'Asociación Metal Mecánicos Textiles de Antioquia' que aparecen en la lista anexa, se han beneficiado y continúan beneficiándose de las prestaciones extralegales pactadas en la Convención colectiva de 7 de junio de 1966 pero ocurre que tanto dichos trabajadores como la Asociación gremial a la cual están afiliados, se oponen a que se les retengan las cuotas de su salario con las cuales deben contribuir y especialmente a que tales retenciones se entreguen o pongan a disposición del Sindicato Textil del Hato 'Fabricato'".
- "7. Ninguno de los trabajadores de la 'Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.' (Fabricato) afiliados a la 'Asociación Metal Mecánicos Textiles de Antioquia', han renunciado a los beneficios de la convención suscrita el 7 de junio de 1966 tantas veces mencionada.
- "8. Como el sindicato Textil del Hato 'Fabricato' agrupa a más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa demandada, es claro que los trabajadores no afiliados al mismo y entre los cuales se cuentan desde luego los que hacen parte de la 'Asociación Metal Mecánicos Textiles de Antioquia', deben pagar al Sindicato de Base que firmó la convención una cuota igual a la que ordinariamente pagan los afiliados a éste. (Art. 39 del Decr. 2351 de 1965)".

El libelo de la Asociación invocó, por su parte:

- "1. La Asociación de Trabajadores Metal-Mecánicos Textiles de Antioquia, demandante, es una organización sindical de tipo gremial, de primer grado, reconocida como tal según Resolución No. 000847 de mayo 25 de 1960, emanada del Ministerio del Trabajo (arts. 356 y 364 del C. S. del T.).
- "2. El suscrito Víctor Jaramillo B. ocupa el cargo de Presidente de la Asociación en la actualidad, como se demuestra con la certificación expedida por la Inspección Regional del Trabajo de Medellín.
- "3. El sindicato accionante tiene varios centenares de afiliados vinculados a Fabricato, cuyo número exacto se establecerá a través del juicio respectivo.
- "4. En Fabricato funciona un sindicato de base que agrupa trabajadores de varias profesiones, oficios y especialidades ligados por contrato de

trabajo con la empresa mencionada.

"5. A pesar de que en la época moderna los denominados sindicatos gremiales y de industria adquieren cada vez más importante (sic) y juegan preponderante papel en las conquistas de carácter social, en Fabricato existe la tendencia clara y persistente de entorpecer, obstaculizar y perseguir toda actividad de la Asociación de Trabajadores Metal-Mecánicos de Textiles de Antioquia, en cuya demostración se citan algunos hechos indiscutibles:

"Primero. La Empresa le negó a la Asociación, en 1962, el derecho de representación de sus afiliados en la discusión del respectivo pliego de peticiones, pese a la vigencia del Decreto No. 1952 de agosto 21 de 1961, mediante el cual el Gobierno Nacional reglamentó los arts. 357, 373 y 374 del Código del Trabajo y a que la agremiación que represento cumplió con todos los requisitos exigidos por la legislación vigente entonces.

"Segundo.- La Empresa retuvo una suma de dinero cuantiosa a los trabajadores afiliados a la Asociación que presido, dizque a título de contribución al fondo del sindicato de base, porque, según Fabricato, para gozar de los beneficios de la Convención Colectiva de trabajo celebrada en 1962, por parte de aquellos, tenían obligación de cumplir con el Decr. 018 de 1958, aplicable a los trabajadores no sindicalizados que quieran beneficiarse de una determinada convención. En la reclamación hecha ante la Inspección del Trabajo de Medellín se demostró que tales beneficios y prerrogativas consagrados en la susodicha Convención les correspondían por derecho propio y no por mandato del Decreto precitado. Ni la empresa ni el sindicato de base han devuelto a sus legítimos dueños los dineros aludidos hasta la fecha, pero tendrán que hacerlo tarde o temprano.

"Tercero.- La empresa, motu proprio, sin sentencia judicial al respecto, ni autorización expresa o tácita de los trabajadores afectados. está reteniendo parte del salario de los trabajadores afiliados a la Asociación, con el mismo pretexto de que la 'nueva' convención colectiva firmada en 1966 obliga a éstos contribuir al fondo del sindicato de base, de conformidad con la personal interpretación de la legislación laboral sobre la materia. Todo ello no es otra cosa que un ataque directo a la Asociación a la que pretende vanamente destruir su capacidad económica y robustecer al sindicato de base a quien dedica todas sus simpatías, lo que hace pensar con razón que el primero le estorba y el segundo le es útil.

"Cuarto: La empresa, en 1966, también desconoció, de modo arbitrario, la representación de la Asociación en la discusión sobre la revisión de salarios a que se contrajo el pliego del presente año, a pesar de que la Asociación hizo todos los esfuerzos posibles porque se le reconocieran sus plenos derechos en tal sentido. Adelante se hará el correspondiente comentario acerca del Decr. 1952 de 1961, dél 2351 de 1965 y del 1373 de 1966, en lo tocante con el planteamiento sometido a consideración del señor Juez.

"6. En la vida diaria los sindicatos tienen experiencia de la resistencia de los patronos en verificar los descuentos a que se refiere el Decr. 018 de 1958. Sin embargo, en Fabricato deducen unilateralmente y con rapidez desusada, de modo ilegal, a los afiliados de la Asociación, cantidades de dinero no autorizadas con destino a fortalecer las finanzas del sindicato de sus simpatías, o sea el de base.

"La Empresa confiesa que hasta el 21 de julio de 1966 ha retenido al personal de nuestra Asociación que trabaja allí, la suma de cuatro mil novecientos ochenta y cinco pesos con 31/100 m/l. (\$ 4.985,31), desconociendo el hecho indiscutible de que tales deducciones sólo son para trabajadores no sindicalizados que se beneficiaren de las convenciones colectivas suscritas por los sindicatos y las empresas.

"Esa anómala situación de ilegalidad en que se ha colocado Fabricato subsiste y por tanto es menester que la rama jurisdiccional la corrija en la forma y términos que se solicita.

"7. La convención colectiva de trabajo del año pasado tenía una duración de 18 meses, que vencían el 3 de diciembre de 1966. En la conclusión, gestación y tramitación de ese contrato colectivo intervino la Asociación por conducto del suscrito Presidente. En la cláusula décimatercera se estipula la duración y en la siguiente, la décimacuarta, se dice que 'conservan su vigencia las cláusulas de convenciones anteriores que no hayan sido modificadas o subrogadas por la presente'.

"8. Como quiera que en el primer semestre del corriente año se resolviera revisar el punto relativo a salarios de la mentada convención, la Asociación adelantó las gestiones conducentes para que fueran tenidas en cuenta las aspiraciones del personal que representa vinculado a Fabricato. El sindicato de base, haciendo eco a la equivocada posición discriminatoria de la empresa en contra de la Asociación, escamoteó y

burló la representación de nuestra organización. Se acompañan copias sobre los puntos presentados por la Asociación de abril 25 de 1965 y durante el proceso laboral se demostrará que el sindicato gremial solicitó revisión de salarios este año; también se anexan copias de las comunicaciones dirigidas al Sindicato Textil del Hato de mayo 31 de 1966, de la respuesta de junio 10., de una nueva al sindicato de base del mismo día, de la dirigida al Dr. Jorge Posada de la misma fecha y de la dirigida a la Inspección Regional del Trabajo de junio 2.

"Elevada a convención colectiva la multicitada revisión de salarios, la Empresa optó, unilateral e ilegalmente a retener determinadas cantidades de dinero de los salarios de los trabajadores afiliados a la Asociación dizque con destino al sindicato de base, por haber sido éste el suscribiente del contrato colectivo. El Sindicato Textil del Hato 'Fabricato' actúa como movido por un reflejo condicionado originado en la empresa, pues de modo desfachatado pretende apropiarse indebidamente del dinero que corresponde a los trabajadores afiliados a la Asociación, de una parte, y viene recibiendo, ilegalmente, todas las cuotas de los trabajadores no sindicalizados que se benefician de la convención, de la otra parte, con violación flagrante de lo dispuesto en el art. 12, numeral 40., del Decr. 1373 de 1966, reformatorio de lo establecido en el 018 de 1958 y reglamentario del decreto 2351 de 1965 (Reforma Laboral).

"El 5 de junio del año en curso se reunió la Asociación en Asamblea General y allí fue acordado el pliego de peticiones para ser presentado a la Empresa. Se acompaña con esta demanda parte del acta en cuanto se relaciona con el orden del día.

"9. En torno a la discusión suscitada por la pretensión de la Empresa de deducir cuotas de nuestros afiliados para el sindicato preferido de Fabricato, se han producido varios conceptos del Ministerio del Trabajo que en copia se acompañan. Y como elemento ilustrativo se anexa una fotocopia del concepto enviado por el Ministerio a 'AMDA', de fecha octubre 5 de 1965. Haciendo caso omiso de las protestas de la Asociación, de los conceptos citados y de las diversas gestiones tendientes a que cesara la retención. Fabricato prosigue incurriendo en una política de persecución contra la organización gremial, ya que hasta el presente insiste en el atropello.

"10. Fabricato deduce cuotas a los trabajadores no sindicalizados que se benefician de la

convención colectiva del trabajo allí vigente y, desconociendo la existencia de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia, le hace entrega íntegra al Sindicato de base, con violación de lo dispuesto en el Decreto mencionado 1373 de 1966.

"Además de lòs anteriores puntos se reproducen aquí los finales de la reclamación administrativa de abril 24 de 1963 sobre una cuestión similar:

"La Asociación elevó el problema ante el Ministerio del Trabajo v este despacho se pronunció mediante comunicaciones de agosto 28 de 1962 dirigida a los Gerentes de las Empresas Textiles de Antioquia y de agosto 29 del mismo año con destino al Sindicato Textil del Hato. El Jefe de la División de Asuntos Colectivos del Ministerio, doctor Carlos Alvarez Pereira. concluve con toda razón v lógica jurídica que el sindicato gremial mencionado (se refiere a la Asociación Metal Mecánicos) es la única organización que tiene derecho para representar a los trabajadores afiliados a ella ante los patronos respectivos y que no existe fundamento ninguno para que la misma Asociación esté obligada a pagar media cuota ordinaria al sindicato de base para el goce de los beneficios derivados de la Convención Colectiva de Trabajo firmada con Fabricato.

"El Sindicato de base expidió el oficio No. 0268 de 24 de septiembre de 1962, con destino a la Junta Directiva de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos, en que reconoce que el Ministerio del Trabajo tiene razón en lo expuesto en el punto inmediatamente precedente, aceptando una fórmula conciliatoria presentada por el Ministerio, aunque tan sólo parcialmente, a saber: 10.) No deducir más cuotas ordinarias a los afiliados de la Asociación a partir del 10. de octubre de 1962; y 20.) Pero sin aceptar la devolución de las medias cuotas deducidas hasta esa fecha.

"Esta fórmula tampoco prosperó debido a la incorrecta posición asumida por los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de base, que entraña una clara violación de las normas legales, de la justicia y de la equidad": (Demanda administrativa de la Asociación contra Fabricato y el Sindicato de base, de abril 24 de 1963).

"11. Fabricato ha ocasionado a la Asociación graves y tangibles perjuicios, debido al proceder esbozado a través de este libelo, que debe solucionar adecuadamente".

La sociedad demandada contestó el libelo del sindicato de base aceptando todos los hechos y

agregando que la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos Textiles de Antioquia no fue parte en la última convención colectiva, razón por la cual la compañía, a solicitud de la entidad de base, procedió a retener las cuotas a todos los trabajadores no afiliados al Sindicato Textil del Hato (Fabricato), socios o no de aquella Asociación, con fundamento en el ord. 20. del art. 39 del Decr. 2351 de 1965; que como los afiliados a la Asociación reclamaron a la empresa por las referidas retenciones, la compañía se ha abstenido de entregarlas al sindicato de base y de devolverlas a los trabajadores mientras la autoridad competente decide; que, al parecer, el reclamo de los afiliados a la Asociación se origina en el hecho de que, además de la cuota ordinaria con que contribuyen al sostenimiento de su sindicato, deben sufragar la cuota al sindicato de base, para tener derecho a los beneficios de la última convención colectiva y que la controversia se ha tornado en asunto de puro derecho, por lo cual Fabricato solo está interesada en un rápido pronunciamiento judicial que dirima el litigio.

En cuanto al libelo de la Asociación, la empresa aceptó unos hechos y rechazó otros reiterando su tesis de que la retención de cuotas a los afiliados a la demandante, para el sindicato de base, tiene su fundamento en el numeral 20. del art. 39 del Decr. 2351 de 1965; que la Asociación no suscribió el acuerdo colectivo de 1965: que el sindicato de base tiene la mayoría de los trabajadores de la empresa; que a las cuotas deducidas a los trabajadores no sindicalizados, para tener derecho a los beneficios convencionales, no le es aplicable el art. 12 numeral 40. del Decr. 1373 de 1966, porque la Asociación Metal Mecánico Textiles de Antioquia no tomó parte en la negociación del pliego de peticiones, observando, además, que este decreto solo entró a regir el 2 de julio de 1966. fecha en la cual fue publicado en el Diario Oficial; que es verdad que en torno al problema debatido el Ministerio del Trabajo produjo diversos conceptos pero ellos lo fueron de acuerdo con las formas como aquél les fue planteado. Formuló además las excepciones de pleito pendiente, ilegitimidad de la personería del demandante y declinatoria de jurisdicción.

La resolución judicial que puso término a la primera instancia definió:

"Primero.- Declárase configurada la excepción de ilegitimidad de personería de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de . Antioquia, en cuanto se refiere a las peticiones a),

b), y c), parcialmente, y d) de su libelo de demanda; por tanto se abstiene de hacer las declaraciones allí contenidas.

"Segundo.- Declárase que la Empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. 'Fabricato' está obligada a devolver a la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia la parte proporcional de las cuotas cobradas a los trabajadores de la empresa no sindicalizados y beneficiarios de la convención de junio 7 de 1966 a partir del 2 de julio de 1966;

"Tercero. Declárase que la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. 'Fabricato', está en la obligación de recaudar las cuotas ordinarias a los trabajadores no sindicalizados de la empresa y a distribuirla en proporción al número de afiliados a uno y otro sindicato en los términos del art. 12, numeral 40., del Decr. 1373 de 1966 correspondientes a las peticiones c), parcialmente, y, e) del libelo de demanda de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia.

"Cuarto.- No se hacen las otras declaraciones subsidiarías f), y g), ni la declaración de perjuicios del literal h) en cuanto provengan de no repartir ni entregar proporcionalmente las cuotas de los no sindicalizados, y, por tanto, se ABSUELVE a la Empresa de los cargos allí formulados.

"Quinto. No se hacen las declaraciones solicitadas por el sindicato Textil del Hato 'Fabricato' en su demanda ante este Juzgador y de fecha julio 21 de 1966, por carecer de acción para pedir y, en consecuencia, se ABSUELVE a la Empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. 'Fabricato', de los cargos allí contenidos.

"Consúltese si no fuera apelada por ser negadas totalmente las solicitudes del Sindicato Textil del Hato 'Fabricato'.

"Sin Costas".

Por apelación de ambas partes litigantes conoció del negocio el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín entidad que, por medio de su Sala Laboral y con fecha 24 de octubre de 1967, falló;

"10. Se revocan los ords. a), b), c) y d) del numeral Primero del fallo pronunciado por el Juzgado Quinto Laboral de Medellín, el veinticinco de agosto de mil noveciento sesenta y siete dentro de los juicios acumulados del sindicato Textil del Hato (Fabricato) contra la Empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato (Fabricato) y de la Asociación de Trabajadores

Metal-Mecánicos Textiles de Antioquia contra la Empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato (Fabricato) y en su lugar se declara que la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato (Fabricato) sí ha incurrido en violación indirecta de la Constitución y de la ley en lo concerniente a la protección de los bienes de los trabajadores de la Asociación mencionada al deducirles cuotas para el sindicato de base y al no hacer la distribución de las cuotas deducidas a los no sindicalizados.

- "2. Se confirma el numeral Segundo del fallo, por medio del cual se declara que la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. (Fabricato) está en la obligación de devolver a la Asociación de Trabajadores Metal-Mecánicos Textiles de Antioquia la parte proporcional de las cuotas cobradas a los trabajadores de la empresa no sindicalizados y beneficiarios de la convención colectiva celebrada el siete de junio de mil novecientos sesenta y seis, a partir del dos de julio del mismo año.
- "3. Se confirma el numeral Segundo (sic) que declara que la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. (Fabricato) está en la obligación de recaudar las cuotas ordinarias de los trabajadores no sindicalizados de la empresa y a distribuirlas en proporción al número de afiliados a uno y otro sindicatos, en los términos del art. 12, numeral 40. del Decr. 1373 de 1966.
- "4. Se confirma la sentencia ameritada en cuanto resuelve no hacer las declaraciones subsidiarias contenidas en los literales f) y g), ords. 60. y 70. de la demanda de la Asociación (fl. 69 del cdno. No. 4), y la revoca en cuanto absuelve a la empresa Fábricato de la obligación de pagar las costas del juicio, para en su lugar condenarla a pagar éstas que en cuanto a las agencias en derecho en segunda instancia se fijan en la suma de un mil pesos (\$ 1.000.00) en favor de la Asociación de Trabajadores Metal-Mecánicos Textiles de Antioquia. Las de primera instancia serán fijadas por el Juzgado del conocimiento.
- "5. No hay lugar a condena alguna por concepto de indemnización de perjuicios ya que no fueron demostrados ni tasados pericialmente.

"En los anteriores términos queda confirmada y revocada, en parte, la sentencia de que se ha hecho mérito".

El apoderado de la Asociación pidió se aclararan las resoluciones relativas a la obligación de Fabricato de devolver a sus legítimos dueños las cuotas retenidas por concepto de cuotas ordinarias, v a la obligación de la empresa de suspender la deducción de cuotas ordinarias a los trabajadores afiliados a la entidad gremial, con destino al sindicato de base, así como el lapsus —va destacados por la Sala de confirmar el numeral segundo del fallo del a quo, en vez del tercero del mismo, y las expresiones, en la parte motiva del ad quem, relativas al sindicato gremial por el de base, y a la obligación de éste "de devolver la parte proporcional de las cuotas ordinarias percibidas por concepto de beneficios convencionados. deducidas al personal de trabajadores de Fabricato no sindicalizado, conforme la norma citada en la sentencia del Decr. No. 1373 de 1966". Más el Tribunal estimó que no había lugar "a aclaración alguna porque la parte motiva y la resolutiva del fallo forman un todo armónico y no dejan sin resolver ninguno de los plateamientos de las demandas y sus respuestas", y que aquella "obligación de Fabricato en relación con la devolución de las cuotas está contenida en el ord. 20. del fallo". Calificó como redundante el pedimento de aclaración "sobre la suspensión de las cuotas para el futuro"; sin importancia el lapsus referido y sin incidencia o repercusión las otras dos acotaciones del memorialista.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación el Sindicato Textil del Hato (Fabricato) para que se la quebrante en su totalidad y "convertida la Corte en tribunal de instancia revoque los numerales 20, 30, y 50, de la sentencia del a quo confirme el numeral 10. de la misma en cuanto declaró establecida la excepción de ilegitimidad de personería de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia, modificándolo para hacer la declaración en forma total y no parcial, y acceda a las peticiones contenidas en la demanda" suya que inició la litis. Al efecto formula seis cargos que se estudiarán en su orden, atendiendo también a las réplicas del apoderado de la Asociación de Trabajadores Metal Mecánicos de Textiles de Antioquia, que formuló alegato de oposición.

Pero antes ha de considerarse que la dicha asociación gremial niega el derecho del sindicato de base para demandar en casación por cuanto ambas asociaciones tuvieron en el juicio la calidad de codemandantes y la sociedad demandada no interpuso recurso alguno contra la sentencia del ad quem por lo cual estima que el pleito ya está dirimido y que quien se sienta lesionado en sus intereses debe iniciar otra acción diferente. Mas claramanete aparece que siendo parte en el proceso el sindicato recurrente y

habiendo fallado el Tribunal en forma adversa a sus pretensiones, tiene interés jurídico en impugnar tal decisión, aunque la haya consentido la sociedad demandada, cuya posición se ha limitado a esperar la definición judicial sobre las cuotas que disputan los dichos organismos sindicales. Procede, pues, el estudio del recurso.

Primer cargo:

Acusa infracción directa de los arts. 432, 435, 436, 438, 440, 442, 467, 468 y 469 del C. S. T. 27, 28, 29, 30 y 31 del Decr. 2351 de 1965 y 11 y 12 del Decr. 1373, de 1966, por indebida aplicación, y 480 del mismo código y 26 y 39 del Decr. 2351 citado, por falta de aplicación.

En su desarrollo el recurrente manifiesta que "El Tribunal fallador sostiene que la Asociación gremial tenía derecho a intervenir "en la discusión del pliego de peticiones y que como no pudo ejercer ese derecho porque el Sindicato de base y la empresa se lo desconocieron, no es el caso de considerar que carecía de interés en la negociación colectiva. Añade que el Sindicato de base "debió haber dado participación en la discusión del pliego de peticiones al gremial, avisándole previamente con treinta días de anticipación y aceptando la asesoría de un representante de esa organización para la inclusión de sus puntos dentro del pliego general v la negociación correspondiente, tal v como lo estatuyen los incisos 20. y 30. del literal b) del numeral 40. del art. 12 ibídem, (sic) o sea para dustribuirse ambos sindicatos en forma proporcional a sus afiliados las cuotas forzosas de los no sindicalizados".

"Anota finalmente que el Decr. 1373 de 1966 regía cuando se firmó la Convención del 7 de junio.

"Como se ve, el fallador parte de la hipótesis de que el acuerdo suscrito por la Empresa y el Sindicato el 7 de junio de 1966, fue la culminación de un conflicto colectivo. Con ese criterio se refiere al pliego de peticiones de que trata el art. 432 del C. S. del T. y a su negociación".

Comenta en seguida el acusador que el pliego de peticiones es el documento en que un sindicato o una simple coalición de trabajadores expresa el conjunto de sus exigencias respecto de las condiciones generales de trabajo que han de regir en determinado ámbito industrial, comercial, agrario, etc., esto es, que es el punto de partida de

un proceso complejo que puede dar por resultado. si hay acuerdo, la celebración de una convención colectiva o, si hay desacuerdo, una solución arbitral: que en el caso de autos ocurrió que, en presencia de una convención colectiva vigente. suscrita por la empresa y el sindicato de base el 26 de mayo de 1965 y habiendo surgido alteraciones en la normalidad económica se hizo necesario modificar el aspecto o los aspectos de aquella que resultaron afectados por las dichas alteraciones. hipótesis que contempla el artículo 480 del CST v que se conoce en la doctrina y en el derecho positivo con el nombre de revisión, la cual está sometida a trámites mucho más sencillos que los que se establecen para el proceso de solución de los denominados conflictos colectivos. Así. tratándose de la revisión, no se requiere la redacción ni la discusión de un pliego de peticiones, que supondría la denuncia previa de la convención vigente, sino que basta la manifestación directa que haga, por el conducto regular, el sindicato que tenga la calidad de parte en la convención, en el sentido de dar cuenta de la alteración sobrevenida en la normalidad económica, acompañada de la solicitud de que se modifiquen las cláusulas respectivas de la convención. Que la otra parte pactante, o sea la empresa o patrono, podrá acceder a dicha solicitud, en cuyo caso se suscribe el acuerdo correspondiente, y en caso contrario, es decir, si no hay acuerdo, corresponde a la justicia del trabajo decidir el punto. No hay, pues, etapa de conciliación, ni podría haber suspensión colectiva de trabajo, ni habría lugar a la designación de árbitro.

"En consecuencia —continúa el recurrente— lo que la ley dispone para los conflictos colectivos propiamente dichos no es aplicable a la revisión de una convención colectiva de trabajo. No lo es de consiguiente ninguno de los preceptos atinentes a la redacción, discusión y aprobación del pliego de peticiones, ni, desde luego, las que fijan plazos para dar avisos a otros sindicatos o para que las comisiones respectivas acuerden el pliego o para la reunión de las asambleas generales que han de darle su aceptación o para nombrar comisiones negociadoras.

"Como se ha visto, el Tribunal sentenciador aplicó a la hipótesis típica de la revisión, normas propias de la hipótesis del conflicto colectivo general, incurriendo así en infracción directa de las disposiciones que se dejan indicadas. Debido a éllo desconoció, con clara violación de la ley, el derecho del sindicato de base, única parte que actuó en representación de los trabajadores en la celebración de la convención colectiva suscrita el

26 de mayo de 1965, y luego, en el acuerdo del 7 de junio de 1966, el derecho que consagra a su favor el artículo 39 del Decr. 2351 de 1965, a que se les descuenten a los trabajadores de la empresa no afiliados a dicha organización, las cuotas por beneficio de la convención.

"Y no se arguya que las mismas partes dieron el nombre de 'Convención Colectiva' al acuerdo de revisión firmado el 7 de junio de 1966, pues ello no cambia su naturaleza específica y, además, es obvio que se incorpora a la convención vigente y surte iguales efectos.

"Finalmente, es de anotar de paso que si ciertamente el Decr. 1373 de 1966 comenzó a regir en la fecha de su expedición, o sea el 26 de mayo de 1966, resultaba absolutamente imposible que el sindicato mayoritario diera aviso con 30 días de anticipación a la asociación gremial acerca de la realización de un acto que se cumplió exactamente dos días antes de que entrara en vigor el mencionado decreto, ya que la solicitud de revisión tiene fecha 24 de mayo de 1966".

Se considera:

artículos del código primeramente Los indicados por el recurrente reglamentan y definen, en su orden, las figuras laborales del arreglo directo, la conciliación y la convención colectiva de trabajo y la cita de ellos parece obedecer a la necesidad de integrar la proposición jurídica que se somete a examen de la Corte y a la tesis del cargo acerca de que el Tribunal le dio tratamiento de pliego de peticiones a lo que, en el sub lite, fue el ejercicio de la acción de revisión de la convención de 26 de mayo de 1965. Pero la resolución judicial, en lo que se impugna, no reposa en ellos y si el acusador lo estima así, en razón de que el fallo denomina "pliego de peticiones" al dicho pedimento de revisión, tal impropiedad no desconoció el hecho relativo al último ni lo reguló por aquellas normas, ni siguiera en su relación con los incisos 20. y 30. del literal b) del numeral 40. del art. 11 del Decr. 1373 de 1966, como lo expresó el ad quem, para los efectos de la distribución de las cuotas forzosas de los no sindicalizados. Y por nada de ello cabe hablar de ignorancia de los textos citados ni de rebeldía contra sus ordenamientos, que es en lo que consiste la infracción directa de la ley.

Los arts. 27, 28, 29, 30 y 31 del Decr. 2351 de 1965, que versan sobre la iniciación de conversaciones en razón de un pliego de peticiones, la duración de las mismas, la conciliación y la decisión de los trabajadores al fracasar la última, tampoco fueron aplicados por el sentenciador, y la inclusión de ellos en el cargo también parece responder a la necesidad de integrar la proposición jurídica y a la denominación que se le dió a la acción de revisión del sub lite, impropiedad que no configura la violación acusada en segundo término, pues la decisión del Tribunal no responde, como se ha dicho, a la aplicación de dichas normas.

Del art. 480 CST., sobre revisión de la convención colectiva, no puede decirse que se hubiese dejado de aplicar, pues el fallador partió del supuesto de que todo el conflicto surgió precisamente de la revisión que se hizo de la convención de 1965, aunque se hubiese referido a ella denominándola pliego de peticiones. Como tampoco es admisible el concepto de falta de aplicación respecto de los arts. 26 y 39 del Decr. 2351 de 1965, porque precisamente el fallo reposa sobre los dichos preceptos, transcritos inclusive a fl. 147 del cdno. ppal. v si del último dijo el Tribunal que contemplaba el caso de que en la empresa solo hubiese un sindicato, el asunto es de interpretación de la ley, y no como se le propone, debiendo agregar la Sala, respecto del art. 26 del Decr. 2351 de 1965, que él gobierna "la representación de los trabajadores para todos los efectos de la contratación colectiva", con lo cual comprende la acción de revisión, consideración ésta que es fundamental para la definición del asunto sobre que versa el recurso, pues por el dicho texto, el sindicato de base, que celebró la convención de 1965, a nombre también de la Asociación, mantuvo a ésta como sujeto de la de 1966, en razón del dicho fenómeno representativo, con la consecuencia de que la situación del gremial y la de sus afiliados se gobierna como en últimas fue decidido por el ad quem. No prospera, por lo expuesto, el cargo.

Segundo cargo:

Ha sido formulado así: "Infracción directa de los arts. 26 y 39 del Decr. 2351 de 1965, por falta de aplicación, infracción que condujo al fallador a aplicar indebidamente los art. 50., 80. y 48 de la Ley 153 de 1887.

El Tribunal da por establecido que el Sindicato de base es mayoritario y que en el acuerdo del 7 de junio de 1966 solo intervino éste. Pero afirma que si cohonestara la actitud de dicho Sindicato y de la empresa en su pretensión de retener las cuotas por beneficio de la convención a los trabajadores afiliados a la Asociación gremial, daría lugar a un enriquecimiento sin causa en favor de aquél.

Como es claro, los preceptos de la Ley 143 de 1887 que invoca el fallador, únicamente tienen cabida cuando se advierte silencio, obscuridad o insuficiencia en la ley.

No es esa la situación que se contempla en el presente asunto, puesto que existe norma expresa, conforme a la cual "cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá sindicato que agrupe a la mavoría de los trabajadores de dicha empresa" (art. 26 del Decr. 2351 de 1965), y por otra parte, el art. 39 del mismo decreto estatuve que "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".

"No existe, pues, silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley en relación con la materia controvertida.

"Y es obvio que si la ley autoriza la retención de cuotas a los trabajadores no sindicalizados o no afiliados al sindicato pactante de la convención y con destino a éste, no hay enriquecimiento sin causa".

Se considera:

Del art. 26 del Decr. 2351 de 1965 dijo el ad quem, como ya se indicó, que se aplicaba en el sub lite, lo que efectivamente hizo, aunque con entendimiento distinto al del acusador. (fls. 147 a 149 cdno. 10.). No cabe entonces hablar de falta de aplicación del mismo y si lo que se pretende es que erró el Tribunal al interpretarlo, el concepto de la violación de la ley sería distinto del formulado.

En cuanto al texto 39 del decreto citado también fue aplicado, según se dijo, aunque en sentido distinto al del acusador.

Con todo si el Tribunal decidió referirse a la Ley 153 de 1887, por estimar que aquellos textos no contemplaban exactamente la situación litigiosa y si tal referencia se considera equivocada, la resolución judicial, en últimas, no resulta violadora de la ley, pues lo que ella dispone, y el recurso censura, corresponde, a juicio de la Sala, al correcto entendimiento y aplicación de las normas que se señalan violadas. Así, el art. 39 del Decr. 2351 impone la obligación de pagar las cuotas ordinarias a los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención, situación que no puede predicarse de los afiliados al Sindicato gremial, sujetos de la celebrada en 1965 y de la revisada en 1966. Y el art. 26 del mismo decreto estatuye la representación, en caso como el del sub lite, de los trabaiadores del sindicato gremial por el sindicato de base que celebró una y otra, con lo cual sus afiliados son sujetos de ellas y no tienen por qué pagar las cuotas que reclama el último ni podían descontársele con destino al mismo, como se pretende.

Por consideraciones distintas, pues, acerca de los textos indicados, sin necesidad de la Ley 153 de 1887, la sentencia se conforma a derecho y el ataque no puede prosperar.

Tercer cargo:

El recurrente lo formula así: "Interpretación errónea del art. 39 del Decr. 2351, en relación con el art. 26 ibídem.

"Entiende el fallador que si a los afiliados a una organización distinta de la que ha llevado la representación de los trabajadores en la convención colectiva, se les retienen cuotas de su salario con destino a la segunda, a tiempo que por otra parte deben pagar la cuota ordinaria al Sindicato a que están afiliados, se consagra una doble cotización, que no autoriza la ley.

"Tal entendimiento es erróneo, puesto que la llamada cuota por beneficio de la convención no es en el fondo sino una contribución especial, que no está destinada, como la que cubren a las organizaciones sindicales sus miembros, para atender al sostenimiento de éllas, sino que tiene por fundamento una causa distinta, que no es otra que la contraprestación por el beneficio que van a obtener de las prestaciones extralegales y de las cláusulas sobre aumento de salarios, etc., logradas por el sindicato mayoritario, contratante de la convención.

"La interpretación errónea que se deja indicada, condujo al fallador a dejar de aplicar, siendo aplicable al caso, el art. 39 del Decr. 2351 de 1965, privando así de un claro derecho legal al sindicato contratante.

"De otro lado, parece indudable que los no sindicalizados a que se refiere la norma legal, son los que no están afiliados al sindicato que pactó la convención o, en el caso de representación conjunta de dos o más sindicatos, los no sindicalizados son los que no están afiliados a ninguno de los sindicatos que han intervenido en la contratación colectiva en representación de los trabajadores".

Se considera:

La Sala ha fijado, al decidir los dos cargos anteriores, su entendimiento acerca de los textos a que se refiere esta acusación. Y conforme a él, la Asociación Gremial fue sujeto de la convención de 1965 y de la revisión de 1966; sus afiliados no se hallan en la situación de trabajadores no sindicalizados y no tienen, por lo tanto, obligación de pagarle al sindicato de base que los representó cuotas ordinarias -distintas de las que pagan a su propia agremiación- para disfrutar de los beneficios convencionales. La retención que se les hizo fue indebida y las soluciones de la litis ajustadas a derecho, aún sin las consideraciones que motivaron al ad quem, con lo que el error que se pretenda de ellas carecería de incidencia y no sirve para destruir la sentencia, que es acertada en lo sustancial. Conviene agregar, en razón del concepto de este ataque, que para la Sala también es indudable, como lo expresa finalmente el acusador, que los trabajadores no sindicalizados a que se refiere el art. 39 del Decr. 2351 de 1965, son los que no están afiliados al sindicato que pactó la convención, cuando éste es el único sujeto trabajador de la misma, o los que no están afiliados a ninguno de los sindicatos sujetos, situación que no es la del gremial de autos, cuyos afiliados sí son sujetos tanto del convenio de 1965

Por razones distintas, pues, el fallo no quebranta la ley y el cargo no prospera.

como de su revisión de 1966.

Cuarto cargo:

Acusa interpretación errónea del artículo 50. del Decr. 1952 de 1961 y del ord. 2 del art. 11 del Decr. 1373 de 1966, a consecuencia de la cual dejó de aplicar el art. 39 del Decr. 2351 de 1965.

Para el recurrente, el Tribunal entendió que los preceptos primeramente indicados atribuyen "el carácter de representante de los trabajadores y de parte en las convenciones colectivas a las organizaciones minoritarias", cuando ellos "parten de la base de que la representación de los trabajadores 'no corresponda conjuntamente a varios sindicatos'", y de que tal representación,

"corresponderá al sindicato que agrupe a la mitad más uno de los trabajadores de dicha empresa "y según el ord. 4 del art. 12 del Decr. 1373 de 1966 solo "en los casos de negociación conjunta de un pliego de peticiones, las cuotas ordinarias que deben pagar los trabajadores no sindicalizados que se beneficien de la convención, serán descontadas de su salario y distribuídas por el patrono entre las diferentes organizaciones sindicales, en proporción al número de afiliados que tenga cada una de ellas en la empresa" y éste no es el caso de autos.

Se considera:

Para el Tribunal, el sindicato de base, ahora recurrente, agrupa a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. Esta fue su primera apreciación, que corresponde a supuesto incontrovertido de la litis, y por ello situó el problema, como debía hacerlo, no en el campo de la representación de los trabajadores conjuntamente por varios sindicatos sino en el de que la representación correspondía al de base, en el sub judice. Y si comentó que, en este caso, debía atenderse a las características de las otras organizaciones sindicales y que para la revisión no se hizo así, ello no constituye entendimiento equivocado de los textos en cita, aplicados por el fallador en el sentido de que la representación correspondía al sindicato de base y por ello -agrega la Sala- la Asociación Gremial, así representada, fue sujeto de la convención.

Por otro lado, el ad quen en ningún momento entendió, como se le censura, que correspondiese a la organización minoritaria, esto es, a la Asociación Gremial, la representación de los trabajadores, sino que ésta la fijó en el sindicato que agrupa a la mayoríal es decir, en el de base, conforme al art. 26 del Decr. 2351 de 1965, y sus comentarios acerca de lo que él debió hacer y no hizo responden a lo que reglamentan los textos 50. del Decr. 1952 de 1961, para la convención de 1965 y 11 del Decr. 1373 de 1966 para su revisión de este último año.

Finalmente, la aplicación que hizo el ad quem del ord. 4 del art. 12 del Decr. 1373 de 1966 no fue para resolver sobre las cuotas indebidamente deducidas a los afiliados a la Asociación, sino sobre las de los trabajadores no sindicalizados, esto es, a los no afiliados a ninguno de los dos sindicatos en litis, con decisión que también fue correcta pues el tal precepto no se refiere a los afiliados al gremial, como fue expresado ya y parece entenderlo también el acusador en su

cargo tercero.

No incurrió, pues, el sentenciador en las violaciones que se le imputan y el ataque no puede prosperar.

Quinto cargo:

Acusa infracción directa, por falta de aplicación, del art. 476 CST. en relación con la regla 5a. del art. 373 del mismo estatuto, violación que condujo a aplicar indebidamente el art. 8o. de la Ley 153 de 1887, en relación con los arts. 16 y 17 de la Constitución.

El ataque censura que se hubiese reconocido personería a la Asociación gremial para pedir la devolución de las cuotas deducidas a sus afiliados, en contra de lo resuelto sobre el particular por el a quo, cuyo juicio estima acertado.

Más para la Sala es incuestionable que la reclamación en examen está comprendida por la regla 5a. del art. 373 CST., como la apreció el ad quem, pues ella proviene de las pretensiones en pugna de los sindicatos de autos, y no versan propiamente sobre el cumplimiento de derechos convencionales o de acción de daños y perjuicios, sino sobre intereses comunes de los afiliados a las dichas asociaciones, de los cuales son representantes ellas mismas. Sin necesidad, pues, de la Ley 153 de 1887, cabía definir que esta cuestión litigiosa del campo del derecho colectivo también podía accionarse por el sindicato, como función propia del mismo, y la sentencia que así lo resolvió debe mantenerse.

No prospera el cargo.

Sexto cargo:

Acusa violación de los arts. 480 CST., 26 (numeral 30.) y 39 (ord. 20.) del Decr. 2351 de 1965, por falta de aplicación y 11 (ords. 20. y 30.) y 12 (ord. 40.) del Decr. 1373 de 1966, indebidamente aplicados a consecuencia de los siguientes errores manifiestos de hecho:

"a) En no dar por establecido, estándolo, que las únicas dos partes que intervinieron en la celebración de la convención colectiva de trabajo celebrada el 26 de mayo de 1965, fueron el Sindicato Textil del Hato, en representación de los trabajadores, y la Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. (Fabricato).

"b) En no dar por demostrado, estándolo, que el Sindicato de base tiene o tenía en la época a que se refiere el punto anterior, a la mayoría de los trabajadores de la Empresa.

"c) En no dar por demostrado, estándolo, que el 6 de junio de 1966 se llevó a cabo una simple revisión de la convención colectiva celebrada el 26 de mayo de 1965 entre el sindicato de base y la Empresa y que éstas eran las dos únicas partes interesadas".

Estos errores acontecieron por mala apreciación de la copia de la convención colectiva de 1965; del libelo inicial, en su hecho primero; de la carta en que el Presidente del Sindicato de base pidió la revisión de la convención y del acuerdo final, sobre ella, entre la Empresa y el dicho sindicato.

Se considera:

El Tribunal no incurrió en ninguno de los errores de hecho que señala el acusador. Por el contrario, su sentencia responde a los supuestos fácticos de que el sindicato recurrente agrupa a la mayoría de los trabajadores de la empresa; que lo que se llevó a cabo en junio de 1966 fue una revisión de la convención colectiva de 1965 y que las partes que celebraron ésta fueron el dicho sindicato y la Fábrica de Hilados y Tejidos El Hato. Si la resolución judicial no acogió las tesis del sindicato de base no fue por apreciación distinta de tales hechos, sino en razón de que, precisamente por el carácter mayoritario del organismo recurrente, éste tuvo la representación del gremial en la convención de 1965 y en la revisión de 1966, y, por ella, la asociación opositora fue parte en las mismas, como sujeto, con las conclusiones en derecho que se han considerado en esta providencia y por las cuales sus afiliados no se hallan en la situación de trabajadores no sindicalizados que deban pagar cuotas al Sindicato de base para disfrutar de los beneficios de la convención, y proceden los ordenamientos del ad quem, que se ajustan a derecho...

No es fundado el cargo.

Como las apreciaciones de la Sala difieren, sin embargo, en varios aspectos, de las del Tribunal y ellas han podido exponerse en virtud del remedio procesal estudiado, ha de exonerarse de las costas al recurrente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al

Tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Meiía Osorio, Secretario.

LA IGLESIA EN EL DERECHO LABORAL

Cuándo y en qué condiciones la Iglesia está sujeta al régimen de derecho laboral. Excepción en favor de las personas del derecho canónico, según el Concordato y los arts. 338 del C. S. T. y 20. del Decr. 53 de 1952. Cuestión atinente a los cementerios.

El C. S. T. actual recogió y plasmó el pensamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo ya que de sus regulaciones surgen con claridad palmaria los tres casos o hipótesis en que pueden concebirse las relaciones de la Iglesia, como entidad patronal, con trabajadores a su servicio. Tales casos son los siguientes: a) Si la lalesia obra con carácter de empresa, es decir, con ánimo de lucro, el contrato de trabajo se rige por las normas generales de la legislación laboral; b) Si la lalesia obra sin ánimo de lucro, en cuestiones que no se relacionan exclusivamente con fines espirituales como el servicio del culto, queda también sujeta a las normas del código, pero con las restricciones o limitaciones establecidas por el art. 338 del C. S. T. y los arts. 10. y 20. del Decr. 53 de 1952 en beneficio de los patronos que en el desarrollo de sus funciones persiguen fines de interés social, sin percibir utilidades ni repartir dividendos: c) Si la lalesia, finalmente, obra también sin ánimo de lucro, pero con finalidad dispuesta exclusivamente a los fines espirituales que le están adscritos, o sea el servicio del culto, como en el caso de los empleados dirigidos y depuestos únicamente por el Rector de la Iglesia, según el canon 1185 (sacristán, sochantres o cantores, organistas, sepultureros, campaneros, niños de coro y demás sirvientes), el asunto queda comprendido solo dentro de la legislación canónica, en punto en que es independiente de la civil y no hace parte de ésta, sino que la misma legislación nacional se refiere y remite a la canónica al declarar que las normas laborales sobre los patronos sin carácter de empresa no se aplican a aquellas personas que, de acuerdo con el concordato, están sometidas tan sólo al derecho canónico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, abril veintiséis de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puvana).

(Acta No. 26).

Pedro Luis Alvarez comenzó a trabajar como sepulturero en el cementerio de la Parroquia de Nuestra Señora de Belén, de Medellín desde el año de 1928 hasta el 3 de octubre de 1966, aunque en el lapso comprendido de 1945 a 1962 desempeñó también simultáneamente con el de enterrador los oficios de campanero y celador de la Iglesia y del reloj de la torre. Laboraba continuamente, inclusive los domingos y días festivos, sin recibir remuneración doble ni gozar de descanso compensatorio. El último sueldo que devengó fue de \$500.00 mensuales, del cual disfrutó hasta el 3 de octubre de 1966, fecha esta en que el gerente de la Corporación del cementerio arquiocesano La Candelaria, entidad en que resultó fusionado el cementerio de la Parroquia de Belén, le notificó la terminación unilateral del contrato de trabajo. Alvarez sobrepasa en la época del despido los cincuenta y cinco años de edad y los veinte de servicios.

Con apoyo en estos hechos que relata el apoderado del actor, Alvarez estableció demanda ordinaria contra la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria, representada por el señor Arzobispo de Medellín y por su Gerente el Presbítero Doctor Hernando Barrientos C. y contra la Parroquia de Nuestra Señora de Belén. representada por el mismo señor Arzobispo, para que sean condenadas solidaria o separadamente a pagarle lo que resulte por los conceptos de: a) remuneración por días festivos y dominicales trabajados: b) horas extras: c) reajuste de cesantía: d) indemnización, según el art. 80. del Decr. 2351 de 1965, por el despido sin justa causa; e) pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 4 de octubre de 1966; f) costas del juicio.

Contestó la demanda el apoderado de la Curia

Diocesana oponiéndose a la acción y desconociendo sus hechos fundamentales. Propuso, además, las siguientes excepciones: A) Declinatoria de jurisdicción, "consistente en que ese despacho carece, por disposición concordataria vigente, de competencia para conocer de la demanda promovida y no tiene jurisdicción sobre los demandados, ya que tanto las entidades mencionadas en la demanda como las personas que en su representación han sido convocadas, y como las relaciones en que ella dice fundarse, son de derecho canónico y no de derecho laboral y sobre ellos existe una jurisdicción propia, ajena a la de los jueces civiles y labores"; B) Ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada; C) Inexistencia de la obligación; y D) La Genérica.

Agotados los trámites del primer grado, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Medellín dictó una providencia por la cual, en razón de incompetencia de jurisdicción, se decreta la nulidad de toda la actuación a partir del auto admisorio de la demanda.

Apelado este proveído por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por sentencia fechada el 9 de agosto de 1968, revocó la decisión recurrida y en su lugar definió así la litis:

- "1. Condénase a la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria a reconocer y pagar al demandante Pedro Luis Alvarez, pensión de jubilación de \$375,00 mensuales a partir del 4 de octubre de 1966 hasta el 22 de septiembre de 1967, inclusive, y del 23 del mismo mes en adelante a \$420.00.
- "2. Se condena igualmente a la misma entidad a pagar al demandante Pedro Luis Alvarez, la suma de diez mil doscientos cincuenta pesos (\$10.250.00), como indemnización por despido ilegal e injusto.
- "3. Se absuelve a la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria de todos los demás cargos formulados.
- "4. Se absuelve a la Parroquia de Nuestra Señora de Belén de manera total respecto a las prestaciones e indemnizaciones de ella demandadas.

"Sin costas".

Contra este fallo interpuso el apoderado de la parte demandada el recurso de casación, que por haberse concedido, admitido y fundado en tiempo, pasa a ser examinado en su mérito.

LA SENTENCIA ACUSADA

En primer lugar censura acremente el Tribunal la decisión de primera instancia, que califica como una fácil salida para despachar el negocio. Procede luego a estudiar los elementos probatorios con los cuales pretende el demandante establecer sus servicios personales y encuentra que las declaraciones contestes de Julio Sánchez Buitrago v Elías Gutiérrez Posada son suficientes "para deducir una vinculación del demandante para con la Parroquia como sepulturero en el cementerio de Belén por un lapso superior a veinte años". Da también por demostrada con algunos documentos la sustitución patronal que se operó entre la Parroquia de Nuestra Señora de Belén y la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria, entidad esta última a la cual continuó prestando sus servicios el actor hasta el 4 de octubre de 1966 en que fue despedido. Prosigue el Tribunal diciendo que "otro hecho que igualmente aparece acreditado es el de que efectivamente el señor Pedro Luis Alvarez, al menos por algún tiempo y en forma simultánea, eiercía las funciones de celador nocturno de la Iglesia, controlaba el reloj de la Torre Parroquial y colaboraba en ciertos oficios del templo, pero estas circunstancias en nada se oponen a la relación de orden laboral como sepulturero en el cementerio".

A continuación aborda el Tribunal el punto neurálgico de la litis, que consiste en saber si el demandante Alvarez está ubicado en el campo de la jurisdicción canónica, como lo sostiene el a quo, o en el de la jurisdicción laboral. Con este propósito, el Tribunal comienza por expresar que las relaciones entre la Iglesia y el Estado se gobiernan por el régimen concordatario nacido del convenio de 1887, promulgado el 21 de septiembre de 1888, conforme al cual Colombia reconoce a la Iglesia como elemento esencial del orden social y se obliga a protegerla y respetarla en el pleno goce de sus derechos y prerrogativas, como también a garantizarle su plena libertad e independencia de la potestad civil y el respeto a la legislación canónica, independiente de la civil. Agrega que el art. 30 del Concordato dispuso que el gobierno de la República debía arreglar con los respectivos ordinarios diocesanos todo lo concerniente a cementerios, procurando conciliar las legítimas exigencias de carácter civil y sanitario con la veneración debida al lugar sagrado y a las prescripciones eclesiásticas, pero en caso de discordia el asunto sería materia de acuerdo especial entre la Santa Sede v el Gobierno de Colombia.

Al efecto, prosigue el ad quem, por la Convención Adicional al Concordato, fechada el 20 de julio de 1892 y aprobada por la Ley 34 del mismo año, se acordó que las causas civiles de los eclesiásticos y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las Iglesias, serían deferidas a los Tribunales Civiles, "de donde se infiere con más veras que también está atribuída a éstos la jurisdicción y competencia de las causas civiles y de los derechos temporales de los seglares, como lo son los trabajadores que prestan sus servicios a tales entidades, y ello por la dos órdenes implícita de distinción actividades de la Iglesia: las espirituales o del culto y las materiales o temporales, y siendo esto así, obviamente las Iglesias o fundaciones eclesiásticas en ciertos órdenes de actividad, son susceptibles de asumir frente a sus trabajadores la calidad de patronos en el sentido jurídico-laboral y sus relaciones están regidas por un verdadero contrato de trabajo".

Afirma luego el Tribunal que debe tenerse en cuenta el lugar o establecimiento donde el demandante prestaba sus servicios, como la índole de su actividad. "Tales servicios se prestaron en el cementerio Parroquial y la actividad cumplida por el actor fue la de sepulturero".

Transcribe y comenta después el ad quem el art. 15 de la Convención Adicional al Concordato de 1892, por la cual se estableció como regla general que todos los cementerios existentes en el territorio nacional, con excepción de los pertenecientes a individuos o entidades particulares, son entregados a la autoridad eclesiástica para que los administre y reglamente con independencia de la autoridad civil. Prosigue con la cita y comentario de los respectivos cánones concernientes a la sepultura eclesiastica y en lo que ésta consiste, de los lugares sagrados y de la naturaleza de los cementerios, cuyo carácter religioso depende de su consagración y bendición, que constituye la actividad espiritual que debe separarse de la parte simplemente material, porque "en cuanto a las obras también materiales de excavación de fosas o construcción de bóvedas y monumentos y en cuanto a quienes ejecutan tales obras son ajenas al culto y por tanto no sujetas aquéllas ni éstos al régimen canónico sino 'al civil u ordinario de cada Estado". Expresa ahora el sentenciador que el Canon 1154 guarda concordancia con el 90. del concordato, el cual permite a los ordinarios Diocesanos y Párrocos el cobro de emolumentos y provetos eclesiásticos, originados en la prestación de servicios religiosos.

lo cual no puede relacionarse en modo alguno con los cánones, arrendamientos o cualesquiera otros estipendios por el uso u ocupación temporal de las áreas y bóvedas de los cementerios, ni a la remuneración o salario que los ordinarios o párrocos satisfacen a los trabajadores que prestan sus servicios en ellos. "De todos estos cánones y disposiciones concordatarias —concluye el Tribunal— fluye nítidamente su referencia a las ceremonias o ritos del culto y a quienes en ellas participen como ministros del mismo, pero en manera alguna a las personas que solo cumplan una actividad material o temporal, como son los sepultureros".

Relata después el ad quem la interpretación contraria que tiene apoyo en el Canon 1185, conforme al cual los sepultureros, 'como los seminaristas, cantores, organistas, niños de coro, campaneros y demás empleados, integran el personal del culto y por ende las relaciones de orden laboral que con ellos se traben no constituyen contrato de trabajo susceptible de ser dirimido por esta jurisprudencia. "Tal concepto pregona el ad quem es errado, como se desprende de la letra misma del referido Canon, que solamente dispone que "salvo las costumbres legítimas y los convenios", tal personal lo nombra y despide el Rector de la Iglesia, y de él exclusivamente dependen, lo que significa que la autoridad civil ninguna ingerencia tiene en cuanto a su nombramiento y despido por la exclusiva dependencia del Rector de aquella, pero en ningún caso que en cuanto a sus derechos deban sujetarse privadamente a la jurisdicción eclesiástica, cuando aun las causas civiles de los mismos eclasiásticos y las que se refieren a la propiedad y derechos temporales de las iglesias han sido deferidas a los tribunales civiles, como ya se vio, por Convenio Adicional al Concordato del 20 de julio de 1892".

El Tribunal luego manifiesta que la propia Iglesia Católica no ha sido indiferente a la suerte de sus trabajadores y en prueba de este aserto reproduce los considerandos del Decreto de la Arquidiócesis de Medellín, por el cual se creó la Caja Arquidiocesana de Prestaciones Sociales, cuyo literal d) reza que "el canon 1185 coloca a los empleados de las Parroquias bajo la inmediata dependencia del Rector de la Iglesia", y el literal e) que "el art. 338 del C. S. T. excluye de la jurisdicción y competencia civil a todas las personas que de acuerdo con el Concordato están sometidas a la legislación canónica".

Finaliza el sentenciador declarando que "no se da un desacuerdo respecto a los derechos de los

trabajadores, sino solo en cuanto a las normas aplicables y a la jurisdicción que haya de conocer de las controversias que para su efectividad se suscitan, pero con los razonamientos que hasta aguí se han hecho, cree la Sala puede concluirse en que la justicia laboral es competente y de consiguiente se pasan a deducir los derechos que al demandante Pedro Luis Alvarez le corresponden de acuerdo con las pruebas allegadas al juicio". En pos de estas consideraciones solo le restan al ad quem las referencias probatorias de las cuales, saca, aunque "por aproximación" y sin restricción alguna, "va que tampoco fue posible obtener de la Administración de Impuestos Nacionales la certificación sobre el capital de la entidad demandada", el monto de las condenaciones hechas en concepto de pensión de jubilación e indemnización por despido injusto.

Cargos a la sentencia

Con la pretensión de ser casada parcialmente la anterior sentencia en cuanto condene a la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación y la indemnización por despido ilegal e injusto, para en su lugar absolverla de tales súplicas, el recurrente hace tres cargos a la sentencia, todos por la causal primera del art. 60 del Decr. 528 de 1964, de los cuales la Corte examina el segundo cuya formulación es la siguiente:

"Acuso la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín por la causal 1a. de casación contemplada en el art. 60 del Decr. 528 de 1964, que modificó el art. 87 del C. P. T., esto es, por ser violatoria de la Ley sustancial expresada en los arts. 20. 30., 40 y 10 de la Ley 35 de 1888, por medio de la cual se ratificó el concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado Colombiano, 16 de la Ley 153 de 1887, 24 y 25 de la Ley 57 de 1887, 338 del C. S. T. en concordancia con los arts. 10. y 20. del Decr. 53 de 1952 y cánones 1160, 1185, 1524, 607, 682, 335 y 1572 del Código de Derecho Canónico.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo por infracción directa, derivada de haberse dejado de aplicar tales preceptos al caso de antes, siendo precedente y obligatoria su aplicación.

"La sentencia es asimismo violatoria de los arts. 90. y 30 de la Ley 35 de 1888 por la cual se ratificó el Concordato, 10, 15 y 19 de la Ley 34 de 1892 por la cual se ratificó la Convención Adicional al Concordato celebrado entre la Santa Sede y el Estado Colombiano y los cánones 108, 488, 1203, 1204, 1154, 1552 y 1553 del Código de Derecho Canónico.

"La violación de las anteriores disposiciones sustanciales se produjo por interpretación errónea, derivada de no haber sido entendidas tales normas en su recto sentido.

"Como consecuencia de las anteriores violaciones el sentenciador infringió también directamente los arts. 22, 23, 67, 68 y 260 del C. S. T., 50. y 80. del Decr. 2351 de 1965 y 20. de la Ley 7a. de 1967, por haber aplicado indebidamente dichas normas no siendo procedente su aplicación al caso estudiado".

Para decidir del cargo la Sala considera:

1. El régimen concordatorio vigente a partir de la Constitución de 1886 consagró a través de varias estipulaciones consignadas en el Convenio del 31 de diciembre de 1888, que la Iglesia católica conservaría en adelante su plena libertad e independencia de la potestad civil, y por consiguiente sin ninguna intervención de ésta podría ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica conformándose en su gobierno y administración con sus propias leyes (art. 20.); que la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será solamente respetada por las autoridades de la República (art. 30. del Concordato reproducido por el art. 16 de la Ley 153 de 1887); y que en la Iglesia representada por su legítima autoridad jerárquica reconoce el Estado verdadera y propia personería jurídica y capacidad de gozar y ejercer los derechos que le corresponden.

La exégesis de las anteriores estipulaciones concordatarias llevó a la jurisprudencia de la Corte a afirmar que ellas reconocían al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del Estado Colombiano, pero en capacidad de producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, cuando éste difiere expresamente, en ciertas materias, al derecho de la Iglesia. La referencia que la legislación nacional hace de la canónica en ciertos casos y materias, es formal y no recepticia, pero de ella se desprenden, según la misma jurisprudencia. consecuencias muy importantes, como son la posibilidad de denunciar la violación de las normas canónicas, aun en casación; la aplicación de esas normas por los jueces del Estado aun cuando no sean expresamente invocadas por las partes en los juicios civiles; la necesidad de que su interpretación sea hecha según los criterios que establece el mismo derecho canónico; la no aplicabilidad, respecto de las normas canónicas, de algunos criterios propios del derecho del Estado, que están en posición con los del derecho canónico; y en particular, la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución.

2. En el campo de derecho laboral anterior a la vigencia del actual C. S. T., la jurisprudencia del Tribunal Supremo, inspirada en el solo criterio relacionado con la finalidad económica que persigue el contrato de trabajo, había concluído que una parroquia de la Iglesia Católica, o de cualquiera otra Iglesia, en cuanto sus actividades se dirijan a cumplir con los fines espirituales o religiosos que les son propios, no tiene el carácter de patrón. Mas cuando la Iglesia explota económicamente o desarrolla una cualquiera actividad con ánimo de lucro, las relaciones con sus asalariados constituyen contrato de trabajo que se gobierna por las normas del derecho positivo laboral.

El C. S. T. actual recogió y plasmó el pensamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo ya que de sus reglaciones surgen con claridad palmaria los tres casos o hipótesis en que pueden concebirse las relaciones de la Iglesia. como entidad patronal, con trabajadores a su servicio. Tales casos son los siguientes: a) Si la Iglesia obra con carácter de empresa, es decir, con ánimo de lucro, el contrato de trabajo se rige por las normas generales de la legislación laboral; b) Si la Iglesia obra sin ánimo de lucro, en cuestiones que no se relacionan exclusivamente con fines espirituales como el servicio del culto, queda también sujeta a las normas del código. pero con las restricciones o limitaciones establecidas por el art. 338 C. S. T. y los arts. 10. y 20. del Decr. 53 de 1952 en beneficio de los patronos que en el desarrollo de sus funciones persiguen fines de interés social, sin percibir utilidades ni repartir dividendos; c) Si la Iglesia, finalmente, obra también sin ánimo de lucro, pero con finalidad dispuesta exclusivamente a los fines espirituales que le están adscritos, o sea el servicio del culto, como en el caso de los empleados dirigidos y depuestos únicamente por el Rector de la Iglesia, según el canon 1185 (sacristán, sochantres o cantores, organistas,

sepultureros, campaneros, niños de coro y demás sirvientes), el asunto queda comprendido solo dentro de la legislación canónica, en punto en que es independiente de la civil y no hace parte de ésta, sino que la misma legislación nacional se refiere y remite a la canónica al declarar que las normas laborales sobre los patronos sin carácter de empresa no se aplican a aquellas personas que, de acuerdo con el concordato, están sometidas tan solo al derecho canónico.

3. La cuestión relacionada con los cementerios que tanto preocupa al tribunal sentenciador dada la afinidad u oficio predominante en el actor, que es el de sepulturero, no presenta las dificultades que el ad quem supone y que lo llevan a distinguir, para los efectos de aplicación de las normas laborales, entre las actividades materiales propias del enterrador (excavación de fosas, construcción de bóvedas y monumentos) y las de orden espiritual que corresponden a los ministros del culto cuando practican estos los ritos sagrados en la ceremonia del enterramiento.

El concordato de 1887 se ocupó en su artículo 30, desde el primer momento, por advertir que el Gobierno de la República arreglaría con los respectivos ordinarios diocesanos todo lo concerniente a cementerios, procurando conciliar las legítimas exigencias de carácter civil y sanitario con la veneración debida al lugar sagrado y las prescripciones eclesiásticas, pero en caso de discordancia este asunto sería materia de un acuerdo especial entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia. Por medio de la Convención Adicional celebrada entre las dos potestades y aprobada por la Ley 34 de 1892, se acordó, en efecto, como regla general "que todos los cementerios que existen en el territorio de la República, con excepción de los que sean de propiedad de individuos o entidades particulares, serán entregados a la autoridad eclesiástica, que los administrará v los reglamentará independientemente de la autoridad civil" (art. 15); se estipuló igualmente que la Iglesia solo reconoce al Estado el derecho de vigilar los cementerios en lo tocante a la higiene: de dictar reglamentos de policía en casos extraordinarios, v. gr. de epidemia; y de pedir la sepultura en ocasiones también excepcionales, como abandono de cadáveres, de acuerdo con la autoridad eclesiástica (art. 19) y que "en todas esas circunstancias el poder civil procurará obrar siempre en armonía con la autoridad eclesiástica, para evitar cualquier disentimiento". (art. 20). Este Convenio Adicional se firmó "a fin de prevenir todo desacuerdo respecto del fuero clerical y principalmente en la aplicación del art. 80. del concordato de 31 de diciembre de 1887, así como para dar cumplida ejecución al art. 30 del mismo Concordato sobre cementerios".

Con posterioridad a la Ley 34 de 1892 solo se expidió en materia de cementerios la Ley 92 de 1938, que al cercenar facultades reconocidas a la Iglesia fue objeto de acusación de inexequibilidad ante la Corte Plena. Dijo entoces esta corporación al anular algunas disposiciones de dicho estatuto: "La administración de los cementerios dada a la Iglesia por el Concordato aparece a la sola vista de sus cláusulas ya mencionadas, sin que sea necesario a la Corte, para admitir esa realidad, entrar en disquisiciones sobre el contenido de aquellas cláusulas convencionales.

"Teniendo la Iglesia Católica, por virtud del Concordato, la administración de los cementerios, y siendo constitucionalmente los asuntos tocantes con las relaciones entre el Estado y la Iglesia propios de pactos internacionales, es contrario a la norma ya comentada del Estatuto, art. 50, el que se expidan leyes como la acusada, sin origen en un acuerdo partes. Atribuída previo de las constitucionalmente al Organo Ejecutivo la celebración de convenios con la Santa Sede, la Ley 92 de 1938, en sus disposiciones acusadas, quebranta asimismo el precepto del art. 71, numeral 20. de la Carta, que prohíbe al Congreso inmiscuirse por medio de resoluciones o leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros órganos del poder".

- 4. La materia de los cementerios, aunque de fuero mixto porque en algunos aspectos, como la salubridad y la higiene, el Estado tiene ingerencia en ellos, no se remite a dudas en cuanto a la facultad administrativa que compete exclusivamente a la Iglesia, en virtud del carácter sagrado que, con los templos y oratorios, tienen aquellos lugares, y que le permite, en consecuencia, a sus Rectores, nombrar, dirigir v deponer exclusivamente al personal de enterradores, tal como lo señala inequivocamente el aludido Canon 1185; por donde la intervención de la jurisdicción civil en este punto resulta incompatible con la independencia que se reconoce a la legislación canónica, ya que como lo advierte Cavigioli, en cuanto a las materias que pertenecen al fuero eclesiástico compete también a la Iglesia al derecho propio y exclusivo de juzgarlas.
 - 5. Sobre un conjunto de normas sustanciales,

claras, ya tengan o no origen concordatario, donde se reconoce la independencia y el respeto que merece la legislación canónica y además, la imposibilidad de aplicar las reglas jurídicas laborales a las personas que, como los sepultureros, son sujetos del derecho eclesiástico, el Tribunal sentenciador desvió su criterio dejando de aplicarlas al caso litigioso que les correspondía, para aplicar en su lugar aquellas otras normas laborales que no le correspondía aplicar, configurándose así la violación directa de la ley en los conceptos que el recurrente señala. Por un lado, en efecto, se desconocieron abiertamente, aunque el ad quem las haya citado, ciertos textos legales que reconocer el imperio de la legislación canónica y la inaplicación de la civil a la materia del pleito, como son los arts. 20. 30. y 40. de la Ley 35 de 1888, el art. 16 de la Ley 153 de 1887 y los arts. 338 C. S. T. v 2o. del Decr. 53 de 1952; v por otro se hizo una interpretación ostensiblemente equivocada de los de origen concordatario o simplemente canónico que se refieren a la materia de los cementerios, como los arts. 30 de la Ley 35 de 1888 (Concordato), 10, 15 y 19 de la Ley 34 de 1892 (Convención Adicional), referidos a los cánones que cita el recurrente. Como consecuencia de esta violación legal de diverso concepto, se aplicaron indebidamente al caso normas legales que no le eran aplicables, como los arts. 260 C. S. T., 5o. y 8o. del Decr. 2351 de 1965 y 2o. de la Ley 7a. de 1967.

En consecuencia, prospera el cargo.

Por mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE el fallo recurrido, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el nueve (9) de agosto de 1968, en sus numerales 10. y 20. de la parte resolutiva, revoca el de primera instancia, absuelve a la Corporación del Cementerio Arquidiocesano La Candelaria de todos los cargos que en relación con un contrato laboral le formuló en la litis el demandante Pedro Luis Alvarez.

Costas en las instancias a cargo del demandante. Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBA DE LA PERSONERIA

De acuerdo con el espíritu que informa el art. 36 del C. P. L., los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva, no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal ese punto, por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello, en la parte final del art. 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba.

Por otra parte, como lo tiene ya establecido la jurisprudencia de esta Sala, la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva del demandado, o a la nulidad de su representación, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse como cuestión principal del debate, y es sabido que las cuestiones principales se proponen como acción o como excepción al comienzo del juicio con la presentación de la demanda y su contestación y hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda precisada la relación jurídico-procesal que debe desatar la sentencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, abril treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 22).

Surtido el trámite legal procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia con que el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Pedro Padilla Lobo contra la sucesión de Héctor Manuel Cabeza, representada por la señora Celestina Hernández de Cabeza.

ANTECEDENTES

Se relata en la demanda inicial del juicio que en virtud de contrato verbal el demandante Pedro Padilla Lobo entró a trabajar bajo la subordinación del señor Héctor Manuel Cabeza, el 10 de enero de 1949, y en esta forma siguió prestando sus servicios hasta el 20 de febrero, en que dicho patrono falleció, devengando un salario de seis pesos (\$ 6.00) diarios, más habitación y dos (2) botellas diarias de leche; que Padilla Lobo continuó trabajando hasta el 4 de mayo de 1962, sin que entre el citado 20 de febrero y esta última fecha se le pagara la remuneración correspondiente; y que además de estos salarios no se le han reconocido sus prestaciones sociales.

Con base en estos hechos se pidió allí se condenara a la sucesión del citado Hector Manuel Cabeza, representada por la señora Celestina Hernández viuda de Cabeza, a pagar al actor los salarios insolutos, la cesantía, las vacaciones; las primas, calzado y overoles, "salarios caídos" y las costas del juicio.

En la contestación de esta demanda, el apoderado que la señora Hernández de Cabeza constituyó "como representante legal de la sucesión de mi finado esposo Héctor M. Cabeza", acepta el hecho de la muerte de éste y manifiesta que ignora los demás, por cuyo motivo deben probarse, y que se opone a la prosperidad de las peticiones formuladas.

Concluído el debate, el señor Juez Primero del Trabajo de Cartagena, que fue el del conocimiento, decidió el negocio en sentencia de 28 de enero de 1963, condenando a la sucesión demandada a pagar al demandante, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, a más de las costas de la instancia, \$2.387.00 por cesantía, \$1.170.00 por vacaciones, \$1.986.20 por primas de servicio, \$180.00

por prima de beneficios, \$438.00 por salarios insolutos comprendidos entre el 20 de febrero y el 4 de mayo de 1962 y \$6.00 diarios por la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C. S. T., desde el 5 de mayo de 1962 hasta cuando se efectúe el pago o consignación de las prestaciones y salarios anteriormente determinados, lo mismo que a suministrarle 22 pares de zapatos y 22 overoles.

En virtud de apelación del apoderado de la demandada, el Tribunal Superior de Cartagena, a través de su Sala Laboral, resolvió la alzada, una vez surtido el trámite correspondiente, en fallo de 17 de abril de 1963, en la siguiente forma:

"1. Confirmanse las condenas por concepto de Auxilio de Cesantía, Vacaciones, Salarios, Calzado y Overoles, hechas por el Juez de primera instancia las que alcanzan a la suma de \$ 3.995.00, más 22 pares de calzado y 22 overoles.

"Confírmase también, la condena en las costas correspondientes a la primera instancia.

- "2. Reformase la condena hecha por concepto de primas, la cual se hace por la suma total de \$ 2.222.00.
- "3. Absuélvese a la demandada por concepto de la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C. S. T.

"Sin costas en la presente instancia".

La misma parte demandada interpuso contra esta providencia el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte, dando lugar al adelantamiento del trámite correspondiente hasta poner el proceso en estado de decidir lo pertinente, a lo cual se procede teniendo en cuenta únicamente la demanda extraordinaria, por no haberse formulado oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el impugnador con su recurso "sea casada totalmente la sentencia acusada y, en su lugar, convertida la Sala Laboral de la Corte en Tribunal de instancia, se revoque la mencionada condenación". Subsidiariamente aspira a que se hagan las modificaciones parciales que indica al formular cada cargo y las cuales se precisarán al estudiar éstos.

LOS CARGOS

Dichas impugnaciones, para la consecución de los fines enunciados, son las siguientes:

Primer cargo.- Se acusa en éste el fallo memorado de "ser violatorio de los arts. 57 ord. 40. del C. S. T.; de los arts. 186, 189 (art. 70. del decreto Legislativo 617 de 1954), 230, 232, 249, 253 y 306 del mismo Código, y los arts. 40. y 50. del Decr. 3.871 de 1949, por error de derecho derivado del quebrantamiento del art. 61 del C. de P. L., en conexión con los arts. 18 y 19 de la ley 92 de 1938".

Se asevera, para sustentar esta acusación. que los únicos elementos de convicción aportados a los autos son las declaraciones de Nemesio Guerrero y Prisquiniano Padilla Rocha, con los cuales el Tribunal dio por probados todos y cada uno de los hechos de la demanda, entre ellos la muerte de Héctor Manuel Cabeza y la consecuencial existencia de su sucesión o herencia, lo mismo que su representación por parte de Celestina Hernández de Cabeza, no obstante que estos últimos requieren para su establecimiento prueba solemne, por lo cual, al tenor de la parte final del primer inciso del art. 61 del C. P. del T., la referida entidad falladora no les podía dar por demostrados con elementos probatorios diferentes, como el testimonial. Al dejar de aplicar el ad quem esta regla probatoria, incurrió en error de derecho, según la específica definición contenida en el ord. 2o. del art. 87 del citado estatuto legislativo.

La falta de la prueba solemne del hecho de la muerte del señor Cabeza, que conforme a la ley da origen al fenómeno jurídico de su sucesión o herencia, y del parentesco con el difunto de la persona designada como representante de la misma, a quien, por lo demás, no se le asignó concretamente por el demandante el carácter en que le atribuye dicha representación, si como heredera, como cónyuge sobreviviente, u otro cualquiera, evidencia la ausencia de un presupuesto procesal o de una de las condiciones o requisitos de la acción, según la jurisprudencia y los doctrinantes, que conduce a la inhibición para la decisión de fondo o a la absolución fundamental, cosa que no hizo el Tribunal por el error de derecho en que incurrió y que lo llevó a condenar, en cambio, en la forma en que lo hizo, infringiendo así las normas procesales citadas y los arts. 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 y a través de ellas las sustantivas laborales enunciadas en el cargo. Sin que sea dable enfrentar contra esta conclusión, en lo atinente a la representación de la herencia memorada por la demandada,

que ésta la ha aceptado en la condición de heredera, o de conyuge, o delegatoria, porque ninguna de estas calidades le asignó el demandante.

Por todo lo anterior, debe casarse totalmente la sentencia recurrida "para, en su lugar, convertida la Sala en Tribunal de instancia, absolver a la parte demandada o declararse inhibida para el pronunciamiento de fondo por falta de un presupuesto procesal o de uno de los elementos esenciales de la acción".

Para resolver, la Corte considera:

La demanda inicial del juicio se dirigió contra la sucesión de Héctor Manuel Cabeza, representada por Celestina Hernández de Cabeza, sin especificarse concretamente la calidad que le confiere a esta señora dicha representación v sin aparejar la prueba del hecho legalmente generador de la herencia referida y la del relacionado con la representación asignada a la Hernández de Cabeza, pruebas que tampoco se pidió se allegaran a los autos durante curso del debate, pues las que allí se solicitaron y luego se decretaron fueron varias declaraciones, absolución de posiciones y una inspección ocular sobre los libros v demás documentos que se encontraren en la finca "El Playo", con el objeto de establecer "fechas de salida v entrada, salario", de las cuales solo se recibieron los testimonios de Nemesio Guerrero y Prisquiniano Padilla Rocha, quienes respondiendo al interrogatorio del Juez del conocimiento, que los recepcionó, dieron cuenta, entre otras cosas, de la muerte de Héctor Manuel Cabeza.

La demandada, por su parte, no discutió en forma alguna en las instancias, la existencia de la sucesión ameritada y su representación por la señora Hernández de Cabeza y, antes por lo contrario, ella expresamente aceptó esta última en el poder dado al abogado que la patrocinó dentro del juicio, quien en la contestación de la demanda admitió la evidencia de la muerte de Cabeza, hecho que legalmente origina el fénomeno jurídico de su herencia o sucesión, y aun lo alegó en la segunda instancia como determinante de la suspensión de la relación laboral. Por esto, tanto el Juez como el Tribunal definieron el fondo del negocio, en sus respectivos fallos.

Si en lugar de comportarse de esta manera, se plantea en las oportunidades aludidas la ausencia de las pruebas jurídicamente eficaces acerca de la existencia de la sucesión demandada y de la personería de la señora señalada como representante de la misma, como son las partidas del estado civil sobre la muerte del causante y del matrimonio que hubiera contraído, así como también la del hecho de no haberse encontrado asentadas en los libros de registro correspondientes, para darle paso a la supletoria prevista en la legislación civil, los falladores judiciales habrían tenido que estudiar estos extremos integradores del proceso y seguramente habrían tenido que concluir que semejantes ocurrencias impedían la resolución de mérito del juicio, con mayor razón cuando la enseñanza que fluve del art. 36 de, C. P. del T. los obligaba, hecho el planteamiento, a adentrarse en tales cuestiones para hacer el pronunciamiento del caso, el que si a pesar de lo anotado resultaba adverso al sustentante podía replantearse ante la Corte en casación.

Resulta así claro que estos aspectos del proceso se traen a cuento por primera vez aquí con motivo de este recurso extraordinario, constituyendo, por lo mismo, un medio nuevo de impugnación, sorpresivo para la contraparte y contrario al principio de lealtad con que los contendientes deben portarse dentro del proceso laboral, que por injurídico rechaza la jurisprudencia reiterada de la Corte y la doctrina de los autores.

Por lo demás, la conducta observada por las partes obligaba a los falladores de instancia, al tenor de la norma legal últimamente invocada, a definir en el fondo el proceso, sin la prueba echada de menos. Así lo dijo esta Sala de la Corte en casación de 21 de marzo de 1968, proferida dentro de otro negocio similar al presente, adelantado por Julio Padilla contra la misma sucesión de Héctor Manuel Cabeza, representada también por la citada Celestina Hernández de Cabeza, decisión ésta en la que, en efecto, después de transcribirse el precepto legal referido, se sostuvo lo siguiente:

"Ahora bien. En el presente asunto el actor designó como demandada la sucesión de Héctor Manuel Cabeza y a la señora Celestina Hernández de Cabeza, como representante de la misma. A ésta, le fue notificada la demánda y se le corrió el traslado respectivo, no presentó objeción alguna sobre la existencia de la sucesión o sobre su carácter de representante de ella al contestar el libelo, y el juicio llegó hasta su culminación en tales condiciones. Así las cosas, el Juez debía fallar conforme al último inciso del artículo transcrito, "sin consideración a la falta de esa prueba" y de esta manera procedió.

"Arguye el recurrente que "la sucesión no es una persona jurídica por sí misma"; pero, tampoco lo son las de derecho privado, no obstante lo cual el precepto que se comenta, exonera al demandante de la obligación de probar su existencia e impone al Juez el decidir "sin consideración a la falta de esa prueba".

"Trae también al respecto algunas jurisprudencias de la Sala Civil de la Corte según las cuales, la falta de legitimación en causa, por activa o por pasiva, bien sea con la tesis sobre presupuestos procesales o con la de las condiciones o requisitos de la acción, "siempre llegó a la conclusión de que la decisión debía ser en el sentido inhibitorio o en el de la absolución fundamental". Estas doctrinas, empero, no tienen validez en los asuntos del trabajo, pues dicen relación al art. 232 C. J., cuyo contenido y alcance son diferentes del 36 en comento.

"En efecto: aquel libera al demandante "de presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad"; pero no dice lo mismo respecto de la existencia de la persona demandada, ni establece que en ausencia de la demostración de esos hechos, deba fallar el Juez "sin consideración a la falta de esa prueba". Es ésta, disposición especial para los negocios laborales, que hace inoperante el estudio de los presupuestos procesales o de las condiciones o requisitos de la acción respecto de la legitimación en causa del demandado.

"Por eso, el Tribunal Supremo del Trabajo, a raíz de la expedición del Código Procesal Laboral, asentó: "Habiendo dejado de ser necesaria la prueba de la existencia de la persona jurídica demandada, en virtud del art. 36 del Decr. 2158 de 1948, no es lógico que al decidir un juicio, con posterioridad a la fecha en que tal disposición comenzó a regir, se declare fundada la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada, por no haberse presentado esa prueba en la debida o portunidad" (C. de T. T. V pág. 263).

"Es claro, por los propios términos de la invocada norma, que si en el juicio de debate como cuestión principal la existencia de la persona demandada o la calidad de su representante o ha habido controversia al respecto, el juez no puede decidir el negocio sin que se haya producido la demostración plena de esos hechos. Pero en el caso sub judice no ocurrió ninguno de esos eventos y, por tanto, el fallo

podía y debía pronunciarse aún con ausencia de las mencionadas pruebas.

"De la misma manera esta Sala de Casación, en sentencia de 30 de noviembre de 1966 (Amilcar Puentes vs. Ferretería Industrial Ltda.), aún no publicada en la Gaceta, sostuvo:

"De acuerdo con el espíritu que informa el art. 36 del C. P. T., los problemas sobre personería sustantiva o adjetiva, no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como cuestión principal ese punto, por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello, en la parte final del art. 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba.

"Por otra parte, como lo tiene ya establecido la jurisprudencia de esta Sala, la controversia relativa a la existencia o personería sustantiva del demandado, o a la nulidad de su representación, para que pueda producir efectos en juicio debe plantearse como cuestión principal del debate, y es sabido que las cuestiones principales se proponen como acción o como excepción al comienzo del juicio con la presentación de la demanda y su contestación hasta la primera audiencia de trámite, momento en el cual queda precisada la relación jurídico-procesal que debe desatar la sentencia".

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Segundo cargo. Se lo formula como subsidiario, para el caso de que no prospere el anterior, en los términos siguientes:

"Acuso la sentencia por ser violatoria, en el concepto de aplicación indebida, de los arts. 186, 189, art. 7o. del Decreto Legislativo 617 de 1954, 230, 232, 249, 253 y 306 del C. S. T., y de los arts. 4o. y 5o. del Decreto 3.871 de 1949, a causa de error de hecho manifiesto en los autos y proveniente de apreciación equivocada de las declaraciones recibidas en el curso del proceso".

Se anota en la sustentación que si bien Nemesio Guerrero y Prisquiniano Padilla Rocha expresaron en sus testimonios, y así lo reconoce el Tribunal, que el demandante había entrado a trabajar en el mes de enero de 1949, "ninguno précisó la fecha de esa supuesta iniciación de servicios", no obstante lo cual el ad quem "procede, por cálculo, a adoptar la fecha del 31 de enero de 1949, procedimiento que resulta a todas luces

arbitrario y, por consiguiente, inadmisible". Esta conducta "desvía la cuestión hacia campos de improvisación que no pueden admitirse en materia laboral, porque la duración de un contrato de esta índole, supuesta su existencia, no puede medirse, como se dice comunmente "a ojo de buen cubero", sino que es necesario que ese punto de partida quede debidamente acreditado en el proceso para poder hacer la computación de las consiguientes prestaciones".

Como consecuencia de este error de hecho, derivado de la equivocada apreciación de los testimonios mencionados, el Tribunal impuso las condenas censuradas, violando las normas legales que se han enunciado, al aplicarlas indebidamente al caso de autos, por lo cual debe ser infirmada "la sentencia en lo atinente a las condenaciones por vacaciones, zapatos y overoles, cesantía, prima de servicios y prima de beneficios. En su lugar, convertida la Sala en Tribunal de instancia, debe absolver a la parte demandada o, en su defecto, hacer las reducciones consiguientes".

Para resolver, la Corte considera:

Sobre el punto planteado por el recurrente, el Tribunal razona así:

"Dice el apoderado de la demandada, que por el hecho de no haberse demostrado la fecha exacta de iniciación, habría de absolverse pues esta fecha debe probarla el actor con exactitud matemática, pues de lo contrario incurriría en notoria injusticia al hacer las condenaciones.

"Sabiamente, el Juez de la primera instancia consideró que habiéndose demostrado plenamente que ello ocurrió en el mes de enero de 1949, se tomaría como fecha de iniciación el último día de ese mes. Así, si el trabajador hubiera empezado el día 15 o 17, por ejemplo, naturalmente que tendría derecho también a que las prestaciones se le reconocieran por 15 o 12 días más, que al tomar como fecha de iniciación el día último, no se tendrán en cuenta. Pero sería mucho más injusto desconocerle el derecho a prestaciones en más de 13 años, que se ha demostrado indubitablemente que los trabajó.

En cuanto a lo que toca a la parte demandada, el valor de las prestaciones que tendrá que pagar será un poco menor que lo hubiera sido si se precisa que el contrato se inició en uno de los primeros días de ese mes. Tampoco podrá considerar injusto este proceder".

No son equivocadas estas apreciaciones del Tribunal, pues demostrado como está con los testimonios de Nemesio Guerrero y Prisquiniano Padilla Rocha que el demandante empezó a prestar sus servicios personales a Héctor Manuel Cabeza en el mes de enero de 1949, sería contrariar la realidad si se diera por inexistente la relación laboral por el hecho de que los deponentes no hubieran podido precisar, por el transcurso del tiempo, el día exacto de ese mes en que ella se iniciara; y se contrariarían asimismo, por ende, los dictados de la lógica y el espíritu que informa la legislación laboral reconocido en el art. 10. del C. S. T., si se calificara de jurídicamente inadmisible la fijación, frente a la circunstancial ocurrencia ameritada, como punto de partida del pacto el último día del mes señalado en los testimonios que lo establecen, con mayor razón cuando en esta forma no se empeora la situación de la parte demandada ni se vulnera la justicia y se mantiene así, al propio tiempo, el equilibrio social. En todo caso, y aun suponiendo que esto fuera discutible, al sostenerse no se caería en el absurdo y consecuencialmente en el error manifiesto u ostensible que legalmente incide en casación.

En otras ocasiones, al confrontarse eventos similares al presente, esta Sala de la Corte ha rechazado el error de hecho atribuído al ad quem. Así, en la casación de 11 de marzo de 1968 (juicio de Argemiro Córdoba contra Distribuidora Aguila S. A.), dijo lo siguiente: "Surge claro de lo transcrito que la relación laboral duró dos años v medio, más o menos. Esto es lo que sostienen, contestes, los declarantes anteriores. Pero como no fijaron fechas precisas de comienzo y terminación de aquella, el Tribunal la dedujo, aceptando las determinadas en la demanda, que comprenden un lapso acorde con el indicado por los testigos. 15 de marzo de 1958 a 31 de julio de 1960. Se valió, pues, de la prueba indiciaria o presunción de hombre y obró así dentro de la soberanía que le otorga el art. 61 del C. P. L. para estimar el mérito de las pruebas. Esta deducción no contraría lo afirmado por los declarantes, sino que se coloca dentro de lo sostenido por ellos, razón por la cual no puede aceptarse que al sacarla incurrió en evidente o manifiesto error de hecho. Que era más lógico que hubiera dicho: como los testigos no concretan fechas exactas, no se sabe entre cuáles se desarrolló el contrato y, por tanto, debe absolverse a la empresa, es cuestión subjetiva, del criterio con que se aprecian las pruebas y este modo de razonar no muestra error de hechó, que debe aparecer configurado objetivamente por haber visto el juzgador en un medio probatorio lo que en él no existe o por haber mirado en el mismo lo que no comprueba. Y lo cierto es que los testigos invocados son precisos y contestes en el hecho de la duración aproximada del contrato, dos años y medio más o menos, y en aquellos en que se ejecutó, 1958, 1959 y primer semestre de 1960. No fue, pues, en contradicción de este hecho, sino, al contrario, para concretarlo, como el Tribunal aceptó las aludidas fechas".

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Tercer cargo. - Se lo formula así:

"Para el caso de que no prosperara ninguno de los dos cargos anteriormente formulados, vengo a plantear esta tercera acusación contra la sentencia recurrida, con base en que ella viola por errónea interpretación los arts. 230 (art. 10. del Decr. 147 de 1958), 232 y 233 del C. S. T.".

Se observa, en la demostración, que de los mentados preceptos sustantivos fluye la nítida consecuencia de que tanto el calzado como los overoles están especialmente destinados al uso por el trabajador durante la existencia del contrato de trabajo, por lo que concluído éste no es posible pretender que el patrono continúe con la obligación de suministrarlos. No obstante este claro entendimiento de las citadas normas y de que el Tribunal dio por probado que el pacto laboral por él aquí deducido existió entre el 31 de enero de 1949 y el 4 de mayo de 1962, la Corporación consideró que quedaba "gravitando sobre el presunto patrono la obligación de entregar el calzado y los overoles a que el fallo hace referencia. Esto implica una interpretación errónea de la intención y espíritu con que fueron expedidas estas normas, ya que indudablemente el objetivo fue que el trabajador estuviera calzado v vestido en forma adecuada para el trabajo durante la vigencia del respectivo contrato y no después de su expiración. Fueron, pues, violados los citados preceptos, a consecuencia de tan errónea interpretación.

"En tal virtud solicito que sea casada, por este aspecto, la sentencia recurrida y que, en su lugar, convertida la Sala en Tribunal de instancia absuelva a la parte demandada de la condena relativa al suministro de 22 pares de calzado y 22 overoles"

Para resolver, la Corte considera

Del claro contexto de los arts. 230 —modificado por el art. 1o. del Decr. 147 de 1958—, 232 y 233 del C. S. T., invocados por el recurrente, y el 234 de la misma obra, se desprende que la obligación a cargo del patrono sobre suministro de calzado y overoles, tiene lugar durante la vigencia

del contrato, hasta el punto de que si no son usados por el trabajador, el patrono queda eximido de hacer la entrega correspondiente en el período semestral siguiente, y sin que pueda tampoco compensarse su valor en dinero, todo lo cual sin duda alguna se debe a que el propósito perseguido por el legislador al consagrar estas prestaciones fue el de que el asalariado estuviera adecuadamente protegido con estos indispensables implementos durante la realización de las labores que le han sido encomendadas.

En estas condiciones, ni el patrono satisface las exigencias legales al respecto suministrando a sus trabajadores el calzado y los overoles fuera de los términos fijados por el legislador, compensando su valor en dinero, sistema de conversión este último que solo opera en tratándose de vacaciones causadas y no disfrutadas durante la vigencia del contrato: ni el trabajador tampoco adquiere el derecho de exigir lo uno o lo otro extinguida la relación laboral. A éste lo que le compete es, durante la ejecución del pacto, reclamar la entrega de aquellos elementos de esta clase que no se le hayan dado en el semestre en que su suministro corresponde y procurar la imposición de las sanciones que la renuencia del patrono determina, y una vez extinguido incoar la acción pertinente contra el empleador por el incumplimiento de las obligaciones aludidas.

En el presente caso, en la demanda inicial del juicio se solicitó se condenara a la parte demandada a pagar al actor "salarios, prestaciones e indemnizaciones laborales", entre éstas calzado y overoles, con fundamento en el hecho de que no le fueron satisfechas durante la existencia del contrato de trabajo, ni después de su extinción. Sobre esta base, que se dio por establecida, de que la relación laboral, que se había iniciado el 31 de enero de 1949, terminó el 4 de mayo de 1962, y de que concurren las condiciones que dan nacimiento a la ameritada obligación de suministro de calzado y overoles, el Juez del conocimiento condenó a entregar 22 pares de zapatos y 22 overoles y el Tribunal confirmó esta decisión en el fallo impugnado. Se incurrió así en un erróneo entendimiento de los preceptos laborales antes indicados, que consagran las mentadas prestaciones, pues si durante la existencia del contrato no se entregaron al demandante ninguno de los objetos mencionados, en las épocas señaladas en dichas normas, y cuando se los reclamó ya se había extinguido el pacto, no se podía, disponer su suministro. Semejantes ocurrencias a lo que daban lugar era al pronunciamiento sustitutivo de esa obligación de dar en que su incumplimiento se traduce, no impetrado en la demanda que dio paso al proceso.

Se infringieron, por lo tanto, en el fallo acusado y por la expresada causa, las normas sustantivas de carácter laboral que se han invocado, por lo cual prospera el cargo estudiado, conclusión que conduce al quebrantamiento de esa decisión en esta parte, para en su lugar, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia en lo pertinente, absolver a la parte demandada del suministro de zapatos y overoles, como así lo hará la Sala en seguida.

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 aquí proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, Sala Laboral, en cuanto condenó a la parte demandada a suministrar al actor zapatos y overoles, y en su lugar, y en función de instancia, revoca la condenación al respecto hecha por el Juez del conocimiento en el fallo de primera instancia y absuelve de dicho suministro a la citada parte demandada. En lo demás, no se casa la sentencia impugnada.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño. Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

INTERES PARA RECURRIR

El interés para recurrir ciertamente no es el que se configuró al trabarse la relación procesal como valor del negocio jurídico, sino el que lleva a las partes a casación no obstante el fallo de instancia.

El art. 59 del Decreto Legislativo 528 de 1964 mudé fundamentalmente el régimen que para recurrir en casación establecía el 86 del C. P. T. Este señalaba como base para el otorgamiento del recurso la cuantía a que se refiere el art. 25 de la misma obra, esto es. la que para todos los efectos del juicio quedaba aceptada por las partes al trabarse la relación procesal, y que más que una noción estrictamente aritmética es un concepto jurídico que se expresa lo mismo por un guarismo que por una calificación más o menos general del grado de importancia de la acción: para señalar la competencia del fallador vale tanto expresar que la cuantía es de treinta mil pesos como indicar de modo general que la acción es de mayor o menor cuantía.

El art. 59 del Decr. 528 deja de lado, en cambio, para efecto del recurso, 'la cuantía (...) necesaria para fijar la competencia' a que alude el ya mencionado art. 25, para condicionarlo al interés que se tenga para interponerlo, que no puede ser otro que el valor de la condena representada en cifra numérica, si se trata del opositor. o la diferencia entre lo pretendido en la demanda o concedido en la resolución de primer grado y consentido por el demandante y el valor de lo otorgado en la de segundo grado, si el recurrente es este último; o sea, el quantum del perjuicio o gravamen sufrido con el pronunciamiento judicial, en virtud de la condena que afecte al demandado o de la absolución que total o parcialmente haga ineficaz la pretensión del actor. Ese quantum puede o no coincidir con la cuantía de la acción según que las pretensiones formuladas en el libelo hayan prosperado o no en su integridad, pues no representa el interés económico que se tuvo en cuenta para incoar la demanda si no el que mantiene a las partes en el litigio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo dos de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo). (Acta No. 22).

En libelo presentado ante el juez municipal del trabajo de Ibagué, el señor Luis Humberto Galindo solicitó sentencia de condena contra la sociedad Julio Enciso & Cía., Ltda. para el reconocimiento y pago de cesantía, pensión vitalicia de jubilación, indemnización por despido unilateral sin justa causa e indemnización moratoria, todo por una cuantía que excede de la suma de \$50.000.00.

El fallador de primer grado absolvió a la sociedad demandada de los expresados cargos, mas el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en virtud de apelación interpuesta por el actor, revocó la providencia apelada, y en su lugar, condenó a la mencionada sociedad a pagar al demandante "una pensión de jubilación de quinientos pesos (\$500.00) mensuales, que debe cubrirse a partir del día dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966)". En lo demás absuelve.

Contra la sentencia de segundo grado interpusieron ambas partes litigantes recurso de casación, que les fue concedido por la sala sentenciadora.

Se trata ahora de la calificación del recurso que corresponde a esta Corte de conformidad con las prescripciones de los arts. 59 del Decr. 528 de 1964 y 15 de la Ley 16 de 1968, respectivamente.

Se considera:

Es criterio que sobre el interés para recurrir en casación ha acogido esta Sala de la Corte como doctrina suya, la siguiente que aparece expuesta en ya numerosas providencias.

"El art. 59 del Decreto Legislativo 528 de 1964

mudó fundamentalmente el régimen que para recurrir en casación establecía el 86 del C. P. T. Este señalaba como base para el otorgamiento del recurso la cuantía a que se refiere el art. 25 de la misma obra, esto es, la que para todos los efectos del juicio quedaba aceptada por las partes al trabarse la relación procesal, y que más que una noción estrictamente aritmética es un concepto jurídico que se expresa lo mismo por un guarismo que por una calificación más o menos general del grado de importancia de la acción: para señalar la competencia del fallador vale tanto expresar que la cuantía es de treinta mil pesos como indicar de modo general que la acción es de mayor o menor cuantía.

"El art. 59 del Decr. 528 deia de lado, en cambio, para efecto del recurso, 'la cuantía (...) necesaria para fijar la competencia' a que alude el ya mencionado artículo 25, para condicionarlo al interés que se tenga para interponerlo, que no puede ser otro que el valor de la condena representada en cifra numérica, si se trata del opositor, o la diferencia entre lo pretendido en la demanda o concedido en la resolución de primer grado y consentido por el demandante y el valor de lo otorgado en la de segundo grado, si el recurrente es este último; o sea, el quantum del perjuicio o gravamen sufrido con el pronunciamiento judicial, en virtud de la condena que afecte al demandado o de la absolución que total o parcialmente haga ineficaz la pretensión del actor. Ese quantum puede o no coincidir con la cuantía de la acción según que las pretensiones formuladas en el libelo havan prosperado o no en su integridad, pues no representa el interés económico que se tuvo en cuenta para incoar la demanda sino el que mantiene a las partes en el litigio. Por eso el interés para recurrir ciertamente no es el que se configuró al trabarse la relación procesal como valor del negocio jurídico, sino el que lleva a las partes a casación no obstante el fallo de instancia. ¿Cuál será ese interés? No es un valor constante -como sí lo es la cuantía de la acción— sino esencialmente variable, porque el que mantiene a las partes en litigio cambia en las distintas etapas del juicio: Si A demanda a B por cien, pero la sentencia de primer grado no le reconoce sino ochenta, y se conforma con esta decisión, su interés en la segunda instancia, si el demandado recurre, no será ya sino por esta última cantidad, porque el consentimiento dado al fallo de primera instancia reduce su interés en el pleito a esa cifra, que es la que obliga a las partes a continuar la controversia; y si la resolución de segundo grado reduce todavía la condena a

sesenta, el interés de A para ir a casación será de veinte, así como el de B se habrá reducido a sesenta. En verdad, consentida la sentencia de primer grado, con que se inhibe A de pretender cien en la segunda instancia, el único interés que puede él tener en llevar el fallo a casación es que se le reforme para que se confirme la de primer grado que le reconocía ochenta, esto es, que se le concedan veinte más; mientras que el de B es que se le exonere de los ochenta con que lo grava la sentencia materia del recurso. Otro ejemplo: Si A demanda a B por cien, y en sentencia de primera instancia, consentida por el demandado, se le reconocen cuarenta, pero en la de segundo grado se aumenta la condena a sesenta, el interés que el demandante tendrá para ir a casación será de cuarenta, mientras que la del opositor será solamente de veinte". Por eso esta Sala ha expresado en varias oportunidades que siendo las decisiones de la sentencia "las que permiten fijar en guarismo concreto el interés económico de cada litigante para ir a casación, los cómputos respectivos deberán extenderse hasta la fecha de la providencia recurrida, y no, como antes, sólo hasta la presentación del libelo o de su corrección".

Otra ha sido la interpretación que al precepto contenido en las citadas disposiciones ha dado la Sala de Casación Civil. Para ésta, el criterio para determinar el interés para recurrir en casación "no pude ser sino el del valor de la cosa litigada, o sea, aquello que el demandante pide. extremo que se refiere a la relación jurídico procesal", y ello porque la cuantía de la acción constituye uno de los factores de esa relación "que regulan el desarrollo del litigio desde su iniciación hasta cuando concluve en forma definitiva"; de lo cual se desprende que "la cuantía del interés para recurrir en casación se confunde con la cuantía misma de la acción" (S. C. C., auto de 26 de marzo de 1969 en el ordinario de la Ganadería San Joaquín Limitada contra Julio León Ramírez, que reitera la doctrina expuesta en providencias anteriores).

De este criterio se ha separado la Sala de Casación Laboral, porque en él predomina la tendencia monista de estirpe romana a identificar la acción con el derecho substancial que se deduce en el juicio y con la pretensión y el interés para obrar. Esto no es sino el móvil —concepto subjetivo— que lleva a las partes a comparecer ante los tribunales a promover la actividad jurisdiccional del Estado, referido al resultado final de la litis que se concreta en el fallo del cual es presupuesto, por lo que obviamente no siempre coincide con el "bien de la vida" per-

seguido en el proceso o con su valor; y la acción se distingue de ese bien en que no envuelve, como sí éste, la idea de algo objetivo concreto, por lo general de contenido económico, sino que es un concepto jurídico, un derecho subjetivo y abstracto, el de excitar la potestad jurisdiccional hasta obtener sentencia para la protección de la situación jurídica a que se refiere la pretensión respectiva. De ahí que el interés para acudir inicialmente a los tribunales no pueda ser confundido con el valor originario de la litis, ni tampoco con el interés que, no obstante el pronunciamiento de sentencia, mantiene a las partes con vocación de continuar ocurriendo a la protección del Estado para solución del conflicto, pues aunque en uno y otro caso se trata de interés jurídico protegido, la dimensión de éste es diferente según se aplique a la acción o al recurso: a la altura de la litis en que la impugnación se interpone el valor inicial puede haber perdido ya todo interés para las partes. El demandante, por ejemplo, carece de incentivo para mantener en actividad el poder jurisdiccional una vez obtenida sentencia favorable. en tanto que en ese momento surte ese incentivo para el demandado que con el recurso aspira a verse librado del perjuicio o gravamen que implica la condena. Si el interés originario es. pues, el motivo para que el demandante impulse hasta lograr el objetivo que con la acción se propone, que es la sentencia, el ejercicio de unos mecanismos y unas técnicas creados para dispensarle protección, no lo es para que mantenga en movimiento a esos mecanismos y esas técnicas cuando ya se ha visto satisfecho el objeto perseguido: para que cualquiera de las partes pueda hacerlo se requiere un motivo derivado no ya del conflicto que dio origen al litigio sino de la propia resolución judicial: el que viene determinado por el resultado final de la acción, o sea, por el perjuicio o gravamen que la sentencia implica. Del mismo modo como el derecho a promover la actividad jurisdiccional se mide por el interés que las partes tengan para obrar ab initio, así también el recurso se mide por el que el impugnante alegue para exigir la enmienda o revocación del fallo. Y por lo que hace a la cuantía, es incuestionable que la ley tiene facultad para señalar la mínima necesaria así para incoar la acción como para promover el recurso. Cuando omite hacerlo respecto de este último, se entiende que el respectivo derecho sólo queda condicionado a la existencia de un interés jurídico, mas sin cuantía determinada; pero cuando ésta ha sido fijada de manera específica en norma legal no cabe duda que debe ser referido concretamente al interés a

cuya existencia se subordina la procedencia del recurso, y no al que se vio agotado en la sentencia.

Esta sentencia, por lo demás, pone fin al proceso cuando es de segundo grado. En la literatura jurídica es va casi un tópico expresar que el recurso de casación no es una tercera instancia, a la cual necesariamente deban concernir todos los elementos propios de la acción, de la relación procesal y del interés en el proceso de conocimiento. Es ésta una conclusión que fluye del carácter definitivo de la sentencia de segunda instancia v de la estructura misma del procedimiento llamado de "congnición" cuva finalidad es la composición del litigio, y de la del de casación que fundamentalmente tiende a precaver la violación de la ley. Si con el primero se busca definir situaciones jurídicas inter partes, con el segundo procurar que la sentencia se ciña a los preceptos legales; por aquel se define un conflicto de intereses, por éste ante todo se provee a la eficacia de las instituciones jurídicas. Resultando de aquí que no armoniza con la naturaleza y finalidades de los dos institutos la conclusión de que todos los elementos que intervienen en la estructura del juicio rigen también el mencionado procedimiento de impugnación.

Cabe observar, finalmente, que la identificación de la cuantía para incoar la acción y determinar la competencia con la que para recurrir señalan los arts. 15 y 17 de la Ley 16 de 1968 haría nugatorios los efectos que el Legislador se propuso con la reforma introducida por dichas normas en el régimen del recurso, pues que si lo que con ella se persigue es que a la Corte no lleguen todos los asuntos de mayor cuantía despachados por los tribunales superiores con sentencia definitiva, tal resultado no podría lograrse si se entendiese que el interés para recurrir es el mismo que para fijar la competencia se tuvo en cuenta al admitir la demanda con que se inicia el juicio. Querría decir que la lev se limitó a elevar la cuantía de la acción, lo que es contraevidente a tenor de los textos de la Lev 16 que claramente distinguen el interés para recurrir del que establece para concretar la competencia, regulando las respectivas cuantías de manera separada en preceptos distintos.

En el caso que se decide, las pretensiones del demandante a las cuales no accedió la sentencia de segundo grado tienen un valor que excede de cincuenta mil pesos, por lo que el recurso es admisible. No así el de la empresa demandada. El fallo impone a la sociedad Julio Enciso & Cía., Ltda. la obligación de pagar al trabaja-

dor una pensión vitalicia de jubilación de quinientos pesos mensuales desde el 16 de noviembre de 1966, fecha en que fue despedido y para la cual llegaba ya a la edad de setenta y un años según el acta de nacimiento que obra en autos, como que nació el 17 de noviembre de 1895; y como según la Tabla Colombiana de Mortalidad, adoptada oficialmente, el índice promedio anual de supervivencia de una persona de esa edad es de 7.20, el gravamen impuesto a la Empresa es apenas de \$6.000.00 por 7.20 =\$43.260.00, o sea que no alcanza a la suma de \$50.000.00 que el art. 15 de la Ley 16 exige para recurrir en casación.

En consecuencia, se resuelve:

Admítese el recurso de casación interpuesto por el demandante Luis Humberto Galindo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el trece de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho.

No se admite el interpuesto por la empresa demandada contra la misma providencia.

Notifiquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DICTAMEN PERICIAL

El principio de la oralidad, en virtud del cual el procedimiento se desenvuelve en su mayor parte en forma verbal, dentro de las respectivas audiencias, no coloca al juzgador en condición de poder prescindir de los requisitos legales en la producción de las pruebas.

El dictamen pericial que obra a fls. 30 vto. y no aparece en la diligencia correspondiente. practicada en audiencia pública, con intervención de los apoderados, que el Juez hubiese hecho pronunciamiento alguno ordenando el traslado de rigor. Esta omisión hace que la prueba hava quedado deficiente e inepta para ser tomada en cuenta por el fallador. El principio de la oralidad, en virtud del cual el procedimiento se desenvuelve en su mayor parte en forma verbal, dentro de las respectivas audiencias, no coloca al juzgader en condición de poder prescindir de los requisitos legalos en la producción de las pruebas. En el caso sub judice, la presencia de las partes. no relevaba al funcionario de la obligación de dictar el auto para dar conocimiento a ellas del dictamen emitido en dicha audiencia, observando así los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo seis de mil novecientos sesenta y nue-

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 23).

Damiana Sabi, por medio de apoderado, demandó ante el Juez Promiscuo del Circuito de Florencia, a Edolio Ramón para que se hagan estas declaraciones:

"Primera: que entre Guillermo Sabi (q.e.p.d.) y don Edolio Ramón, de las condiciones civiles ya citadas, existió un contrato de trabajo, habiendo obrado en representación de éste, como simple intermediario, el Sr. Angel María López, o subsidiariamente que entre Guillermo Sabí, como empleado, y Angel María López, como contratista independiente de Edolio Ramón, existió el mismo contrato, y que éste como

beneficiario de la obra está obligado a responder solidariamente por las prestaciones sociales y el seguro de vida que correspondan o puedan corresponder a los causahabientes del salariado (sic) citado".

"Segunda: que estando Guillermo Sabí al servicio de Edolio Ramón o del contratista de éste Angel María López, aquél murió a consecuencia de accidente de trabajo ocurrido mientras realizaba las labores inherentes al contrato de trabajo".

"Tercera: que como consecuencia de lo anterior don Edolio Ramón debe pagar, dentro del plazo que se fije, a la señora Damiana Sabí, madre natural de Guillermo y única heredera, la suma de catorce mil pesos, por concepto de seguro de vida, cesantía, vacaciones y prima de servicio, y

"Cuarta: que sea don Edolio Ramón condenado a pagar las costas del juicio si se opusiere a él".

Como hechos de la demanda, se anotan los siguientes:

Guillermo Sabí prestó servicios personales a Edolio Ramón, representado por el simple intermediario Angel María López, desde enero de 1958 hasta el primero de diciembre de 1960, fecha en que murió como consecuencia de un accidente sufrido mientras desempeñaba sus labores habituales y por causa de éstas, en hacienda de propiedad del demandado.

Ante el Inspector del Trabajo de la localidad se celebraron dos audiencias de conciliación: una con Angel María López, quien manifestó que él había contratado a Guillermo Sabí, pero por cuenta y riesgo de Edolio Ramón, propietario de la hacienda, quien le proporcionaba los medios necesarios para efectuar la labor de "descumbre" de montaña, como herramientas,

vivienda, provisiones y dinero para el pago de salarios, y otra, con Edolio Ramón, quien arguye que no tiene responsabilidad alguna por cuanto él no contrató a Sabí y López fue su patrono como contratista indépendiente.

Guillermo Sabí es hijo natural de Damiana y desde hacía mucho tiempo devengaba un jornal de \$12.50. Murió soltero y no dejó hijos naturales.

El demandado se negó a firmar la notificación del auto que admite la demanda y ordena su traslado, no recibió la copia correspondiente, ni dio contestación a ella.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Florencia, que fue el del conocimiento, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre Sabí y Ramón, en el cual formó parte Angel María López como intermediario, y que el trabajador murió en accidente de trabajo, al servicio del demandado. En consecuencia, condenó al pago de \$12.960.00 por seguro de vida y \$90.00 por cesantía. También a las costas del juicio.

Apeló el apoderado de la parte demandada y el Tribunal Superior de Neiva, en providencia del 27 de septiembre de 1961, reformó la del a quo reduciendo el monto del seguro de vida a la suma de \$8.700.00 y confirmó en lo demás, sin costas en la segunda instancia.

Los apoderados de ambas partes interpusieron el recurso de casación, el cual les fue concedido y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de las demandas presentadas para sustentarlo y del escrito de oposición del demandante.

La Corte estudiará en primer lugar el de la parte demandada, porque ésta pretende que la sentencia sea casada totalmente, afirmando, con ese propósito, en el primer cargo, que no está probado el carácter de beneficiaria de la demandante, lo que de resultar cierto haría inoficioso el estudio de los demás cargos, inclusive de los formulados por la parte actora, quien aspira a un aumento en el monto del seguro de vida, manifestando que el Tribunal, para su liquidación, no estimó todos los factores integrantes del salario.

Recurso de la parte demandada:

Alcance de la impugnación.

Persigue que la sentencia sea casada totalmente o, en defecto de esto, en forma parcial disminuyendo en un 50% el valor del seguro.

Formula tres cargos:

En el primero acusa por infracción directa del art. 294 del C. S. T. numerales 10., 40., 50., y 60., debido —dice— a que el carácter de beneficiario forzoso se acredita no sólo con la prueba del parentesco, mediante la presentación de las partidas del estado civil, o, en su defecto de la prueba supletoria correspondiente, "sino que se exige, además, una información sumaria de testigos para que se demuestre quiénes son los únicos beneficiarios declarándolos por su número y nombre y la razón de serlo". Y que al no encontrarse que Damiana Sabí hubiera demostrado tal calidad, como lo ordena el numeral 1o. del citado artículo, hay violación de la ley por infracción directa, con incidencia en la parte resolutiva de la sentencia.

Agrega el casacionista que para la ley, una vez establecida la calidad de beneficiario, es de rigor dar el aviso que prevé el numeral 40. del mentado artículo, con el fin de permitir que todo posible beneficiario se presente a reclamar. Y ninguna de estas pruebas fue llevada al proceso por el actor como era su obligación.

Se considera:

Da a entender el impugnante que el Tribunal incurrió en un error de juicio en la estimación de la prueba aportada para establecer la calidad de beneficiaria de la demandante, calidad que no era posible acreditar sino mediante la presentación de todos los elementos probatorios a que se refiere, parte de los cuales no obran en el proceso. No explica la censura cuáles de las pruebas allegadas al proceso con aquella finalidad fueron mal apreciadas o dejadas de estimar. Pero en todo caso, vincula la infracción directa de la ley a una actividad probatoria del ad quem, lo que es inadmisible dentro de la técnica del recurso. La violación directa de la ley ocurre cuando independientemente de las cuestiones de hecho, sobre las cuales no hay discusión, se deja de aplicar la disposición legal pertinente o cuando se aplica a un hecho inexistente.

El fallador no habla concretamente en la motivación de su proveído acerca de la prueba que tomó en cuenta para dar por establecida la calidad de beneficiaria de la actora. Hay que aceptar que para ello apreció la partida de defunción del trabajador y la que establece el correspondiente parentesco, las cuales obran en autos, y que con estos medios probatorios consideró demostrado el hecho cuya existencia ahora

discute el acusador, haciendo con ello inadmisible el ataque por la vía señalada. El cargo, por lo mismo se rechaza.

Segundo cargo.- En este acusa por infracción directa del art. 60 del C. de P. L., pues ni el Tribunal ni el a quo analizaron los testimonios sobre el valor del salario del causante.

Cita un aparte de la sentencia del ad quem en la que este expresa que "con los diversos testimonios aducidos al expediente, entre los cuales es preciso destacar —por la especial vinculación que mantuvo con el demandado— el del señor Angel María López, acreditó fehacientemente la actora...". "Los hechos de interés para la prosperidad de las peticiones que contiene la demanda. Con tales elementos aparece que, en efecto, Guillermo Sabí prestó sus servicios en una finca rural de propiedad del demandado, dedicado a la labor de derribar montaña, devengando por este trabajo la suma de doce pesos diarios, actividad en la cual se mantuvo desde el primero de octubre de 1960 hasta el día primero de diciembre del mismo año, fecha en la cual falleció a consecuencia de las lesiones que le ocasionó la rama de un árbol, cuando intentaba derribarlo".

Y agrega que se violó el art. 60 citado, porque los testigos no expusieron con suficiente claridad sobre el salario devengado por Guillermo Sabí.

Se considera:

Este cargo como el anterior es antitécnico en su formulación. Vincula la infracción directa a una cuestión de hecho como es el error en que pudo haber incurrido el ad quem en la apreciación de la prueba sobre el salario que devengaba el trabajador y ya ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de casación tanto civil como la laboral que esta forma de violación de la ley sólo se configura, cuando frente a hechos no discutidos, se aplica la norma legal a una hipótesis no contemplada en ella, o deja de aplicarse siendo el caso de hacerlo.

Por otra parte el art. 60 del C. P. T. dispone que el Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo. Pero no consagra derecho u obligaciones de los sujetos de la relación de trabajo, en punto al caso que se discute y en tal forma que la disposición legal, por sí sola, pueda servir de base para quebrantar la sentencia. Por tanto, se rechaza.

Tercer cargo.- Expresa que subsidiariamente

acusa la sentencia, por violación de la ley, "debido a falta de apreciación de determinada prueba, por error de hecho, como aparece manifiesto en los autos".

Consiste dicho error de hecho —agrega— en que el Tribunal al aplicar el art. 292 del C. S. del T., en relación con el art. 204, ibídem, letra e) del numeral segundo, no apreció la declaración de renta y patrimonio del demandado Ramón, correspondiente al año de 1960, para hacer la disminución consagrada en el art. 226 de la misma obra. Se refiere en seguida al contenido de esta norma y concluye que siendo el patrimonio gravable del demandado menor de \$ 125.000.00, pues sólo ascendió a \$ 113.583.89, aquel es acreedor a la rebaja de que se habla.

La Corte considera:

El fallo acusado no hace referencia alguna a la prueba señalada en el cargo como dejado de apreciar, silencio que bien puede dar lugar a la interpretación que de él hace el recurrente en la formulación de la censura. Pero el análisis de ese documento tampoco conduciría a la prosperidad del cargo, va que no tiene el mérito probatorio suficiente para acreditar que el capital del patrono lo situaba dentro del caso de excepción que contempla el art. 226 del C. S. T. Se trata de la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1960 y no de 1959 que era la pertinente según el art. 195 del C. S. T., dada la circunstancia de que la muerte del trabajador tuvo lugar el 1o. de diciembre de 1960. De ahí que no constituya prueba idónea para establecer el patrimonio gravable del demandado y, que por lo mismo, su desestimación no pueda ocasionar el error ostensible de hecho a que se refiere el recurrente. El cargo no prospera.

Recurso de la parte demandante.

Alcance de la impugnación.

Pretende que la sentencia sea casada totalmente y que la Corte, como tribunal de instancia, confirme la del a quo, y condene en costas a la parte demandada.

Invoca la causal 1a. de casación contenida en el art. 87 del C. de P. L. y formula los siguientes cargos:

Primer cargo.- "Acusa la sentencia proferida por el H. Tribunal de Neiva—Sala Laboral— de ser violatoria, por vía indirecta, de los arts. 249 del C. S. T. que consagra la regla sobre auxilio de cesantía, y el literal e) del ordinal 20. del art. 204 de la misma obra, sobre accidentes de trabajo o seguro por muerte, y a la violación indirecta de tales normas llegó el sentenciador al aplicar indebidamente —no debiendo hacerlo— el art. 719 del C. J., y por aplicación indebida en la modalidad de falta de aplicación, del art. 720 del C. J. en concordancia con los arts. 42 y 41 —ordinal 20. del C. P. T. Dicha violación se produjo a causa de ostensibles, evidentes y manifiestos errores de hecho en los autos, a través de la equivocada estimación que en conjunto hizo de las pruebas que más adelante particularizaré".

Como pruebas erróneamente apreciadas señala los testimonios de Abelardo Perdomo, Angel María Ortiz, Isaías Castañeda, Aquilino Murcia, Jesús Antonio Calderón, Polo Méndez, Pedro Gómez, Luis Calderón y José Ortiz, la confesión de Angel María López y el dictamen pericial rendido por Lorenzo Salazar.

Dice, en el aparte relativo a la demostración del cargo, que aunque varios de los testigos citados, según sus afirmaciones, no tienen conocimiento del salario devengado por Guillermo Sabí, la mayoría de ellos declaran que aquél era de \$12.00 diarios, el cual fue aceptado por el Tribunal para efecto de la liquidación correspondiente. Pero Angel María López asevera que tal estipendio era libre de alimentación y alojamiento y ante el Juez del conocimiento el perito designado para ello, fijó en \$6.00 diarios esa remuneración en especie, factor que el mismo funcionario apreció para deducir que el salario realmente devengado por Sabí fue de \$540.00 y sobre esta base dedujo a favor de la beneficiaria la suma de \$12.960.00 por concepto de seguro de vida y \$90.00 por cesantía.

Sin embargo, continúa la acusación —el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen, porque no se dio traslado de él a las partes de acuerdo con lo dispuesto en el art. 719 del C. J., lo que significa una aplicación indebida de esta norma, ya que de conformidad con el ordinal 20. del art. 41 del C. P. del T. se hace oralmente, en estrados, la notificación de las providencias que se dictan en las audiencias públicas y por este sistema las partes se enteraron del concepto pericial, en el caso de autos.

Se considera:

La sentencia acusada dijo en lo pertinente:

Para establecer la condena a que hay lugar

por este concepto, el a quo tomó en cuenta el salario en moneda de doce pesos diarios que aparece demostrado, agregándole a éste el valor de seis pesos en que se avaluó pericialmente el salario en especie que recibía el señor Sabí. Sin embargo, el concepto pericial en referencia no se puso en conocimiento de las partes, como era de rigor para la eficacia de la prueba y, por consiguiente, esta no se puede aplicar porque se omitió aquel requisito indispensable para considerarla como legalmente contravertida (art. 719 del C. J.)."

El dictamen pericial obra a fls. 30 vto. y no aparece en la diligencia correspondiente, practicada en audiencia pública, con intervención de los apoderados, que el Juez hubiese hecho pronunciamiento alguno ordenando el traslado de rigor. Esta omisión hace que la prueba haya quedado deficiente e inepta para ser tomada en cuenta por el fallador. El principio de la oralidad, en virtud del cual el procedimiento se desenvuelve en su mayor parte en forma verbal, dentro de las respectivas audiencias, no coloca al juzgador en condición de poder prescindir de los requisitos legales en la producción de las pruebas. En el caso sub judice, la presencia de las partes, no relevaba al funcionario de la obligación de dictar el auto para dar conocimiento a ellas del dictamen emitido en dicha audiencia, observando así los principios de publicidad y contradicción de la prueba.

De ahí que sea correcta la aplicación que el Tribunal hizo del art. 719 del C. J., aplicable analógicamente al caso sub lite y que su actuación no revele el error ostensible de hecho que se le atribuye. El ataque, por tanto, no prospera.

Segundo cargo.- En este, aunque en forma subsidiaria, acusa de violación, por la misma vía, las normas indicadas en el anterior, todo el art. 41 y el 145 del C. P. T. violación que se produjo —dice— por equivocada apreciación o no estimación del dictamen pericial rendido por Lorenzo Salazar.

Lo sustenta, aludiendo a las razones que expuso en la formulación del primero.

Se considera:

Para explicar la ineficacia de esta censura, basta dar por reproducidos aquí los motivos ya expuestos en el estudio del cargo anterior.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte demandada recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese

en la Gaceta Judicial y devuélvase al expediente al Tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

Es la fecha de la interposición del recurso, y no la de la sustentación la que debe renerse en cuenta para determinar cuál es la ley aplicable.

El numeral 30. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 estableció como causal de casación en materia laboral, "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448 del C. de P. C., siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la ley".

La sentencia acusada fue pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 5 de mayo de 1965. El recurso de casación fue interpuesto el 6 de mayo y concedido por el Tribunal el 26 del mismo mes y año.

Ahora bien: de acuerdo con el art. 40 de la Ley 153 de 1887, las leves concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. El art. 1228 del C. P. C. desarrolla este principio y dice que las disposiciones de dicho código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principia a regir, salvo los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos, que se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió

Si el recurso de casación en el caso sub lite se interpuso cuando regia el art. 87 del Decreto-Ley 2158 de 1948 C. P. del T., debe aplicarse esta norma para efectos de la formulación de la demanda, de acuerdo con los principios consagrados en el art. 40 de la Ley 153 de 1887 y 1228 del C. J. Y como en ella no se contemplaba la nulidad como causal de casación, al invocarla el recurrente en este recurso, lo hace con fundamento en una ley que no rige su trámite.

la tercería o el incidente

La circunstancia de que la demanda de casación se hubiese presentado el 25 de abril de 1966, cuando ya estaba vigente el Decr. 528 de 1964, no significa que el recurso debía regirse por la norma contenida en el art. 60 de dicho decreto, pues es la fecha de la interposición del recurso, y no la de la sustentación, la que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es la ley aplicable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo siete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta No. 28).

Juan de Dios Duarte Navas, mayor, vecino de Bucaramanga, demandó por medio de apoderado a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Santander, con domicilio en Bucaramanga, representado legalmente por el señor Néstor Silva Azuero, para que se le condene al pago de los salarios correspondientes a los días 31 de enero y 10. y 2 de febrero de 1959; de la indemnización de perjuicios por concepdo de lucro cesante y de la indemnización por falta de pago oportuno de los salarios debidos, de que trata el art. 65, ord. 10. del C. S. T.

Según los hechos de la demanda, Juan de Dios Duarte Navas trabajó al servicio de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Santander, en Bucaramanga, con el cargo de Secretario Contador, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que comenzó el 10. de agosto de 1951; el 2 de febrero de 1959, Duarte Navas recibió la copia del Boletín número 00099, fechado el 30 de enero anterior, en el que se le comunicaba su despido de la Empresa, aduciendo ésta como motivo "la cancelación de su contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo (art. 61 num. a) del C. S. T. "; el salario devengado al finalizar el contrato

era de \$412.50 mensuales: al recibir la nota de despido, Duarte Navas dejó una constancia sobre la fecha y hora en que le fue entregada; el plazo presuntivo que regía el contrato de trabajo vencía cada 30 de enero y cada 30 de julio. y al no haberse comunicado en tiempo el despido, el contrato se había prorrogado hasta el 30 de julio, pues en los días 31 de enero y parte del 2 de febrero, el demandante trabajó con consentimiento de la empresa demandada; los Ferrocarriles Nacionales se han negado sistemáticamente a considerar el reclamo que le ha hecho Duarte Navas, a quien adeuda salarios por dos días de trabajo, indemnización por lucro cesante correspondiente a cinco meses y 28 días y "salarios caídos" hasta la fecha de pago.

El apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Santander, Distrito "B", al contestar la demanda negó todos los hechos y propuso la excepción de incompetencia de jurisdicción, con fundamento en que en virtud de convención colectiva de trabajo se acordó voluntariamente el arbitramento, y que tanto dicha convención, celebrada con la Federación Nacional de Ferrovías, que lleva la personería de todos los trabajadores de la Empresa, como el art. 1o. del Decr. 2017 de 20 de agosto de 1952, establecen la competencia privativa de la Comisión de Conciliación y Arbitraje para el conocimiento y decisión de los conflictos que de acuerdo con la misma convención, le toca dirimir. También propuso la de prescripción, por haber transcurrido más de tres años de producido el despido alegado.

En la primera audiencia se declaró no probada la excepción de incompetencia de jurisdicción. En la misma audiencia el apoderado de la parte demandada pidió la nulidad por incompetencia de jurisdicción con fundamento en los mismos hechos y razones de la excepción dilatoria, nulidad que se estimó en la sentencia como no demostrada.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Bucaramanga dictó sentencia por medio de la cual condenó a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, División Santander, representada por su Gerente Néstor Silva Azuero, a pagar a Juan de Dios Duarte Navas, por concepto de "presuntivo" (sic) y dos días de salarios la suma de dos mil cuatrocientos setenta y cinco pesos (\$2.475.00), y la suma de trece pesos con 75/100 (\$13.75) diarios a partir del día tres de febrero de 1959 hasta la fecha en que se le pague la suma de veintisiete pesos con

50/100 (\$ 27.50) que le adeuda por dos días de salarios. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a los Ferrocarriles.

Apeló el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales. El Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral, al decidir la alzada confirmó en todas sus partes el fallo apelado.

Interpuso recurso de casación la parte demandada. Concedido por el Tribunal de Bucaramanga, fue admitido por esta Sala. La demanda de casación se presentó oportunamente. No se presentó escrito de oposición. Finalizado el trámite de rigor, se decidirá el recurso extraordinario.

Alcance de la impugnación:

Pretende la infirmación del fallo de segunda instancia, para que en su lugar y constituyéndose la Sala de Casación Laboral en juzgador de instancia, declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, y subsidiariamente, absuelva a la parte recurrente de las condenas salariales e indemnizaciones consignadas en el fallo respectivo.

Motivos de casación:

Con fundamento en el numeral 3o. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 formula dos cargos, por haberse incurrido en las causales de nulidad señaladas en los numerales 2o. y 3o. del art. 448 del C. P. C. Subsidiariamente formula un tercer cargo con base en la causal 1a. del art. 60 del Decr. 528 de 1964, por ser la sentencia impugnada violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida e interpretación errónea. Se estudiarán conjuntamente los dos primeros cargos:

Primer cargo.- "Dentro del juicio de la referencia se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el numeral 20. del art. 448 del C. P. C. circunstancia esta que dio origen a la violación de las siguientes normas: art. 20. del Decr. 3139 de 1954 y por ende la violación de los arts. 16, 17 y 18 de los estatutos en aquel incorporados e igualmente violatoria de lo dispuesto en los literales a), c) y g) del art. 19 de los mismos y art. 34 del C. P. T.".

Según el recurrente, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la facultad consagrada en el art. 3o. de la Ley 17 de 1952 procedió a dictar el Decr. 3139 de 1954, en cuyo art. 2o. se incorporaron los Estatutos de los Ferrocarriles Naciona-

les de Colombia. Dichos Estatutos determinan en sus arts. 16 v 17 que el Administrador General —hoy Gerente— es el representante de la Empresa. En los literales a), c) y g) del art. 19 de dichos Estatutos, se señalaron como funciones del Administrador General la de representar a la Empresa en negocios judiciales y extrajudiciales ante toda clase de funcionarios; la de constituir mandatarios o apoderados que representen a la empresa en negocios judiciales o extrajudiciales, y la de proponer a la Junta Directiva la creación de oficinas, departamentos y divisiones que demande el desarrollo de la empresa. Constituyendo los Ferrocarriles Nacionales de Colombia una sola unidad de explotación económica, los Gerentes Divisionarios están subordinados al Administrador General. En consecuencia debe concluírse —agrega el recurrente—, que en el caso en estudio aparece de bulto la ilegitimidad de la personería de quien afirmó ser el representante legal de la entidad demandada, sin serlo, pues siendo los Ferrocarriles Nacionales de Colombia una persona jurídica, su comparecencia en juicio sólo podía efectuarse por medio de su representante constitucional, legal o estatutario, carácter que no tuvo el doctor Néstor Silva Azuero, quien carecía de la facultad de representar a los Ferrocarriles en negocios judiciales o extrajudiciales, y de la de constituir apoderados para negocios judiciales a nombre de los Ferrocarriles. Siendo ilegítima su personería, el mandato o poder conferido por él no tuvo existencia legal en ningún momento, motivos éstos que han dado origen a la nulidad a que alude el numeral 2o. del art. 448 del C. J.

Segundo cargo. "En el jucio de la referencia se incurrió, igualmente, en la causal de nulidad señalada en el numeral 3o. del art. 448 del C. P. C., circunstancia ésta que origina la violación de los siguientes preceptos legales: Art. 41 numeral 1o. literal a) del C. P. T. en armonía con los arts. 312, 314, 315 y 308 del C. P. C. y 145 del C. P. T. y 26 de la Constitución Nacional".

Argumenta el impugnador que la causal de casación a que se refiere este cargo, es consecuencia obligada de la examinada en el primer cargo. Si los Ferrocarriles Nacionales, como persona jurídica, sólo pueden comparecer al juicio por conducto de su representante legal, constitucional y estatutario, sólo a este debía habérsele notificado el auto admisorio de la demanda y corrido el traslado de la misma. Por no haberse hecho así, se incurrió en la causal de nulidad señalada en el numeral 30. del

art. 448 del C. P. C. Esa falta de citación o emplazamiento en la forma legal de la persona que ha debido ser llamada a juicio, origina,—continúa el recurrente—, la nulidad en toda clase de juicios y viola flagrantemente lo dispuesto en el 26 de la C. N.

Se considera:

El numeral 30. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 estableció como causal de casación en materia laboral, "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el art. 448 del C. P. C., siempre que la nulidad no haya sido saneada de conformidad con la Ley".

El art. 10. del Decr. 1822 de 1964 dispuso que el Decr. 528 de 1964, con excepción de los arts. 62, 63, 64, 65 y 66, empezaría a regir el 10. de julio de 1965.

La sentencia acusada fue pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el cinco de mayo de mil novecientos sesenta y cinco. El recurso de casación fue interpuesto el seis de mayo y concedido por el Tribunal el veintiséis del mismo mes y año.

Ahora bien: de acuerdo con el art. 40 de la Ley 153 de 1887, la Ley 153 de 1887, las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. El art. 1228 del C. de P. C. desarrolla este principio y dice que las disposiciones de dicho código se aplican a los juicios pendientes en el momento en que principia a regir, salvo los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías e incidentes introducidos, que se regirán por la ley aplicable al tiempo en que empezó el término, se interpuso el recurso o se promovió la tercería o el incidente.

Si el recurso de casación en el caso sub lite se interpuso cuando regía el art. 87 del Decreto-Ley. 2158 de 1948 C. P. del T., debe aplicarse esta norma para efectos de la formulación de la demanda, de acuerdo con los principios consagrados en el art. 40 de la Ley 153 de 1887 y 1228 del C. J. Y como en ella no se contemplaba la nulidad como causal de casación, al invocarla el recurrente en este recurso, lo hace con fundamento en una ley que no rige su trámite.

La circunstancia de que la demanda de casa-

ción se hubiese presentado el 25 de abril de 1966, cuando ya estaba vigente el Decr. 528 de 1964, no signfica que el recurso debía regirse por la norma contenida en el art. 60 de dicho decreto, pues es la fecha de interposición del recurso, y no la de la sustentación, la que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es la ley aplicable.

En consecuencia, se desestimará el cargo, por no ser admisible como causal de casación, de acuerdo con el art. 87 del C. P. del T., haberse incurrido en las nulidades de que trata el art. 448 del C. J.

Tercer cargo. Consiste este motivo de Casación en ser la sentencia impugnada violatoria por el doble concepto de interpretación errónea y aplicación indebida del art. 65 del C. S. T.

"Este cargo lo formulo en forma subsidiaria, en la hipótesis de que esa H. Corte estimare no admisibles para el efecto buscado los cargos 10. y 20. formulados".

"a) Interpretación errónea.

"Si para la fecha de terminación del contrato — Enero 30 de 1959— la Entidad demandada canceló el valor de todas las prestaciones sociales y los salarios ordinarios, lo cual se desprende del estudio de los autos, y más concretamente del propio libelo de demanda, es contrario al recto entendimiento de la norma del art. 65 del C. S. T. hacer recaer en la parte demandada la sanción a que alude el artículo citado, sólo por no haberse cancelado los dos días que duró la entrega de los elementos a cargo del extrabajador.

"Repugna a los principios de la buena fe en que está inspirada la norma del art. 65 del C. S. T., que por el valor irrisorio de \$ 27.50 que el Tribunal estimó que la Entidad demandada adeudaba al actor, se le inponga como sanción un gravamen pecuniario que rebosa todos los límites de la equidad y de la justicia.

"Por ende la sentencia, en razón del cargo que se estudia es violatoria del art. 65 del C. S. T. por una errónea interpretación de la misma.

"b) Aplicación indebida

"La violación del art. 65 del C. S. T. por aplicación indebida de dicha norma, es consecuencia obligada de las razones expuestas como fundamento del cargo, que, por interpretación errónea, se hizo con anterioridad. En efecto, si el sentenciador de segunda instancia interpretó erróneamente el art. 65 del C. S. T., desvertebrando su recto y equitativo entendimiento, es obvio que al condenar a la Empresa a la sanción prevista en tal precepto, la aplicación de la citada disposición lo fue de manera indebida, dando órigen a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la Ley".

Se considera:

Aparentemente se acusa la sentencia de ser violatoria de una misma norma por dos conceptos opuestos, como lo son la interpretación errónea y la aplicación indebida. Mas si se analiza cuidadosamente el desarrollo del cargo, se observa que la aplicación indebida del art. 65 del C. P. del T., se hace derivar de la interpretación errónea que a juicio del recurrente hizo el fallador de segunda instancia del mismo art. 65. Señalándose la violación de la ley por el segundo concepto como consecuencia del primero, es admisible el cargo, y por lo tanto se estudiará.

En relación con el no pago de los dos días de salario al demandante y su incidencia para que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia se hicieran merecedores de la sanción establecida en el art. 65 del C. S. T., hizo el Tribunal las siguientes consideraciones:

"Se ha alegado en defensa de la Empresa, que la retención de dichos salarios no fue de mala fe. El art. 65 del C. S. T., en armonía con el art. 59 del mismo estatuto, garantiza que el patrono no retenga salarios o prestaciones que adeude a la terminación del contrato; salvo lo autorizado por la ley o convenido por las partes. Sobre la cuestión de que el patrón haya procedido de buena fe, los Tribunales de Justicia han fijado su concepto en sentido de que se exonere de la sanción prevista en el artículo citado cuando haya duda justificada acerca de la existencia de la obligación patronal. Basta citar en referencia al tema una de las varias jurisprudencias que han estudiado los antecedentes y desarrollado el alcance de la disposición citada. Al caso el fallo del T. S. del T. de 26 de enero de 1953 publicado en el Diario Jurídico Vol. I. No. 8, pág. 58, del 31 de enero de dicho año. Pero en el caso sub judice no tiene justificación valedera la conducta negativa de la Empresa a pagar los salarios en cobro, va que sus mismos funcionarios han conceptuado que deben pagarse. No cabe duda acerca de la obligación de pago de los días de salario en cobro pues la Empresa recibió trabajo posterior al vencimiento del período presuntivo y ella misma colocó al

trabajador en la necesidad de laborar un tiempo especial para la entrega de la oficina.

"Si la diligencia de entrega hubiera sido más dispendiosa, 15 días, 8 días que se hubieran necesitado, hubiera aparecido más de bulto la obligación de pago pero con la misma y sencilla lógica, no era discutible que a Duarte se le cubrieran sus dos días de labor. No había duda justificable al respecto y la buena fe alegada se desvirtúa, y ha debido pagarse como el funcionario de la Empresa lo conceptuó".

Como puede observar, el Tribunal interpreta correctamente el art. 65 del C. S. T., cuando dice que si el patrón ha obrado de buena fe, debe exonerársele de la sanción prevista en la citada norma. Sólo que considera que en el caso en estudio no se justificaba la negativa de la Empresa a pagar los salarios debidos, pues no existió duda acerca de esta obligación, por lo cual se desvirtúa su buena fe. Y si ésta existió o no, es cuestión de hecho ajena a la acusa-

ción por interpretación errónea, como lo ha dicho la jurisprudencia.

No habiéndose interpretado erróneamente el art. 65 del C. S. T., tampoco se aplicó indebidamente al condenar a la Empresa demandada al pago de la indemnización por mora. No prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Sin costas, por no haberse causado.

Cópiese, notifiquese, publiquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

Error de hecho.-La censura en que se invoca esta clase de error, en ningún caso puede apoyarse en un conjunto de medios instructorios citados de manera imprecisa y sin determinar la manera como cada uno de éllos demuestra el error de la Sala falladora, el que debe ser manifiesto como lo prevé el art. 87 del C. S. T., por lo que ha de aparecer con toda evidencia por el solo cotejo de las pruebas en que se apoya la sentencia con las que invoca el impugnante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. —Sección Segunda. — Bogotá, mayo ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios). (Acta No. 23).

El señor José Francisco Gutiérrez Simancas, por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Unico del Trabajo de Montería a la señora Regina Eljach de Aruachan con el fin de que sea condenada a pagarle las sumas que se determinen por los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, primas de servicio y vacaciones; subsidio familiar, el valor del calzado y overoles, la remuneración doble por dominicales y festivos, y, reajuste de salarios, indemnización por falta de pago oportuno de las prestaciones sociales y todo lo demás que se pruebe en el juicio y las costas del mismo.

Las anteriores peticiones las apoya el actor en los siguientes hechos:

Que entró al servicio del señor Sergio Eljach, padre legítimo de la demandada, en el año de 1930; que éste falleció el 5 de enero de 1948 y que el demandante continuó trabajando para su viuda y para la demandada, ininterrumpidamente; que la señora Victoria Malule de Eljach falleció en 1950 y entonces Gutiérrez Simancas continuó prestando sus servicios habituales a la única heredera y hoy demandada. señora Regina Eljach de Aruachan hasta el día 10. de abril de 1963, fecha en la cual fue por ella despedido sin que hubiere mediado justa causa para ello; que durante todo el tiempo de servicio no recibió suma alguna por concepto de prestaciones sociales, como quiera que no se le hicieron liquidaciones parciales ni se le ha efectuado la definitiva; que a la iniciación de la relación laboral recibió como salario \$5.00 mensuales y en especie, un poco después, "media lata de leche"; que los oficios que le correspondió desempeñar fueron: los de capataz de monte con amplias facultades, pues llegó a pagar trabajadores, contrataba trabajos a destajo, cuando eran procedentes y que, en una palabra se encargaba de todo lo relacionado con desmontes, cercas, etc. sin perjuicio de entenderse con asuntos relacionados con ganados cuando faltaba el jefe de vaquería y además hacía cuanto se ofreciera en la finca "La Palma", en la cual vivió por espacio de ocho años. Y, en síntesis, expresa su apoderado:

"De los hechos que se dejan expuestos resulta que el señor José Francisco Gutiérrez Simancas prestó servicios de carácter personal y en forma permanente a la familia Eljach-Malule durante treinta y tres años, relación que se presume regida por un contrato de trabajo; se operó en este caso el fenómeno de la sustitución de patronos, de suerte que de las prestaciones que le corresponden ha de responder la demandada; fue despedido sin justa causa y al momento del retiro no le fueron canceladas las prestaciones a que tiene derecho, razones jurídicas suficientes para esta demanda en virtud de la cual la justicia debe decidir sobre los derechos de la parte demandante".

Agotados los trámites procesales, el Juzgado del conocimiento dispuso en sentencia que fue apelada por las dos partes; condenar a la señora de Aruachan a pagar en favor del demandante, por concepto de prestaciones sociales, \$4.050.00 moneda corriente; al pago de salarios caídos a razón de \$10.00 diarios a partir

de la fecha de la sentencia y además, al pago de las costas del juicio. Y absolvió a la demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

Subidos los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, con fecha 7 de mayo de 1965, resolvió el recurso y dispuso:

"1. Modificase el ord. 1o. del fallo materia de la apelación, el cual quedará en la siguiente forma:

"Primero. Condénase a la demandada señora Regina Eljach de Aruachan, mayor de edad y vecina de esta ciudad, a pagar al señor José Francisco Gutiérrez Simancas, también mayor de edad y vecino del municipio de San Carlos, la suma de Dos mil cuatrocientos treinta pesos (\$ 2.430.00) moneda corriente, por razón de prestaciones sociales discriminadas en la siguiente forma:

"a) Reajuste de salarios \$	180.00
"b) Prima de servicio	697.50
"c) Vacaciones	405.00
"d) Auxilio de cesantía \$	1.147.50
	2.430:00

"Son: Dos mil cuatrocientos treinta pesos M. C.

- "2. Se revoca el ord. 20. del fallo apelado y en su lugar se absuelve a la demandada Regina Eljach de Aruachan del pago de la indemnización por falta de pago (salarios caídos).
- "3. Se confirma el ord. 4o. de la sentencia apelada, en cuanto absuelve a la demandada de los demás cargos consignados en el libelo de demanda.
- "4. Se confirma el ord. 3o. del fallo apelado mediante el cual se condena a la demandada a las costas del juicio correspondientes a la primera instancia.

Sin costas, en esta instancia".

Contra la anterior sentencia Gutiérrez Simancas interpuso recurso de casación por medio de apoderado, el cual señala en los siguientes términos el "alcance de la impugnación":

"Presento esta demanda de casación con el objeto de que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, case parcialmente la sentencia de fecha 7 de mayo de 1965, emanada del Tribunal Superior, Sala Laboral, de Montería, en cuanto por la misma se absuelve a la deman-

dada de la condena por cesantía por todo el tiempo de servicio indicado en la demanda y de la relacionada a los salarios caídos o indemnización por falta de pago, revocando, constituída en Tribunal de Instancia, este fallo por estos aspectos para en su lugar proferir las condenas del caso, resolviendo sobre costas lo que juzgue necesario". Y con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. de P. L., formula el siguiente cargo único:

"La sentencia materia de esta casación viola, por vía indirecta los preceptos sustantivos de carácter nacional contenidos en los arts. 249, 253 y 65 del C. S. T., por aplicación indebida y falta de aplicación de los mismos como consecuencia del error de hecho ostensible en que incurrió el Tribunal al apreciar la prueba visible a folio 8 así como los testimonios que obran en los autos de los testigos citados tanto por la parte actora como por la demandada".

En la sustentación del cargo expresa el recurrente; que el acta de conciliación visible a fl. 8 del expediente, por no ser auténtica, carece de valor probatorio, porque, dice, según el art. 632 del C. J. hacen plena prueba los documentos auténticos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, y las copias de los mismos cuando han sido expedidas por el secretario o por los empleados encargados del archivo. Y en relación con el acta de fl. 8, manifiesta el impugnador que no está autorizada ni firmada por el Secretario de la Inspección, ni por ningún otro funcionario, de donde, agrega, no hay cosa juzgada, "ni ha habido pago ni reconocimiento de prestaciones v salarios al recurrente por el demandado". Y concluye en lo tocante a esta prueba diciendo que al apreciarla "... se incurrió en el error flagrante de tenerla como tal para efectos de los pagos que en ella se relatan, y como consecuencia se dejó de condenar a la parte demandada por el tiempo que cobija la misma (sic)".

Y en relación con las declaraciones que fueron allegadas a los autos dice el impugnador que ellas demuestran que al servicio de las familias Eljach, Eljach Malule y Eljach Aruachan el demandante Gutiérrez Simancas trabajó por espacio de 33 años, "lo que hace presumir la existencia de un contrato de trabajo que finalizó el 10. de abril de 1963, en labores de campo, especialmente agricultura y atención de fincas, todo lo cual el Tribunal omitió dar por probado, siendo así que los declarantes son responsivos en sus dichos". Y concluye indicando que demostrado el trabajo por parte de Gutiérrez Si-

mancas, el no pago de sus prestaciones sociales, ha debido incidir para que se produjera la condena por indemnización por falta de pago.

La parte demandada no formuló oposición a la anterior demanda, razón por la cual se procede a su estudio.

Se considera:

El cargo único formulado por el impugnador no puede prosperar por las razones que se exponen a continuación. El sentenciador ciñéndose a lo dispuesto por los arts. 20 y 78 del C. S. T. le dio a la prueba de fl. 8, Acta de Conciliación el alcance que tales normas le confieren. En efecto, dicha Acta tanto en su forma como en su contenido, se sujeta a lo que dichas disposiciones prescriben. Ante el Inspector del Trabajo comparecieron las partes; en representación de la demandada señora de Aruachan, su esposo Elías Aruachan Dumar, administrador de la finca "La Palma" y el trabajador reclamante y hoy demandante en este juicio, señor José Francisco Gutiérrez Simancas. Y ante el funcionario expusieron sus diferencias, las cuales fueron zanjadas dando ocasión a la liquidación por suma total de \$492.00 que comprende los siguientes conceptos: auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones y overoles y zapatos, y a que el Inspector, una vez recibida la cantidad total liquidada, por el trabajador Gutiérrez Simancas, declarara a la señora Regina Eljach de Aruachan "a paz v salvo con el señor Gutiérrez Simanças por todos los conceptos sobre prestaciones sociales" y dispusiera: "... Este arreglo tiene valor de cosa juzgada, sin lugar a posteriores reclamaciones, de conformidad con los arts. 20 v 78 del Decr. 2158 de 1948".

Ahora bien, las disposiciones citadas (arts. 20 y 78) regulan todo lo relativo a la conciliación en materia laboral. La primera trata de la conciliación antes del juicio, que puede adelantarse ante el Juez competente o el Inspector del Trabajo, v ser solicitada por cualquiera persona que tenga interés, antes de proponer demanda, en dirimir sus diferencias con su presunta contraparte. La segunda se refiere a aquella que se surte, con carácter obligatorio, dentro del juicio mismo y como etapa previa a la propiamente procesal, necesariamente ante el juez competente, como es obvio. Este último texto indica que en caso de acuerdo, una vez agotada la actuación del funcionario, se dejará constancia de sus términos en el acta correspondiente que "tendrá fuerza de cosa juzgada" y el cumplimiento de lo convenido o acordado se llevará a efecto dentro del plazo que se señale, determinaciones que cobijan los dos procesos conciliatorios.

En relación con este documento dice el Tribunal: "... Allí consta que se logró conciliar las diferencias existentes entre trabajador y patrona; que el trabajador ciertamente prestó servicios a la demandada, pero en forma discontinua, calculándose el tiempo de servicios, para efectos de la conciliación en un total de cuatro (4) años, con jornal de dos pesos (\$ 2.00), que para la época era precisamente el salario mínimo; que tal conciliación se verificó el treinta de abril de 1956; y finalmente, que el trabajador recibió la suma liquidada por el funcionario oficial". Y luego agrega: "A este documento por tener el carácter de documento público hay que otorgar fe en relación con su contenido, por cuanto no ha'sido probada en forma alguna su falsedad...". Y en otro aparte de su providencia se expresa así el sentenciador: "... Si pues el trabajador confiesa la discontinuidad o la intermitencia. (lo que hizo en el acta en cuestión, dice esta Sala), lógicamente hay que otorgar fe a su dicho personal con preferencia a la de los testigos que bien podían afirmar la permanencia del trabajador por ser el lugar donde se desarrollaban sus actividades al acostumbrado para prestar allí sus servicios". De otro lado, en la misma providencia se dice que es preciso aceptar que para la época en que se sentó el Acta de conciliación "el trabajador Gutiérrez Simancas no se encontraba al servicio de la señora Fljach de Aruachan (sic). Ello se desprende de la naturaleza misma del acta de conciliación. Esta solo es procedente cuando el trabajador ha salido del servicio del patrón, o sea, cuando ha cesado la relación laboral. especialmente cuando se cobra auxilio de cesantía, cuyo nombre indica precisamente éso: que el trabajador se encuentra cesante (excepción de la liquidación parcial autorizada por la ley para efectos de la consecución de casa de habitación para el trabajador)".

Con fundamento en tales consideraciones el ad quem dio pleno valor al acta conciliatoria, como era su deber, ya que ella autorizada por un funcionario público como aparece y suscrita por el secretario, así éste haya actuado ad hoc, y firmada por las partes en conflicto, hace, en cuanto a su contenido, tránsito a cosa juzgada como lo dispone el art. 78 del C. S. del T. De ahí que el cargo formulado por el recurrente, en cuanto a este aspecto se refiere, carez-

ca de eficacia, como quiera que las observaciones que al acta en cuestión formula carecen totalmente de solidez y no se ajustan a la realidad que ella misma muestra, de donde el error flagrante que atribuye al Tribunal, por apreciarla, no existe.

Ahora bien: el fallador de instancia goza, por disposición legal, de amplia autonomía para apreciar las pruebas incorporadas al juicio para la demostración de los hechos fundamentales en los cuales se apoyan las pretensiones de las partes, y solamente cuando tal apreciación es equivocada y conduce a un error de hecho o de derecho que aparezca ostensible en los autos, cabe el estudio de aquellas pruebas que por el recurrente se señalen como no apreciadas o como equivocadamente estimadas, para determinar si ha habido violación legal por tal vía indirecta. En caso contrario, la Corte debe respetar la apreciación probatoria hecha por el sentenciador. Y esto porque "mientras las consecuencias a que llegue el juez sean el resultado de un razonamiento lógico, el tribunal de casación ha de respetarlas, porque los preceptos legales sobre estimación de las pruebas están dirigidos al fallador, y es él quien debe aplicarlos".

En el caso de autos el recurrente, en la sustentación del cargo, se ha limitado a hacer una simple acotación u observación en relación con las declaraciones recibidas, sin demostrar el. error de hecho que pretendè establecer. La Corte ha dicho que la índole del recurso de casación "obliga a quien lo sustenta a formular los cargos con tales claridad y precisión que sirvan a la Sala de seguro derrotero para desatar el recurso sin necesidad de acudir exofficio a indagaciones a través del expediente que desvirtúan su función convirtiéndola en otro juzgador de instancia", que sería, tal como el cargo ha sido formulado, lo que tendría que hacer la Sala. También ha expresado la Corte en forma por demás reiterada que "... la censura en que se invoca esta clase de error (error de hecho) en ningún caso puede apoyarse en un conjunto de medios instructorios citados de manera imprecisa y sin determinar la manera como cada uno de éllos demuestra el error de la Sala falladora, el que debe ser manifiesto como lo prevé el art. 87 del C. S. T., por lo que ha de aparecer con toda evidencia por el solo cotejo de las pruebas en que se apoya la sentencia con las que invoca el impugnante".

Estas normas que tocan intimamente con la técnica del recurso de casación, han sido ignoradas por el recurrente. En efecto, el error de hecho que pretende establecer, no aparece como evidente u ostensible. Los medios de prueba han sido citados de manera imprecisa y nó se determina la manera como cada uno de ellos demuestra el error que se imputa al sentenciador. En tales condiciones el cargo no puede tener prosperidad, ya que por no ser la Corte tribunal de instancia, no puede, como se dijo va, realizar indagaciones de oficio a través del expediente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

Error de hecho. El cargo persigue la absolución total del demandado con fundamento en la inexistencia del contrato de trabajo, o en la prescripción de las acciones, en caso de haber existido aquel. Sin embargo, entre las normas que señala como infringidas no figuran los arts. 22, 23 y 24 y 488 del C. S. T., que constituyen los principales soportes jurídicos de la sentencia en los aspectos a través de los cuales se plantea la acusación. Sin la violación previa de esos preceptos, el ad quem no habría podido quebrantar los relativos a salarios y prestaciones que menciona la censura, pues que estas infracciones apenas vendrían a ser una consecuencia de aquellas. El ataque, por lo tanto, no se formula mediante una proposición jurídica completa y es ineficaz.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 28).

prestaciones sociales.

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Moniquirá, Sagrario Gaona de Merchán demandó, por medio de apoderado, a Antonio José Sáenz para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, fuese condenado a pagarle salarios insolutos, auxilios de cesantía, primas de servicios, horas extras diurnas y nocturnas, compensación de vacaciones, zapatos y overoles e indemnización moratoria.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios al demandado durante treinta y dos años, aproximadamente, en labores de campo y de cocina, en las fincas "Caciquilla" y "Santa Bárbara", cumpliendo un horario que iba desde las 5 de la mañana hasta las 8 de la noche, inclusive en días domingos y feriados; primero trabajó para Abraham Sáenz y luego continuó haciéndolo para el demandado, hasta el mes de noviembre de 1956, en que fue despedida sin justa causa; nunca se le pagó remuneración ni suma alguna por concepto de

En derecho citó varias disposiciones del C. S. T., del Decr. 291 de 1957 y la Ley 6a. de 1945.

El demandado negó la existencia del contrato de trabajo y se opuso, en consecuencia, a

la prosperidad de las pretensiones de la actora. Alegó, además, las excepciones de ilegitimidad de personería, prescripción e inexistencia de las obligaciones.

El Juzgado del conocimiento falló la controversia el día diecisiete de agosto de mil novecientos sesenta, condenando a Sáenz por los extremos de salarios insolutos, auxilio de cesantía y sobrerremuneración por trabajo nocturno y absolviéndolo de los restantes cargos. Las condenas fueron hechas en abstracto, con excepción de los salarios y la cesantía de los dos últimos meses de servicio que se concretaron en las sumas de \$180.00 y \$15.00, respectivamente.

El Tribunal Superior de Tunja desató la alzada interpuesta por los apoderados de ambas partes, reformando la decisión del a quo, así: declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a pagar las cantidades de \$1.750.50 por concepto de salarios insolutos, trabajo nocturno, cesantía, primas de servicio y \$3.50 diarios, desde el 10. de noviembre de 1956, a título de indemnización moratoria. Impuso al demandado la mitad de las costas de la primera instancia, lo absolvió de las de la segunda y de las demás súplicas del libelo.

Contra esa sentencia, proferida el veintinueve de noviembre de mil novecientos sesenta, interpuso recurso de casación el procurador judicial del demandado, y como le fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, en donde se le ha sustanciado en debida forma, se procede a decidirlo.

El Recurso:

Aspira a que se case totalmente la sentencia impugnada, y que, convertida la Corte en Tribunal de instancia, revoque la del Juzgado, y, en su lugar, absuelva totalmente a la parte demandada.

El ataque se hace a través de los dos cargos que van a examinarse, formulados con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. del T.

Primer cargo. Acusa el fallo de violar indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 144 del C. S. T., en relación con el 10. del D. L. 3871 de 1949 y 10. del Decr. 2214 de 1956; y 168, 189, en armonía con el 70. del Decr. 617 de 1954, 249 y 306 del Código citado, a consecuencia de manifiestos errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente las declaraciones de Luis Alfredo Hernández, Daniel Agudelo, Martín Peña, Ambrosio Sánchez, Manuel Saavedra, Julio Antonio González, Jesús Peña, José Patricio Sáenz, Camón Castillo, Efraín y Luis Alfredo Velásquez, José de C. Monroy y Juan Bautista Sánchez.

Los errores consistieron en dar por establecido, sin estarlo, que la demandante trabajó para el demandado, de manera continua y en jornada que comprendía una hora nocturna diaria, desde el 10. de agosto de 1948 hasta el 10. de enero de 1956.

En su demostración, comienza por negar todo mérito probatorio a los testimonios que relaciona, por cuanto los declarantes no fueron identificados, ni dan razón de su dicho, sino que se limitan a contestar de modo afirmativo las preguntas inadecuadamente formuladas; la mayoría se refiere a José Antonio Sáenz y no a Antonio José Sáenz que es el demandado, y ninguno afirma la prestación de los servicios de la actora para éste y menos su calidad de contínuos. Analiza luego, brevemente, cada declaración, para deducir que ellas apenas indican que el marido de la demandante vivía con ésta en una estancia que primero fue de propiedad de Abraham Sáenz v después de Antonio José Sáenz, estancia que aquel explotaba por su cuenta y riesgo, y que, en virtud de esa circunstancia, ocasionalmente le prestaba algún servicio al dueño de la finca Caciquilla. Concluye diciendo que si el Tribunal no incurre en los errores de hecho que puntualiza no habría declarado probada la existencia del contrato de trabajo, o, al menos, habría observado que entre la fecha del retiro de la demandante y la de la notificación del auto admisorio de la demanda había transcurrido un lapso superior a cuatro años y estimado prescritas las acciones; en consecuencia, en lugar de la sentencia condenatoria que dictó, habría revocado la de primer grado y absuelto al demandado de todas las peticiones del libelo, absteniéndose de aplicar las disposiciones que se señalan como violadas.

No hubo escrito de réplica.

Para resolver, se considera:

El cargo persigue la absolución total del demandado con fundamento en la inexistencia del contrato de trabajo, o en la prescripción de las acciones, en caso de haber existido aquel. Sin embargo, entre las normas que señala como infringidas no figuran los arts. 22, 23 y 24 y 488 del C. S. T., que constituyen los principales soportes jurídicos de la sentencia en los aspectos a través de los cuales se plantea la acusación. Sin la violación previa de esos preceptos, el ad quem no habría podido quebrantar los relativos a salarios y prestaciones que menciona la censura, pues que estas infracciones apenas vendrían a ser una consecuencia de aquellas. El ataque, por lo tanto, no se formula mediante una proposición jurídica completa v es ineficaz. Además, como el contrato de trabaio que el Tribunal sentenciador encontró demostrado rigió también durante un lapso anterior a la vigencia del Código y ese tiempo fue tenido en cuenta para producir algunas condenas, la acusación, para que fuera completa también por este aspecto, ha debido comprender las normas bajo cuyo dominio estuvieron el acto jurídico y sus efectos en aquel período, es decir, entre el 10. de agosto de 1948 y el 10. de enero de 1951.

Mas, aún en el supuesto de que el cargo no adoleciera de los defectos apuntados y permitiera el estudio de fondo, tampoco podría ser resuelto con éxito para el recurrente, por cuanto los errores de hecho que se imputan al fallador no aparecen acreditados, al menos con el carácter de manifiestos u ostensibles, si se tiene en cuenta la soberanía de que gozan los juzgadores de instancia para apreciar las pruebas y formar su convencimiento. Es innegable que los testimonios singularizados presentan algunas deficiencias, pero ellas no son bastante para determinar su desestimación. Con el análisis que de esos medios probatorios hace el impug-

nante, apenas logra plantear un estado de duda, frente al cual el sentenciador es libre de inclinarse por el criterio que estime más acertado, sin riesgo de incurrir en error capaz de acarrear el quebrantamiento del fallo.

El cargo, en consecuencia, se rechaza.

Segundo cargo.- Violación indirecta, por aplicación indebida, del inciso primero del art. 65 del C. S. T., por haber incurrido el Tribunal en el evidente error de hecho de dar por demostrada, sin estarlo, mala fe en el demandado al negarse a reconocer salarios y prestaciones a la actora, a causa de equivocada apreciación de las mismas pruebas relacionadas en el cargo anterior.

El recurrente, después de manifestar que se remite al análisis que entonces hizo de aquellas probanzas, expresa que, por la forma como fueron rendidas las declaraciones, fácilmente se deduce de ellas que, aún en el caso de que se estime que existió un contrato de trabajo, el demandado tenía motivos razonables para creer que se trataba de obras o labores ocasionales que no configuraban un vínculo de esa naturaleza; y que esa duda resulta más clara si se toma razón de que el marido de la demandante explotaba una estancia dentro de las tierras de propiedad del demandado, lo cual hace presumir la ocasionalidad del servicio.

Se considera:

El acervo probatorio que sirvió de base para definir el litigio está integrado exclusivamente por testimonios aducidos tanto por la parte demandante como por la demandada. Y todos se caracterizan por la vaguedad e imprecisión que exhiben sus autores al referirse a los hechos básicos de la controversia, a tal punto que los falladores de instancia, para llegar a la conclusión de que los contendientes estuvieron ligados por un contrato de trabajo, se vieron precisados a valerse de la presunción que consagra el art. 24 del C. S. T.: a suplir la ausencia de estipulación sobre salario con el respectivo salario mínimo regional y a deducir, con criterio de aproximacion, las fechas de comienzo y terminación de las labores. Si para aquellos juzgadores la situación procesal no estuvo revestida de suficiente claridad y sólo a través de los
aludidos instrumentos legales pudieron encontrar probada la existencia del vínculo y hacer
pronunciamiento condenatorio, con mayor razón debió existir ese estado de duda en el demandado, a quien nunca se le exigió el pago
de salarios y para quien, según su postura en
el juicio, los servicios, si los hubo, fueron ocasionales debido a la circunstancia de que el
señor Merchán, esposo de la actora, vivía con
ella en una estancia de la finca, la cual explotaban directamente, conforme se halla debidamente establecido en los autos.

Hubo, por consiguiente, error del Tribunal al deducir de las aludidas probanzas que el patrono incurrió en mora de mala fe en el pago de los salarios y prestaciones, y el cargo, por lo tanto, debe prosperar.

Como consecuencia, con fundamento en las mismas razones que se acaban de expresar y en virtud de la prosperidad de esta acusación la Sala, en función de instancia, confirmará la absolución impartida por el fallador de primer grado en relación con la súplica por indemnización moratoria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIAL-MENTE la sentencia materia del recurso, en cuanto por su numeral quinto condenó a Antonio José Sáenz a pagar a Sagrario Gaona de Merchán tres pesos con cincuenta centavos diarios (\$ 3.50), a partir del 10. de noviembre de 1956, por concepto de indemnización moratoria, y, en su lugar, en sede de instancia, confirma la absolución del Juzgado por este mismo extremo. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario,

CASACION (Técnico)

Error de hecho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mavo nueve de mil novecientos sesenta y nueve (Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 16).

Va a decidir la Corte el recurso de casación interpuesto por el procurador judicial de la parte demandada contra la sentencia de tres de julio de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el presente juicio ordinario laboral adelantado por Heriberto Cure Cure contra Armeo Colombiana S. A.. a fin de que fuese condenada a pagarle la cantidad de \$5.600.00 por concepto de salarios faltantes para completar el término presuntivo del contrato de trabajo, y, en subsidio, la que corresponda al tiempo que faltaba para la realización de la obra contratada.

Según las voces del libelo, Cure prestó sus servicios a la demandada, como diseñador de productos y con una remuneración de \$1.400.00 mensuales, desde el 21 de junio hasta el 21 de agosto de 1961, fecha en la que fue despedido con invocación de la cláusula sobre período de prueba pactada en el contrato y cuando el respectivo término ya había expirado. Durante su ejecución se le asignaron funciones adicionales a aquellas para las cuales había sido específicamente contratado, como elaboración de la estadística de producción, de ventas, de crédito, de entrada y salida de materiales, etc.

En derecho se fundó en los arts. 24, 25, 47, 64 y 65 del C. S. T. y 25 y siguientes del C. P. L.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Tercero del Trabajo de Barranquilla, resolvió la controversia, en sentencia de tres de abril de mil novecientos sesenta y dos, absolviendo a la demandada de todos los cargos, sin hacer condenación en costas. Y el Tribunal Superior del mismo lugar, al desatar la alzada interpuesta

por el apoderado del actor, mediante la sentencia que es materia del recurso extraordinario, revocó la desición del a quo, y, en su lugar, condenó a Armco Colombiana S. A. a pagar a Heriberto Cure la suma de \$5.600.00, por concepto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término presuntivo y no hizo pronunciamiento sobre costas.

EL RECURSO

Se formula a través de un solo cargo, con base en la causal primera del art. 87 del C. P. L., y persigue la casación total del fallo impugnado, para que la Corte, obrando en función de instancia, confirme en todas sus partes el de primer grado.

El cargo. - Acusa la sentencia de ser violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 1.620 y 1.622 del C. C., 604 y 608 del C. J. y 10., 39, 45, 47, 61 ord. b), 64 y 66 del C. S. T., a consecuencia de errores de hecho provenientes de la equivocada apreciación del contrato escrito de trabajo, de la copia del acta de la audiencia celebrada en la Oficina de Trabajo de Barranquilla. de la tarjeta de inscripción, de la carta al médico de la empresa para examen de retiro, de la copia del resultado del examen, de la comunicación interna sobre terminación del contrato, la liquidación de prestaciones, la contestación de la demanda, la inspección ocular y las declaraciones de Hernando Montoya, Rafael Foliac, Plutarco Zagarra y Walter Rincón.

Como errores señala los siguientes:

- "1. Dar por establecido que el contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la demandada tenía duración indefinida, cuando está claramente demostrado que era de duración determinada por la realización de una obra o labor determinada".
- "2. Dar por demostrado que la demandada alegó primeramente que la causa de la termi-

nación del mismo se debió a que ella hizo uso de la cláusula del período de prueba, cuando es evidente que la razón alegada fue la de terminación del contrato por ejecución de la obra".

"3. Admitir que el contrato de trabajo terminó por despido con base en la facultad del período de prueba, cuando es claro que el vínculo se rompió por terminación de la obra o labor contratada".

"4. Dar como probado el despido sin justa causa, cuando el contrato terminó por cumplimiento de la obra o labor contratada".

En su desarrollo, sostiene que el contrato expresa dos veces que su término de duración será el que dure la realización de una obra v que los documentos de fls. 7, 11 y 12 apenas son avisos internos de ingreso y retiro del trabajador v copia de la respectiva liquidación de prestaciones, por lo cual no puede deducirse de ellos que el contrato se hubiese celebrado a término indefinido. El declarante Montova no solamente afirma la falta de idoneidad del demandante, sino que asevera categóricamente que fue contratado para hacer o elaborar dibujos para poner en el folleto. Aunque es cierto que el testigo Foliaco se encontraba de vacaciones el día en que se firmó el contrato, no puede de allí concluirse para rechazar su dicho, que ignore el objeto para el cual fue contratado el actor, pues por su oficio, que era el de Contador de la Empresa, pudo darse cuenta de los empleados que se necesitaban y de las funciones para las cuales se contrataban. Del propio modo, los testimonios de Zarraga y Rincón confirman que Cure fue contratado para realizar una obra determinada y que ésta terminó dos meses después de iniciada, o sea el 21 de agosto de 1961. Noexiste contradicción como lo estimó el fallador. entre la afirmación de Rincón y lo expresado por el Gerente de la Oficina del Trabajo, y si existiera se referiría a la causa de terminación del contrato, mas no al objeto del mismo. La verdadera razón para negar el derecho reclamado fue la de que el contrato había terminado por ejecución de la obra; la manifestación relacionada con el período de prueba fue una simple agregación que, aunque constituye un error, no puede modificar a aquella. No es exacto que primero se hubiese alegado un motivo para la terminación del contrato y luego otro. pues siempre se adujo el de que la obra había concluído. Por lo demás, el art. 66 del C. S. T. se refiere a la causal que se invoque en el momento de la extinción del vínculo y no a la que se manifieste en la Oficina del Trabajo, si por tal se toma lo dicho por el Gerente en esa ocasión.

Los errores de hecho señalados son, pues, evidentes y si el sentenciador no hubiera incurrido en ellos habría aplicado correctamente las normas que singulariza el cargo y absuelto, en consecuencia, a la entidad demandada.

No hubo escrito de oposición.

La Sala considera:

La cláusula primera del contrato suscrito por las partes es del siguiente tenor: "El trabajador se obliga a prestar sus servicios a "La Compañía" como empleado (dibujante) mientras dura la realización de la siguiente obra: diseño productos Armco. Esta obra se realizará en las oficinas de la Cía. situadas en la carrera 21B No. 31-51 (Barranguilla), "Con base en esa estipulación y en los testimonios allegados al proceso. la demandada sostiene que la vinculación tuvo una duración determinada, pues debía durar el tiempo necesario para la ejecución de la obra contratada, que fue la de diseñar dibujos de productos fabricados por la empresa con destino a un folleto que ella se proponía editar y distribuir entre sus clientes; y que su expiración se produjo por ejecución de la obra.

Para el ad quem la referida cláusula ostenta vaguedad en su contenido, ya que simplemente expresa que el trabajador es contratado para diseñar productos Armco, sin hacer referencia alguna al "folleto" de que se habla en el juicio. Y concluye que, como de su redacción no se desprende que el objeto específico del contrato hubiese sído la realización de esta obra, ni los testigos producen mayor convencimiento sobre este particular, debe entenderse que las funciones eran las de diseñador de productos en general y que el convenio se celebró por término indefinido.

La Sala encuentra acertadas estas apreciaciones pues la mencionada estipulación contractual si bien contiene la expresión "mientras dura la realización de la siguiente obra", no relaciona ésta con el "folleto" a que se ha pretendido vincularla en el juicio, sino que da a entender que se trata de una labor con un campo de acción mucho más amplio y que forma parte de las actividades normales de la empresa, como lo es la de diseñar previamente los artículos que va a fabricar para el comercio. Los documentos de fls. 7 y 8, que informan el ingreso y retiro del trabajador, y el de fl. 12, que contiene la liquidación de prestaciones, confirman esta impresión,

pues en todos ellos se indica que los servicios se prestaron en la Sección: Dibujante, lo que permite deducir que ésta era una División orgánica de la compañía y por lo mismo permanente.

Los testigos Montoya, Foliaco, Zagarra y Rincón afirman que el actor estuvo dedicado a hacer o copiar dibujos que serían publicados en el folleto, pero, como bien lo observa el sentenciador, el hecho de que se le hubiese destinado a esa labor no prueba que se le haya contratado exclusivamente con ese fin. A lo sumo podría inferirse de allí que el contrato sufrió modificación en cuanto a las funciones, pues estas al principio consistían en diseñar productos Armco y luego se convirtieron en las de copiar dibujos para un folleto determinado. Así aparece expresado por el Gerente de la empresa en la diligencia de inspección ocular, explicando que la novación se produjo porque Cure "no estaba técnicamente preparado para diseñar". Además, según palabras del mismo Gerente, se le asignaron también otras labores, como las de copiar y pasar en limpio cuadros estadísticos. Todo lo cual conduce a la conclusión de que el término de duración del contrato no era el de una obra determinada, sino indefinida.

En estas condiciones, carece de importancia que el motivo invocado para su terminación hubiese sido el de la ejecución de la obra o el del período de prueba, pues en cualquiera de los dos eventos el resultado del litigio sería el mismo por haberse roto ilegalmente el contrato por parte del patrono. En el primero, por cuanto su duración no estaba condicionada a la de una obra; y en el segundo, porque el período de prueba ya había expirado.

Sin embargo, es preciso apuntar que, como lo

estimó el ad quem, la causal aducida fue ésta última, según aparece claramente manifestado por el representante legal de la demandada en la copia del acta suscrita en la Inspección del Trabajo del Atlántico (fl. 2). No es que se hubiera dicho primeramente que el contrato terminó por ejecución de la obra y agregado luego que además se hizo uso del período de prueba, como lo entiende el recurrente: lo que en verdad ocurrió fue que el Gerente negó la existencia del vínculo laboral, alegando la de un contrato de obra, pero respecto de la causa de su termina ción expresó inequivocamente que la empresa había hecho uso de la facultad consagrada en los arts. 76 y 80 del C. S. T., por cuanto el trabajador se encontraba en período de prueba.

Se desprende de lo dicho que el fallador no incurrió en los errores de hecho que le imputa el cargo y que este, por consiguiente, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el día tres de julio de mil novecientos sesenta y dos.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Cópiese, notifiquese, publiquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Hernando Franco Idarraga, Conjuez; Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

La consura dejó de señalar los preceptos que el ad quem ha tomado en consideración como soportes fundamentales de su sentencia. De ahí que los cargos que se analizan, ni separadamente como los presenta la acusación, ni en su conjunto, alcanzan el complejo de normas que permita el estudio de fondo. Ellos no han sido formulados mediante una proposición jurídica completa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 28).

Manuel Antonio Yance Ujueta, por medio de apoderado, presentó demanda contra la Esso Colombiana S. A., con el propósito de obtener el pago de \$13.939.20 en total, por trabajo en días domingos y demás festivos, más las costas del juicio.

Expresa que trabajó como Capitán en la Sociedad demandada, desde el 2 de septiembre de 1939, hasta el 2 de septiembre de 1959, con un sueldo de \$ 2.112.00 m/l. haciendo viajes en sus embarcaciones por el Río Magdalena. Que durante la vigencia del contrato y mientras realizaba los viajes, prestó sus servicios en domingos y feriados ya que como Capitán tenía la responsabilidad y gobierno de la embarcación, labor que no le fue compensada con doble salario.

Como fundamentos de derecho, cita los arts. 177 y 179 del C. S. del T.

En la contestación, el apoderado general de la empresa manifiesta que el Capitán Yance trabajó al servicio de ésta desde el 10. de marzo de 1951, hasta la fecha que se verificará en la inspección ocular; que el sueldo de \$1.180.00 en 1955 tuvo variaciones antes y después, y fueron superiores a los ordinarios, pues incluyeron una remuneración por el trabajo prestado en domingos y feriados y en horas extras; que no le consta el número de días

domingos y feriados que el actor trabajó, pero los que hubiese trabajado le fueron pagados. Niega que el actor posea el derecho que pretende hacer valer. Y manifiesta que de conformidad con el art. 132 del C. S. T. las partes tienen libertad de estipulación, pero respetando el salario mínimo legal o el fijado en pactos colectivos, fallos arbitrales o convenciones colectivas. Que el art. 184 ibídem habla de labores que no pueden ser suspendidas, como los viajes fluviales o marítimos y dispone que en estos casos, o se acumulan los días de descanso o se paga la correspondiente remuneración a opción del trabajador. En el de autos, el demandante libremente optó por la remuneración correspondiente en vez del descanso compensatorio, y ella fue estipulada en el contrato de trabajo con fijación de un sueldo compensado.

Cita el pasaje pertinente de una sentencia de la Corte, dictada el 14 de noviembre de 1959, en el juicio de Edgar Orjuela contra el Club Campestre de Popayán, en la que se acoge como válida una estipulación de esta naturaleza, y concluye proponiendo las excepciones de pago y prescripción.

El Juzgado 20. del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento, condenó al pago de \$7.856.59 por domingos y festivos trabajados, sin costas.

Apeló el apoderado de la Sociedad y el Tribunal Superior de Barranquilla, en providencia del 9 de mayo de 1961, reformó la de primera instancia declarando parcialmente prescrita la acción, en lo que se refiere al tiempo anterior al 4 de mayo de 1957, fenómeno jurídico que el a quo también toma en cuenta en su sentencia, pero sin declaración expresa en la parte resolutiva. Dedujo a cargo de la sociedad una suma igual a la de primera instancia por trabajo en domingos y festivos y condenó a la parte vencida en las costas de segunda instancia

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y admitido y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo. No hubo escrito de oposición.

El recurso:

Alcance de la impugnación.

Persigue que sea casada la sentencia recurrida y que la Corte, actuando como Tribunal de instancia, revoque la del Juez a quo y, en su lugar, absuelva a la Esso Colombiana de todos los cargos que le fueron formulados y condene en costas al demandante.

Para el efecto, formula siete cargos:

En el primero acusa violación del art. 184 del C. S. T., por infracción directa, debido a que esta norma dice "que en los casos de labores que no puedan ser suspendidas, como los viajes fluviales o marítimos, cuando el personal no puede tomar el descanso en el curso de una o más semanas, se acumulan los días de descanso en la semana siguiente a la terminación de las labores o se paga la correspondiente remuneración en dinero, a opción del trabajador..."

Transcribe a continuación algunos pasajes de la sentencia acusada, en los que el fallador expone su opinión acerca de la finalidad del art. 184 del C. S. T. v niega que las partes puedan acordar válidamente un salario fijo como retribución global del servicio prestado inclusive en domingos y festivos. Cita, consignándola, la cláusula segunda del contrato visible de fls. 9 a 11, y concluye que al negarle validez a esta estipulación, el Tribunal incurrió en violación directa de la norma sustantiva invocada, "por cuanto que ella en ninguna parte prohibe una estipulación como la comentada, hecha precisamente cuando, como en el caso presente, sí era previsible y se sabía por anticipado que sería requerido el concurso del trabajador en días feriados y dominicales, tal como está consignado en los arts: 17, 18, 27 y 28 del Reglamento de Trabajo para capitanes y tripulantes que consta en el expediente y que forma parte integrante del contrato de trabajo que existió entre el demandante y la compañía demandada".

En el segundo cargo la acusación ha sido presentada por aplicación indebida del inc. 1o. del art. 175 del C. S. T., por cuanto en las labores inherentes a la navegación fluvial, contra la tesis del ad quem, es previsible "que la permanencia del Capitán y la de los tripulantes a bordo de las embarcaciones no haya de suspenderse o interrumpirse durante el viaje respectivo, en los días feriados o en/los domingos que ocurran durante la navegación...". De ahí, -continúa la censura- que el precepto aplicable al caso en estudio es el art. 184 de la obra citada y no el 175 de la misma, pues la prohibición de carácter general que esta norma consagra en el primer inciso, no es pertinente cuando se trata de labores que no pueden ser suspendidas, como los viajes fluviales o marítimos.

En el tercer cargo acusa la sentencia por interpretación errónea del art. 175 del C. S. T., la cual consiste en que para el Tribunal "La procedencia y legalidad del trabajo en domingos y días feriados está condicionada según el cap. 10. del Tit. VII del Código, y en especial el art. 175 a circunstancias, modalidades y factores del momento mismo en que dicho trabajo se hubiera de producir, los cuales no pueden ser previstos de antemano al celebrarse el contrato inicial, ya que éste tiene que pactarse sobre bases determinadas o determinables en cuanto al elemento salario y a la naturaleza del servicio".

Y, —continúa el ataque— es equivocado interpretar el art. 175 en el sentido de que él no rige en casos como la navegación fluvial y marítima, en los que de antemano se sabe con certeza que es necesário prestar el servicio en domingos y feriados, pues es obvio que este trabajo no puede interrumpirse porque durante el viaje se presentan días festivos

El cuarto cargo acusa violación del art. 132 del mismo Código, también por interpretación errónea, en cuanto dice el fallo que esta norma no rige para los casos que prevé el cap. 20. del Tit. VII de ese estatuto, pese a que la libre estipulación de salario a que ella se refiere es de carácter general y, por tanto, debe aplicarse a todos los casos, siempre que con ello no se afecte el salario mínimo legal o el contemplado en pactos, convenciones colectivas o fallos arbitrales.

Se considera:

El fallador de segunda instancia decidió que es ineficaz la cláusula contractual en que las

partes señalaron un sueldo que "incluve v cubre la totalidad del tiempo y del trabajo que sean necesarios en el desempeño de su cargo, va en días hábiles o de descanso, en horas diurnas o nocturnas, lo mismo que todo el trabajo adicional eventual que se presente y la de los días de descanso obligatorio...". Y aun cuando no cita la norma en que se apoya, al negarle validez a ese convenio por considerar que él implica "la negación del derecho al descanso en los domingos y feriados, más exactamente, a la remuneración adicional que corresponde a quienes trabajan en dichas ocasiones...", implícitamente dió aplicación al art. 43 del C. S. del T., norma que el casacionista no señala como violada por el ad quem, en ninguno de los cargos anteriores, pese a que para el sentenciador ese antecedente contractual constituve "el único punto controvertido", como se desprende del siguiente pasaje de su fallo: "probada la existencia del vínculo contractual que existió entre las partes, así como el servicio prestado por el actor en los días destinados al descanso obligatorio desde el 28 de julio de 1956 hasta el 13 de mayo de 1959, sólo se entra a dilucidar el único punto controvertido, o sea si es o no legal la inclusión en el salario fijo de lo correspondiente al trabajo ejecutado en domingos y feriados...".

Ahora bien: el juicio del Tribunal en el sentido de que dicha cláusula "es ineficaz y carece de validez", por una actividad lógica, dio lugar al pronunciamiento condenatorio que se impugna, cuyo fundamento legal específico es el art. 179 del C. S. del T. que fija la retribución del trabajo en domingos o días de fiesta y el cual tampoco fue señalado entre las normas que el acusador relaciona como violadas por el ad quem.

Lo anterior significa que la censura dejó de señalar los preceptos que el ad quem ha tomado en consideración como soportes fundamentales de su sentencia. De ahí que los cargos que se analizan, ni separadamente como los presenta la acusación, ni en su conjunto, alcanzan el complejo de normas que permita el estudio de fondo. Ellos no han sido formulados mediante una proposición jurídica completa. Por tanto, se rechazan.

El quinto cargo es por infracción directa de los arts. 80, 81 y 98 del C. de Co. M., aplicables a la navegación fluvial —dice— por disposición del art. 20. de la Ley 35 de 1875, y por infracción de la misma clase del art. 40. del Decr.

640 de 1881, por no haberlos aplicado, siendo aplicables, al caso que se debate.

Expresa, en desarrollo de este ataque, que según el art. 80, el Capitán de una embarcación "es el jefe superior del buque encargado de su gobierno y dirección, mediante una retribución por sus servicios convenida con el respectivo dueño o naviero", norma que con ligeras variantes de redacción es la misma contenida en el art. 40. del Decr. 640 ya mencionado.

Agrega que el inc. 20. del art. 98 del mencionado código dispone que es obligación del capitán, durante el viaje "permanecer a bordo de la nave desde el momento en que principie el viaje" y concluye que en virtud de lo anterior, la presencia del capitán a bordo del buque, mientras esté navegando es un imperativo de la ley y por tanto los contratos que la Compañía celebró con el demandante, al prever y al exigir el trabajo durante todos los días hábiles o no, comprendidos en el viaje, se limitan a reproducir las mentadas normas de carácter nacional.

Se considera:

Este cargo, como los anteriores, es incompleto en su formulación y desarrollo. Señala como infringidas por el Tribunal varias disposiciones del C. de Co. M. que, aunque de innegable carácter laboral por la finalidad que ellas tienen de regular las relaciones de los hombres de mar con los navieros o empleadores, no alcanzan a constituir por sí solas la proposición jurídica completa, de rigor para el estudio de fondo de la censura. Los arts. 43 y 179 del C. S. del T., no citados en el cargo, forman los soportes fundamentales de la sentencia que se impugna. Por esto, se rechaza.

El sexto cargo acusa por error de hecho "notorio y evidente" en la apreciación de las pruebas sobre los salarios que devengó el demandante durante el lapso a que se refiere la condena, error que llevó al Tribunal a infringir el art. 179 del C. S. T.

Dice el casacionista que el error manifiesto se refiere a la estimación de los salarios devengados por el demandante en los distintos períodos comprendidos a partir del 4 de mayo de 1957, pues de esta fecha hacia atrás el Tribunal declaró la prescripción. El actor fija caprichosamente como sueldo, la suma de \$2.112.00 como si ella hubiera sido la que rigió durante todo el tiempo de su vinculación contractual,

cuando en la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de la sociedad (fl. 41) aparece que en el período comprendido entre el 10. de agosto de 1956 y el 27 de septiembre de 1959, el demandante recibió diferentes sueldos. Hace el acusador una relación de éstos, de las épocas en que rigieron y agrega que el fallo impugnado "ofrece un notorio error en materia de pruebas por cuanto cualquiera que lea el expediente está en incapacidad de formar opinión sobre la manera como el Tribunal, siguiendo en ello al juez de primera instancia, fijó el valor de la remuneración doble correspondiente al demandante, pues se ignora completamente cuál fue el salario tenido en cuenta en relación con cada período de trabajo y cuál fue el número de días feriados y domingos real y efectivamente trabajados por el demandante...".

El séptimo señala también el art. 179 del C. S. del T. como violado a través de error evidente en la estimación del certificado expedido por el Oficial de Tripulantes de la Intendencia Fluvial, ya que no tiene la debida comprobación el hecho alegado por el actor en relación con el trabajo en un número determinado de días feriados. Se ignora completamente—continúa— cuál fue el número de días tenido en cuenta tanto por el Juzgado como por el Tribunal, para condenar al pago de \$7.856.59. El documento citado no se refiere específicamente a este hecho.

La Sala considera:

El fallador dijo en lo pertinente:

"Como se conoce el salario devengado por el demandante y el número de domingos y demás feriados en que prestó servicios como Capitán en las embarcaciones de la empresa, según se desprende del certificado expedido por la Intendencia Fluvial y de la inspección ocular practicada en los libros de la demandada, ésta se encuentra obligada a pagar la remuneración correspondiente en la cuantía determinada por el Juez de primera instancia...".

El certificado a que alude la sentencia en este aparte, obra a fls. 28 y ss. y en él se especifican el número de cada viaje y las fechas de salida y llegada, en relación con el Capitán Manuel Antonio Yance, en unidades de la Esso Colombiana S. A. Y en el acta de inspección ocular, visibles a fls. 41, están consignados con precisión los diferentes sueldos devengados y las épocas en que ellos rigieron.

Con los datos que ofrecen estos documentos y mediante el examen de los calendarios correspondientes a los años en que el actor prestó sus servicios, es fácil determinar el número de días feriados y domingos trabajados, y liquidarlos tomando en cuenta los diferentes salarios devengados. De ahí que la Corte no encuentre que el Tribunal, en la apreciación de estas pruebas, hubiese incurrido en el error ostensible que señala el recurrente.

Por tanto los cargos no prosperan.

En consencuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

La causal o motivo de casación y el concepto de violación deben invocarse con exactitud y con la misma precisión, cuidando de no agrupar en el mismo cargo conceptos incompatibles, por razones inveteradas y exhaustivamente explicadas por la jurisprudencia.

Son incompatibles: a) La violación directa y la indirecta, pues que el ataque por el primer concepte se cumple por la sela aplicación o inaplicación de la regla jurídica a un supuesto fáctico en el cual están de acuerdo el impuanante y el sentenciador, y el ataque procede al margen de toda cuestión probatoria, mientras que por el segundo concepto la violación resulta de la aplicación o inaplicación del precapto a una situación de hecho que no es la configurada por los medios instructorios que obran en los autos; de suerte que la acusación en el mismo cargo, de violación por la vía directa y la indirecta, es contradictoria porque implica el inadmisible presupuesto de que los hechos son iqualmente ciertos y falsos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

Para obtener el pago de honorarios profesionales demandó Rafael Ruiz Figueroa por conducto de apoderado a Rafael Ríos Toledo, quien también se hizo representar en la litis en forma legal.

La demanda con la cual se entabló el juicio indicó como hechos los siguientes:

- 1. Que Rafael Ríos Toledo contrató los servicios profesionales del demandante, en su condición de arquitecto, para la construcción de un edificio en la carrera 7a. con calle 60A, esquina norte-oriental de Bogotá, que comprendían la elaboración de planos arquitectónicos y la edificación en cuatro plantas del inmueble:
- 2. Que el arquitecto elaboró el anteproyecto de la obra y el Municipio lo aprobó y así mismo

obtuvo la demarcación respectiva y confeccionó los planos definitivos que al igual que el anteproyecto fueron aprobados por la Secretaría de Obras Públicas:

- 3. Que el doctor Ruiz Figueroa tuvo en esas gestiones fuertes erogaciones monetarias y llevaba al presentarse la demanda más de ocho meses de trabajo profesional en los diferentes trámites ante las autoridades municipales de obras públicas;
- 4. Que igualmente y en ejercicio de su actuación profesional el arquitecto también elaboró planos para presentar a las Empresas de Energía Eléctrica hasta obtener su aprobación, para conseguir la instalación de luz en el edificio que iba a construír:
- 5. Que los planos para el edificio del demandado fueron presentados al Municipio en enero de 1960 y quedaron registrados con la referencia ON-18114;
- 6. Que el trabajo de cálculos estructurales fue realizado por un ingeniero especialista, por ser labor diferente a la de planos arquitectónicos que ejecuta el arquitecto, lo mismo que la consecución de un ascensor con una casa alemana;
- 7. Que cuando todo esto se adelantaba y podía iniciarse la obra por estar ya aprobados los planos, el demandado, sin razón valedera, se negó a cumplir el contrato de construcción acordado con el doctor Ruiz Figueroa;
- 8. Que el demandado se ha negado a firmar el contrato de construcción presentado por el arquitecto, alegando que el precio acordado por honorarios no fue de \$35.000.00 sino de \$32.000 00;
 - 9. Que el demandado no ha atendido explica-

ciones, ni oído razones sobre el mayor costo de la obra, ni ha aceptado llamadas para llegar a un acuerdo sobre honorarios;

- 10. Que el señor Ríos Toledo ha manifestado que ya no construye el edificio y en forma rotunda se niega a cumplir el contrato;
- 11. Que según certificación de la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá, el valor de la construcción asciende a la suma de \$ 407.406.00; y,
- 12. Que la Sociedad Colombiana de Arquitectos para obras de primera categoría como la del señor Ríos, según consta en el Reglamento que se acompaña, tiene acordadas las siguientes tarifas: para planos arquitectónicos el 45% del valor de la obra cuando pasa de \$300.000.00, y por planos, dirección y construcción el 11% de su valor, cuando pasa de la misma suma.

Los hechos anteriormente expuestos dieron lugar a que se demandara a Rafael Ríos Toledo pidiendo se le condenara a lo siguiente:

- a) \$44.814.66 como honorarios profesionales por concepto de planos, dirección y construcción de un edificio de cuatro plantas sobre un lote de terreno situado en la carrera 7a. con calle 60A, esquina N. E. de Bogotá, y la cantidad de \$3.443.00 a que ascienden los gastos ocasionados con la ejecución del mandato. La suma por "honorarios profesionales" que en forma principal pide el actor resulta de la tasación que hace de los mismos conforme a la tarifa de la sociedad Colombiana de Arquitectos";
- b) En forma subsidiaria se pide la condena al pago de \$32.000.00, por honorarios que se comprometió a pagar Rafael Ríos Toledo al arquitecto Rafael Ruiz Figueroa, y la cantidad de \$3.443.00 a que ascienden los gastos ocasionados con la ejecución del mandato;
- c) Para el evento de que no prospere la petición principal ni la subsidiaria, en parte o en su totalidad, se solicita que se condene a Ríos Toledo a pagar al arquitecto Ruiz Figueroa, la suma de \$18.333.00 correspondiente a la confección de planos arquitectónicos, tasados conforme a la tarifa de la Sociedad Colombiana de Arquitectos y \$3.443.00 a que ascienden los gastos ocasionados con la ejecución del mandato; y,
- d) Tanto en la solicitud principal como en las subsidiarias se pidió que en caso de no condenar a las sumas indicadas, se condenara a la que fuese demostrada en el juicio "con peritos".

El Juicio

Admitida la demanda se corrió traslado al demandado quien confirió poder para su defensa. Su procurador judicial contestó el libelo en forma que permite sólo establecer que los hoy litigantes trataron sobre el tema de la construcción del edificio hasta lo referente al provecto y los planos (hechos 10, y 20.); que Ruiz Figueroa elaboró el proyecto y los planos definitivos que fueron aprobados (hecho 60.); que las conversaciones en torno al contrato se rompieron en abril de 1960 (hecho 8o.); que Ríos se ha negado a firmar el documento, "entre otras razones por la cardinal de que el precio hablado fue de \$30.000.00 y no de \$35.000.00 como se consignó en el documento sin firma, como tampoco \$32.000.00 como se dice en la demanda" (hecho 9o. de la defensa); que Ríos ante estas circunstancias perdió la confianza depositada en el constructor y que ha entendido su poderdante que desautorizaba toda gestión ulterior que verificara Ruiz al manifestarle que la obra no seguiría adelante (hechos 10 v 11): que la tabla o tarifa de la Sociedad de Arquitectos o cualquiera otra regulación estuvo ausente en las conversaciones sostenidas por Ruiz y Ríos. quienes hablaron de un precio fijo de \$ 30.000.00 "en caso de desarrollar íntegra la obra y cualquiera que fuera su costo" (hecho 15).

Con fundamento en estos hechos se opuso el apoderado del demandado a que se hicieran las condenas, tanto principales como subsidiarias.

Correspondió al Juzgado 60. Laboral del Circuito de Bogotá tramitar el juicio cuya primera instancia terminó por sentencia de fecha 6 de diciembre de 1961, en la cual se absolvió a la parte demandada de los cargos del libelo y se condenó en costas a la parte actora.

Por apelación que interpuso contra el fallo anterior el apoderado del demandante, conoció del juicio la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Corporación ésta que por mayoría, confirmó el del a quo en sentencia de fecha 11 de marzo de 1963. Se condenó en las costas de la instancia al apelante. Salvó su voto el Magistrado doctor Joaquín Caro Escallón.

El recurso

Contra la sentencia de segundo grado interpuso la parte demandante recurso de casación que le fue concedido por auto de 15 de mayo de 1963 (fl. 176, cdno. No. 1).

Admitido el recurso el apoderado del recurrente presentó en tiempo la demanda correspondiente (fls. 5 a 12, cdno. No. 2), contra la cual se formuló escrito de oposición (fls. 14 a 18, cdno. No. 2).

El recurso tiende, según lo dicho en el capítulo "alcance de la impugnación", a que la Corte infirme la sentencia del Tribunal y revoque la de primer grado, para que la Sala "como Juez de instancia dicte el fallo que corresponda en derecho condenando al demandado a suma fija de dinero por concepto de honorarios, con los elementos de prueba que hay en el juicio o los que allegue como juzgador en materia laboral y solo en último caso, se pronuncie por una condena in genere".

El recurrente para obtener la anterior finalidad, invoca contra la sentencia de 11 de marzo de 1963, proferida en la segunda instancia del juicio, "el motivo primero del art. 87 del C. P. L. y después de transcribirlo formula dos cargos que se estudiarán separadamente.

Primer cargo.- Se plantea en la siguiente forma:

"La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por infracción directa, esto es, por no haberse aplicado al caso controvertido, violó la ley sustantiva en los arts. 2054, 2056, 2063, 2069, 2144, 2149, 2150 y 2184 del C. C., en cuanto afirma el fallo que las dos primeras peticiones de la demanda no son atendibles, debido a que la etapa de la construcción en que el actor 'iba a ejercer las funciones de director constructor' no se llevó a cabo, ya que sólo pueden reclamarse honorarios por servicios que en realidad se hayan prestado, demuestra claramente que no se tuvieron en cuenta las anteriores disposiciones, aplicables al presente negocio".

Ya en la demostración del cargo, el recurrente, con cita de una jurisprudencia de la Corte, distingue entre lo que se debe entender por contrato de trabajo y contrato de obra, diciendo que las disposiciones del C. C. quebrantadas, contemplan el caso del arquitecto que celebra contrato para la ejecución de una obra, especialmente el art. 2056 cuando expresa "que cuando el que encargó la obra desiste de ella, debe reembolsar al artífice todos los costos, el valor del trabajo hecho y lo que hubiera podido ganar en la obra" y agrega que es esto exactamente lo pedido en la demanda, al funda-

mentarla en derecho, en los términos que luego transcribe.

Expresa que lo que se cobra es el total del honorario pactado, "que desafortunadamente no tuvo en cuenta la sentencia del Tribunal guiada por un criterio empírico, sin comprender la misión elevada y digna de interpretar y acoger la ley".

Luego pasa a dar un ejemplo respecto a un abogado a quien se le revoca un poder, para concluír afirmando que de los emolumentos pactados debe conocer la justicia laboral conforme al Decr. 456 de 1956, aunque se tomen como indemnización, a causa de tal revocatoria.

En seguida el recurrente manifiesta: "Demostrado que la sentencia acusada incurrió en el error de afirmar que las dos primeras peticiones de la demanda no eran atendibles, ora porque creyóse el juzgador que no había norma legal que autorizara al actor para solicitar honorarios, sino hasta el trabajo realizado, ora por que creyese que fuera de ese límite hay una indemnización, que no se ajusta al procedimiento de este juicio, definidos y aclarados estos errores de la sentencia, digo de manera muy atenta a la Honorable Sala, que teniendo por finalidad esas dos peticiones el pago de honorarios completos, el primero según las tarifas de la sociedad colombiana de arquitectos y el segundo, según el precio acordado con el demandado; que ante la sorpresiva confesión de éste, en posiciones, de que el honorario acordado fue de \$30.000.00. limito el interés de mi poderdante a esta suma, para hacer más rápido el juzgamiento" (subraya la Sala).

A continuación y ya en esta postura, afirma que el Tribunal sobre este aspecto nada dijo y que por este motivo completa "el pedimento que implica el cargo, que es la infirmación de la sentencia, con el análisis breve de la confesión del demandado sobre el monto de los honorarios" (subraya la Sala). Analiza después la contestación de la demanda (hechos 9 y 10) y la confesión del demandado hecha en posiciones, posición cuarta (fl. 84), para demostrar que "el honorario hablado y establecido de manera inmodificable" cualquiera que fuese el precio de la edificación fue de \$30.000.00" (fls. 61 y 84, cdno. No. 1).

Estudia además los arts 606 y 607 del C. J., transcribe una jurisprudencia de la Corte y finaliza el cargo, así:

"Por tanto, acatando lo dispuesto por el art. 2054 C. C. sobre fijación de honorarios por el

trabajo de una construcción, debe atenderse primero a la suma que las partes hayan hablado, que en este caso el demandado confiesa que fue de \$30.000.00 y el actor acepta esa suma; en segundo lugar, vendría el precio presumiblemente convenido "en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra" y entonces tendría plena aplicación la tarifa de la Soc. Colombiana de Arquitectos (fl. 3 a 7); el certificado del fl. 2v. sobre valor oficial dado a la construcción en suma de \$407.406.00; y las declaraciones de Joaquín Rincón, Jorge Ibo Castiblanco y Alberto Maillard (fls. 94, 96, 97) para formar la convicción personal y real que exige el art. 61 del C. P. L., en concordancia con jurisprudencia de la Corte transcrita al fl. 154, sin exigir, como la sentencia que acuso, escritura pública en cada prueba, y en tercer lugar, estaría el peritazgo, que solicito en cada una de las peticiones de la demanda (fl. 48) y en el acápite de pruebas, letra G), de conformidad con el art. 51 de la misma obra, y que por quedar a discreción del juzgador laboral practicarlo o no, según esta disposición, en modo alguno puede inculparse al demandante de que no se haya verificado".

El opositor replica censurando la técnica de la demanda en este primer cargo, pues para él, la absolución de su representado se produjo por ausencia de pruebas y por tanto el cargo no ha debido formularse por violación directa de la norma sustantiva, omitiendo "toda consideración en torno a error de hecho o de derecho en la estimación que de las pruebas hizo el fallador".

Agrega que el precio acordado entre las partes abarcaba la obra íntegra; que no se determinó cada una de las fases de la misma, como anteproyecto, proyecto, planos, etc.; que la tarea alcanzó apenas a las dos primeras; que además, el arquitecto "adelantó trabajos luego de haberle manifestado el dueño de la obra su desistimiento basado en la desconfianza que le infundió la pretensión de alteración unilateral del precio"; que el Tribunal rechazó la certificación de la Sociedad de Arquitectos por falta de regularidad en su aportación y por cuanto el demandante confesó que no se atuvo a ella y que no se practicó peritazgo por la circunstancia de que el actor pidió en la "cuarta audiencia de trámite que se cerrara el debate probatorio, sin referencia alguna al peritaje" (fl. 204).

Finaliza el opositor manifestando que en el juicio sí se probó o se acreditó la prestación

de un servicio, en cambio, no se probó en manera alguna su valor y por tanto es inadmisible una condena.

Se considera:

En el cargo que se estudia el recurrente asume una doble posición al sostener que solicita el pago de honorarios profesionales completos, para su representado, pero que como sorpresivamente ellos fueron confesados por el demandado directamente en posiciones, y además con la confesión que hizo su apoderado al contestar la demanda, señala el interés del actor en dicha suma. Se encuentra entonces la Sala ante una corrección de la demanda con que se inició el juicio, improcedente en este recurso extraordinario. Pero también y como el cargo se desarrolla a través de este imposible acto jurídico, el recurrente, no obstante haber acusado la sentencia por infracción directa de disposiciones sustantivas, se desvía hacia el error de hecho y encuentra que la confesión que estudia no fue apreciada por el sentenciador.

Todos los argumentos expuestos en el cargo indican que él no ha debido proponerse por la vía escogida por el recurrente, violación directa de la ley sustantiva, y la observación que en este sentido hace el expositor es acertada.

Ha dicho ya la Corte:

"La causal o motivo de casación y el concepto de violación deben invocarse con exactitud y con la misma precisión, cuidando de no agrupar en el mismo cargo conceptos incompatibles, por razones inveteradas y exahustivamente explicadas por la jurisprudencia. Son incompatibles: a) La violación directa y la indirecta, pues que el ataque por el primer concepto se cumple por la sola aplicación o inaplicación de la regla jurídica a un supuesto fáctico en el cual están de acuerdo el impugnante y el sentenciador, y el ataque procede al margen de toda cuestión probatoria, mientras que por el segundo concepto la violación resulta de la aplicación o inaplicación del precepto a una situación de hecho que no es la configurada por los medios instructorios que obran en los autos; de suerte que la acusación en el mismo cargo, de violación por la vía directa y la indirecta. es contradictoria porque implica el inadmisible presupuesto de que los hechos son igualmente ciertos y falsos". (Casación 18 mayo/ 1968, Juicio de Pablo Emiliano Espino Lago contra Cervecería Andina S. A).

En el cargo que se estudia, como se ha visto, el recurrente agrupa conceptos incompatibles entre sí, que llevan a la desestimación de aquel por error de técnica del mismo. Se rechaza.

Segundo cargo. Se formula de la siguiente manera: "La sentencia acusada viola directamente la ley sustantiva, por interpretación errónea de los arts. 480 y 553 del C. J., al decir que la condena en abstracto opera cuando se trata de liquidar frutos, perjuicios, intereses, o sea, prestaciones accesorias, pero no derechos principales".

Dice el recurrente que al leer detenidamente el art. 480, disposición sustantiva a efectos del recurso de casación, se deducen tres cosas: "a) Que la enumeración de los casos que indica no es taxativa, sino declarativa como se concluye de la disposición 553 que la complementa y dice: 'si en la sentencia se condena a pagar una cantidad líquida (sic) por frutos, perjuicios u otra cosa semejante...'"; b) Que no habla de peticiones principales o accesorias, siendo corriente cuando se demandan perjuicios, que la acción se ejerza como principal y si el demandante tiene derecho, se liquida después el monto de ese derecho; c) Que en la calificación de frutos, cabe el concepto de honorarios".

Expresa además, el recurrente, que aunque es cierto que la rama del trabajo no acepta condenaciones en abstracto por salarios y prestaciones, no puede negar en cambio, condenas in genere cuando se ventilan contratos civiles, porque el Decr. 456 "que atribuyó a su jurisdicción el conocimiento de los negocios sobre pago de honorarios profesionales, solo le incorporó la parte procesal pero no la sustantiva, que sigue el fuero del código de la materia", y finaliza, así:

"Reconocido y aceptado a favor de un litigante, el derecho que la ley le concede por virtud de un contrato civil, en juicio laboral, si el valor de ese derecho no es conocido, su liquidación debe hacerse aplicando el art. 553 de C. J., como en todos los negocios civiles en que esto ocurre; o sea, cuando se establece el derecho del actor al pago de lo demandado, pero no se conoce su cuantía".

El opositor al referirse a este cargo replica que en estos casos el valor del trabajo es elemento estructural de la condena y que jurisprudencialmente se ha aceptado que la indeterminación del valor del servicio es causa de absolución por la imposibilidad de considerar el trabajo como un fruto, como intereses o como perjuicios.

Se considera:

El Tribunal en la sentencia acusada se expresó así:

"Tampoco es posible acceder a lo pedido por el apoderado del actor en el sentido de que se haga una condenación en abstracto o in genere, de conformidad con el art. 553 del C. J., pues tal disposición permite la condena en abstracto cuando se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, es decir, cuando la condena versa sobre prestaciones accesorias, pero nunca cuando la condena se refiere a lo que constituye un punto principal de la demanda. De manera que, como aquí lo único que se cobra son los honorarios, como petición principal, no se puede dar aplicación a los arts. 480 y 553 del C. J.".

En el caso de autos el recurrente estima que como únicamente dejó de demostrar el valor de los honorarios profesionales de su mandante, el litigio se había solucionado si el Tribunal hubiera dado aplicación correcta al art. 480 del C. J. y al 553 que lo complementa y que, el sentenciador incurrió en errónea interpretación al restringir la condena en abstracto sólo al valor de los conceptos de frutos, intereses, daños o perjuicios, por cuanto la segunda de las normas citadas se refiere también a "otra cosa semejante"; y por cuanto además, los honorarios profesionales pueden asimilarse a frutos.

Olvidó sin embargo el recurrente indicar las normas consagratorias de los derechos que considera radicados en cabeza de su mandante, que también estima violados y que son la base esencial para que se pueda entrar al análisis del cargo.

En estas condiciones resulta incompleta la acusación y por tanto no ajustándose el cargo a la técnica que gobierna este recurso extraordinario, debe rechazarse.

Por las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario:

CONTRATO DE TRABAJO

De acuerdo con el art. 23 del C. S. T., uno de los elementos esenciales para que se configure el contrato de trabajo, es el de "la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono". Esta subordinación o dependencia, según la doctrina, es de carácter eminentemente jurídico.

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado asistente Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 42).

El doctor Arnulfo Manzur Gutiérrez demandó por medio de apoderado a la Compañía Frutera de Sevilla, domiciliada en Santa Marta y representada por su Gerente J. R. Strange, con objeto de obtener el pago de auxilio de cesantía, vacaciones no disfrutadas, primas de servicio y la indemnización correspondiente a la mora en la cancelación de tales prestaciones.

Alegó el demandante que celebró con la Frutera de Sevilla un contrato de trabajo, el cual se inició el primero de agosto de 1955 y hubo de dar por terminado el 5 de febrero de 1959 por motivos de enfermedad; que no disfrutó durante el tiempo de servicio de las vacaciones legales ni recibió la debida compensación en dinero; que tampoco ha recibido primas de servicio ni auxilio de cesantía y que la empresa se ha negado a reconocerle estos derechos pretextando que no celebró con él contrato de trabajo; que el sueldo devengado fue de \$ 600.00 mensuales y que la empresa demandada tiene un patrimonio superior a \$ 200.000.00.

Corrido el traslado de la demanda, el apoderado de la Compañía la contestó oponiéndose a sus peticiones. Al referirse a los hechos, negó la existencia del contrato laboral y negó, en consecuencia, que el demandante tenga derecho a las prestaciones que reclama con tal fundamento. El mismo apoderado formuló después demanda de reconvención contra el facultativo doctor Manzur Gutiérrez, pidiendo fuera condenado, previa declaratoria de la resolución del contrato, "a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados a la Compañía Frutera

de Sevilla por la violación de sus obligaciones por parte de él". Se afirma en la contrademanda que la Compañía Frutera de Sevilla celebró con Manzur Gutiérrez un contrato por el cual éste se obligó a prestar sus servicios profesionales como especialista en órganos de los sentidos a los trabajadores de aquella; que se pactó una duración indefinida, pero también la obligación de verificar el desahucio mediante aviso anticipado de 45 días, no obstante lo cual el facultativo comunicó el 5 de febrero de 1959 su decisión de terminar el contrato y simultáneamente dejó de asistir a los enfermos de la empresa, la cual sufrió perjuicios por esta conducta intempestiva, pues hubo de acudir a otro profesional al que entró a pagar \$800.00 mensuales.

El Juzgado del Trabajo de Santa Marta pronunció sentencia el 22 de julio de 1960 en la cual resolvió:

Condénase a la Cía. Frutera de Sevilla a pagar al Dr. Arnulfo Manzur Gutiérrez, las cantidades que a continuación se expresan y por los extremos que se van a indicar:

- "1. Por auxilio de Cesantía la suma de mil quinientos ocho pesos treinta centavos. (\$ 1.508.30);
- "2. Por prima de servicios la suma de mil cuatrocientos cincuenta pesos (\$ 1.450.00); M. L.; y
- "3. Por vacaciones causadas y no disfrutadas la suma de mil doscientos pesos (\$ 1.200.00) M. L.
- "Absuélvese a la *Cía Frutera de Sevilla* de los otros cargos impetrados en el libelo de demanda, o sea el de los salarios caídos.
- "Absuélvese al Dr. Arnulfo Manzur Gutiérrez, de los cargos impetrados en el libelo de reconvención.

"Sin costas".

Apelada por los apoderados de una y otra parte la sentencia de primera instancia, el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala civil-laboral, la confirmó en todos sus puntos en fallo proferido el 10 de julio de 1961.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron el recurso extraordinario de casación ambas partes. Admitido este y sustanciado en debida forma, procede la Corte a resolverlo, comenzando por estudiar las pretensiones de la parte demandada, que discute la existencia del contrato de trabajo.

Recurso de la parte demandada

El recurrente se propone la casación total del fallo impugnado y que la Corte, previa revocatoria de la sentencia de primer grado, absuelva a la empresa demandada de todos los cargos y condene en costas al actor. Formula al efecto el siguiente cargo:

"Con fundamento en la causal primera de casación laboral, acuso la mencionada sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 22, 23 y 24 del C. S. T. y consecuencialmente, también por aplicación indebida, los arts. 186, 189, 249 y 306 del mismo estatuto. A estas infracciones llegó el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y su respuesta, de la carta-contrato de fl. 2, de las declaraciones del Dr. Jorge Camacho Moya (fl. 47-49), Dn. Nicolás R. Agarino (fl. 57), Ricardo Cotes Blanco (fl. 58), Francisco Gutiérrez (fl. 59). Wenceslao Restrepo Rosello (63 y 64), Daniel Hernando Sánchez (fl. 64), y de las posiciones absueltas por el actor (fl. 70-71) y el gerente de la demandada (80-81) y por falta de apreciación de las notas de fls. 3 y 4, y del contrato de fls. 15 y 16. Lo cual indujo al sentenciador a dar por demostrado, sin estarlo, que al actor "se le fijaron" los días y el lugar del trabajo y "se le señaló la retribución", que "estaba obligado a permanecer en la clínica y hospital de la empresa demandada los sábados" y "durante ese tiempo debía obedecer las órdenes de la citada empresa, atendiendo los enfermos que ella le indicara", y no dar por demostrado, estándolo, que el actor era un profesional libre, que no estuvo nunca bajo la subordinación jurídica ni técnica de la demandada y no fue por tanto empleado suyo".

En la sustentación del cargo dice el recurrente que tratándose de profesionales como médicos, la regla general es la libertad o la autonomía y la excepción que ejerzan su profesión en calidad de empleados; que ni el sitio donde prestan su servicio, ni el número de personas que atienden, ni la remuneración por mensualidades, ni el compromiso de concurrir a las llamadas del cliente son signos de subordinación laboral, sino solamente "la exclusividad temporal de los servicios". "Si el médico se compromete -explicaa dedicar un tiempo prefijado (ocho horas diarias. cuatro horas diarias, tres horas todos los lunes etc) a una persona natural o jurídica, con exclusión de todos los demás clientes, podrá considerársele empleado de esa persona. Pero si apenas se compromete a concurrir cuando lo llame el cliente y a servirle durante el tiempo que sea necesario en determinados días, con libertad para atender a su clientela particular aún en esos días, seguirá siendo un profesional libre v no un subalterno del cliente".

Dice que esto lo entendió el Tribunal, pero que no interpretó a derechas el contrato que se lee en el fl. 2 del expediente, en cuvo encabezamiento se destaca con todo cuidado la autonomía profesional del especialista, el propósito de aprovechar la circunstancia de que usualmente se trasladaba de Barranguilla a Santa Marta por su propia determinación y en ejercicio de sus labores profesionales, para encomendarle el tratamiento de los trabajadores de la Compañía. Observa que en las estipulaciones se advierte que la Compañía tiene "sus médicos" empleados. y que el contratista no iba a ser uno de ellos; que en parte alguna aparece, como lo creyó el sentenciador, que estuviera obligado a permanecer en la clínica y hospital de la empresa los sábados, ni que debiera obedecer órdenes, salvo en el sentido de que serían los médicos de la empresa los que le remitirían los enfermos. Observa también que durante el tiempo señalado en la demanda la Compañía pagó primas a sus médicos v no lo hizo al Dr. Manzur, no obstante lo cual éste siguió atendiendo a los enfermos, y en igual forma procedió después de que el Superintendente de Personal, Carlos Gámez Dávila, con quien suscribió el convenio, le advirtió que no tenía derecho a prestaciones, según la nota del fl. 4.

Concluye el recurrente: "Frente al texto inequívoco del contrato de fl. 2 y los demás elementos de convicción enunciados, es imposible sostener que el doctor Manzur fue subalterno de la empresa, sometido a sus órdenes "en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo" (art. 23 C. S. T.), y no un profesional independiente que en sus acostumbrados viajes a Santa Marta contó entre sus clientes a la Compañía, mediante unos honorarios pactados por su-

ma fija. Los errores de hecho invocados en el único cargo principal, aparecen de manifiesto en los autos".

Se considera

1. El Tribunal transcribe las estipulaciones del contrato, tomadas del documento que obra en el fl. 2 del expediente, que contiene las condiciones acordadas por la empresa, propuestas por el Superintendente de personal de la misma al demandante v aceptadas por éste. Cita además las declaraciones de los testigos Jorge Camacho Moya (fl. 47 a 49), Wenceslao Restrepo (fl. 63) y Daniel Sánchez (fl. 64), en las cuales encuentra demostrada la realidad o efectividad de la prestación de los servicios contratados. Hace mención del art. 22 C. S. T. que define el contrato de trabajo, y del 23 ibídem, que señala los elementos constitutivos del mismo, para deducir que se encuentran reunidos en la relación de autos. Resume el resultado probatorio así: "El demandante prestaba sus servicios directa y personalmente, no por intermedio de otra persona. Se le fijaron los días sábados de cada semana para asistir a los trabajadores y se le señaló el lugar de la clínica de la empresa y hospital de la Compañía donde decía prestar sus servicios profesionales. Y se le señaló como retribución de los servicios la suma de \$600.00 mensuales". Con esto llega a la siguiente conclusión: "De las pruebas aportadas a los autos se colige que el contrato tantas veces mencionado es perfectamente el de trabajo y por ello debe someterse a las disposiciones laborales".

2. Las "condiciones acordadas" entre la Compañía Frutera de Sevilla y el Dr. Manzur Gutiérrez, residente en Barranquilla, aparecen consignadas en el documento leíble en el fl. 2, cuyas estipulaciones principales, propuestas por el Dr. Carlos Gámez Dávila en nombre de la empresa y aceptadas por el especialista, transcribe el Tribunal en su sentencia. No es preciso volver a insertar aquí el texto de tales estipulaciones, sino apenas el encabezamiento de la propuesta, porque a él se refiere el recurrente. Reza así: "Como usted usualmente se traslada cada semana a esta ciudad (Santa Marta), por propia determinación, en ejercicio de su profesión de médico especialista en ojos, oídos, nariz v garganta, v la Compañía Frutera de Sevilla desea aprovechar esta circunstancia para encomendarle el tratamiento de sus trabajadores afectados de los referidos órganos, por medio de la presente, en mi carácter de Superintendente del Departamento de personal de la mencionada empresa y en nombre de ésta, inserto a continuación las condiciones acordadas".

Al tenor de lo estipulado, el especialista Dr. Manzur Gutiérrez quedó sometido a la obligación de prestar a la Compañía Frutera de Sevilla sus servicios personales, que consistían en atender a los trabajadores que los médicos de planta le enviarían por estar afectados de enfermedades de los sentidos. La obligación fue contraída con la empresa, la cual obró por medio de su Superintendente de Personal, v se refería a todos los trabajadores, sin que hubiera para el especialista libertad de admitir a unos y a otros no: se extendía además a los trabajadores que fueran a ingresar al trabajo o se retiraran de él, debiendo ser los médicos de la empresa los que señalaran la oportunidad del servicio. La atención debía prestarse en Santa Marta los días sábados, y en el Hospital y Clínica de la Compañía, v debía comprender no solo el examen clínico sino las medidas terapéuticas. intervenciones quirúrgicas, medidas post-operatorias, etc. El compromiso fue de carácter permanente; no se agotaba en casos determinados sino que exigía un continuado cumplimiento. o sea una permanente disposición de recibir todos los sábados, los trabajadores que la empresa enviara a través de sus médicos de planta.

Además, el convenio se celebró por término indefinido, se estipuló la obligación de dar preaviso de 45 días para la parte que quisiera terminarlo y se pactó una remuneración permanente y periódica (\$ 600.00 mensuales).

En tales condiciones, no puede decirse que el Tribunal hubiera incurrido en manifiesta equivocación al considerar que las relaciones que rigieron entre los litigantes constituyeron un contrato de trabajo, ya que en el documento que obra como prueba básica se descubren los tres elementos que señala el art. 23 del C. S. T., a saber: actividad o servicio personal, salario como retribución del servicio y continuada dependencia o subordinación del trabajador.

El recurrente echa de menos el elemento de la continuada dependencia, y según se colige de la comunicación que obra al fl. 4, se atuvo a que tal elemento no existía y por eso no reconoció el contrato como laboral. Pero la subordinación o dependencia, que según la doctrina es de carácter eminentemente jurídico, se destaca al tener en cuenta que el especialista Dr. Manzur quedó sujeto a cumplir en determinado lugar y en determinados días una labor permanente la cual resultaba fijada por la empresa,

desde luego que eran sus médicos de planta los que señalaban y enviaban los enfermos que debían ser atendidos; ello además debía hacerse, en casos especiales, con la autorización del Superintendente de Personal (Cláusula 5a.). El derecho o posibilidad en que quedó el profesional de atender su propia clientela "sin perjuicio de las obligaciones convenidas" (Cláusula 7a.), no descalifica el contrato, pues tal concesión apenas significa que no se pactó exclusividad de servicios.

La manifestación hecha por la empresa en el encabezamiento del escrito del fl. 2, de que aprovechaba la circunstancia de que el Dr. Manzur Gutiérrez se trasladaba todas las semanas de Barranquilla a Santa Marta, apenas traduce una razón de conveniencia. Tampoco desvirtúa lo aseverado por el Tribunal el hecho de que la empresa no hubiera accedido a conceder las prestaciones sociales que el profesional reclama, pues también en el juicio le ha negado el derecho a ellas.

Basta lo anotado para concluír que la calificación que dio el Tribunal sentenciador a las relaciones contractuales discutidas no se opone a la realidad procesal. No existe, por tanto, el error manifiesto de hecho que se alega en el cargo y por lo mismo no prospera la acusación.

Recurso de la parte demandante

Expresa el recurrente: "Persigo el quebrantamiento parcial de la sentencia del Tribunal de Santa Marta, ya singularizada, en cuanto absolvió a la Compañía demandada en el juicio del extremo sobre indemnización moratoria, para que, en su lugar, y en la subsiguiente decisión de instancia, se despache favorablemente la súplica respectiva del libelo inicial, condenando a la sociedad mencionada a pagar a mi poderdante, conforme al art. 65 del C. S. T., lo correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, desde el día de la terminación del contrato hasta el en que sean solucionados los aludidos derechos laborales. Solicito, además, las condenas en costas correspondientes a las instancias v el presente recurso".

Para tal efecto, con base en la causal primera del art. 87 del C. P. L., formula el siguiente cargo: "El Tribunal de Santa Marta violó, en el fallo que impugno, por aplicación indebida (en la modalidad de falta de apreciación) el art. 65 del C. S. T. a consecuencia de error de hecho evi-

dente en los autos, en que incurrió por mala apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras, todas las cuales singularizaré, violación indirecta que lo condujo a confirmar la absolución decretada por el a quo sobre el extremo de "salarios caídos". Hubo, además, infracción medio de los arts. noveno y 768 C. C. y 61 del C. P. T., en relación con el 145 de esta última obra".

Considera mal apreciada la carta-contrato que obra al fl. 2 y la demanda de reconvención (fl. 17 y 18), y dice que la prueba dejada de apreciar fue "la presunción consagrada por el inc. final del art. 768 del C. C.", aplicable al caso en virtud de los arts. 51, 61 y 145 del C. P. L.

Explica que el error de hecho consistió "en dar por establecido, cuando las probanzas destacadas evidencian lo contrario, que la Compañía demandada no incurrió en mala fe al dejar de pagar las prestaciones causadas y a cuya solución condenó el Tribunal", error que incidió en la resolución sobre indemnización moratoria que se pidió en la demanda.

Para sustentar el cargo el recurrente dice que habiéndose redactado el documento contrato por la propia entidad patronal, por medio de su Superintendente de Personal, no puede concebirse que hubiera error de su parte en cuanto a la calidad de la relación jurídica, y que la proposición de la demanda de reconvención en el juicio laboral "constituía reconocimiento y aceptación del carácter jurídico del vínculo generador de los derechos impetrados". Dice también que si el Tribunal admitió que la parte demandada incurrió en error acerca de la naturaleza del contrato, ha debido atenerse a la presunción de mala fe que prevé el art. 768 del C. C. "Esa confusión, ese error del patrono —expresa implicaba desconocimiento del derecho v constituye en la doctrina y en la legislación colombianas error de derecho, figura respecto de la cual el art. 90. del C. C. estatuye que no sirve de excusa y el art. 768 de la misma obra en su inciso final instituye en presunción de mala fe sin admitir contra ella prueba en contrario".

Se considera:

El Tribunal expresó sobre este aspecto: "El fundamento de la absolución sobre salarios caídos se basa en que la compañía demandada al no haber pagado las prestaciones que debía al trabajador no lo hizo de mala fe, pues hubo error de su parte al apreciar el contrato celebra-

do con el demandante, ya que provino la confusión de haber considerado que se trataba de uno de naturaleza completamente regido por disposiciones del C. C. y no por el sustantivo del Trabajo".

Se remite el Tribunal al fundamento que para absolver por salarios caídos adujo el juzgador de primera instancia y éste (V. P. 94) estimó que "Habiendo sido razonables los argumentos planteados por la empresa para el no pago de las prestaciones", no hubo mala fe de su parte.

La absolución por salarios caídos resulta, pues, fundada en la consideración de que la empresa padeció confusión o error en cuanto a la naturaleza laboral del contrato, y que la asistieron para ellos, motivos razonables. La doctrina constante ha establecido que cuando se discute la naturaleza del contrato a la obligación misma con fundamentos razonables, debidamente establecidos en autos, hay que admitir la buena fe, que es eximente de la sanción del art. 65 C. S. T.

En el presente caso hay circunstancias que podían llevar a los representantes de la empresa a creer que el contrato no era de trabajo sino de prestación de servicios profesionales independientes, y que podían hacer borrosa sobre todo la noción de continuada dependencia. Es preciso resaltar, al respecto, la relativa autonomía que conservaba el profesional demandante ante las cláusulas o condiciones pactadas en el documento que se estudió arriba. Tal creencia la tuvo la empresa desde antes de iniciarse el juicio, según la carta que ocupa el fl. 4, fechada el 14 de febrero de 1958, y se asume en la contestación de la demanda; por eso no tiene tanta significación el hecho de la demanda de reconvención.

Ahora bien: hasta dónde constituyen esas circunstancias razonable fundamento de discusión, es cuestión de apreciación, o deducción del juzgador que se relaciona con la regla de la libre formación del convencimiento, como lo ha reiterado la Sala. "Al respecto — expresó en casación del 29 de septiembre de 1966— sobre la situación específica de la indemnización moratoria, ya había dicho la Sala de Casación Laboral que 'las apreciaciones de la mala o de la buena fe del patrono como causante de la aplicación o inaplicación de la pena indemnizatoria constituye una deducción del juzgador que se estructura de acuerdo con la regla de la libre formación del convencimiento". (Juicio de Rafael Campos vs. Peláez Hermanos Ltda.).

Los argumentos del recurrente no son eficaces para demostrar que aquella apreciación es abiertamente errada. Como ya se dijo, se advierte que el desconocimiento de la naturaleza laboral del contrato no fue una actitud asumida por la demandada solamente en el juicio: de otra parte, el Tribunal no le atribuyó a la demandada ignorancia de la ley, sino error o confusión en cuanto a los hechos constitutivos de la relación jurídica pactada en el pliego que se lee al fl. 2.; no viene, pues, al caso la presunción de mala fe de que habla el recurrente citando las disposiciones del C. C.

No prospera la acusación.

Con base en 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 que se ha hecho mérito pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.

Sin costas en el recurso.

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

Jorge Gaviria Salazar, Ricardo Silva, conjuez; Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.



PRIMA DE ALIMENTACION, O CUPON DE RACIONAMIENTO

La circunstancia de que en acta suscrita entre las partes, se hubiese declarado que el beneficio del cupón de racionamiento "tiene un carácter extracontractual" y que se acuerda solamente con la finalidad de pener fin de una manera cordial a las causas que determinaron en los trabajadores el paro existente, y que en las convenciones siguientes se hubiese consagrado en idénticas condiciones de precio, cantidad, etc. no constituye, en manera alguna, la declaración de que él no participase de la naturaleza jurídica del salario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Crótatas Londoño). (Acta No. 24).

Las partes actora y demandada interpusieron y sustentaron en tiempo recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta pronunciada en los juicios ordinarios laborales acumulados de Luis Jiménez Guzmán y otros contra la "Compañía Frutera de Sevilla".

La demanda de instancia de Jiménez Guzmán se encamina a obtener el reajuste del auxilio de cesantía, las primas de servicios y la remuneración de vacaciones teniendo en cuenta el valor de la "prima de alimentación" o "cartón de racionamiento", consistente en el suministro de diez (10) artículos alimenticios a bajos precios, destinados a los trabajadores, en las tiendas de la Compañía, "prima" que representaba un salario adicional de doscientos pe-(\$ 200.00) mensuales. Pidió. condena por lucro cesante e indemnización moratoria. Al juicio de Luis Jiménez Guzmán se acumularon los iniciados contra la misma compañía por Acisclo A. Amador Quinto, Francisco Bermúdez Mier, Eduardo Bornachera Macala, Gustavo Castillo Cahuana, Luis Aurelio Campo Polo, Martha B. de Cantillo, Francisco Castro Reyes, Pedro de Avila Guzmán, Santiago Díaz Morales, Atanael Escorcia Reales, Eddie A. Granados Duica, Luis Ruiz Polo, Miguel López González, Beatriz Maiguel Zagarra, Efraín Antonio Osío Salas, Dilia Ospino de la Cruz, Ricardo Ospina Rodríguez, Inés Peña Roa, Julián Pereira Manrique, Blanca Pachón de Polo, Santiago Prens Blanco, Juan Luis Rojas Barros, Gustavo Rosado Argota, Luis Sánchez Castro, Diego A. Sotomayor Torres, Rafael Guillermo Trout, Carlos Urueta Bojato, Gladys Velasco Algarín, Gladys María Villarreal P., Elvia Rosa Villarreal P. y Julia Vives Cuello.

La compañía demandada se opuso a las pretensiones de los actores y propuso las excepciones de pago y prescripción. La base de su oposición consistió en negar la naturaleza de salario al menor precio de venta de los artículos alimenticios por parte de la Compañía a sus trabajadores.

El Juez Municipal del Trabajo de Santa Marta, quien conoció en primera instancia de los juicios acumulados, en fallo de diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta v siete. condenó por los conceptos de reajuste de auxilio de cesantía, remuneración de vacaciones, primas de servicios y compensación de preaviso, en sumas diversas a favor de los actores Luis Jiménez Guzmán, Acisclo Amador Quinto, Pedro de Avila, Santiago Prens Blanco, Martha Barreneche de Cantillo, Julia Vives Cuello, Ricardo Ospino R., Eduardo Bornachera Macala, Julián Pereira Manrique, Diego Sotomayor Torres. Rafael Guillermo Trout. Luis Rojas Barros. Elvia Rosa Villarreal Palma, Luis A. Campo Polo, Dilia Ospino de la Cruz, Blanca Pachón de Polo, Gustavo Rosado Argota, Gladys Villarreal Palma, Atanael Escorcia Reales, Luis Sánchez Castro e Inés Peña Rosa, declaró prescritos los derechos de los demás actores y absolvió a la compañía de los restantes cargos de las demandas.

Apelada la resolución del a quo por los apoderados de las partes, el Tribunal, por sentencia de veintinueve de febrero de mil novecientos sesenta y ocho, confirmó la de primera instancia.

LA DEMANDA DE LOS DEMANDANTES RECURRENTES

El apoderado de los actores impugna la sentencia del ad quem con miras a obtener su casación parcial, y a que, como tribunal de instancia, la Corte pronuncie la misma condena que se produjo en relación con los actores respecto de los cuales no se hizo la declaratoria de prescripción de sus derechos. Para apoyar su acusación, la demanda señala como quebrantados, por vía indirecta, los arts 48, 127, 129, 186, 248 y 306 del C. S. T., como consecuencia de la indebida aplicación del art. 489 del mismo código y la falta de aplicación del art. 488. La violación se produjo, según el casacionista, como consecuencia de evidentes errores de hecho "en la apreciación de la prueba".

Para poder concretar la sustentación del ataque, se hace necesario transcribirla como fue planteada. Dice el recurrente en relación con cada uno de los demandantes afectados con la decisión del ad quem:

"Francisco Castro Reyes afirmó haber prestado sus servicios del 20 de mayo de 1952, hasta el 26 de julio de 1961. La sentencia del Tribunal afirma que el contrato se terminó el 23 de febrero de 1951 (sic) y que, por tanto, cuando se hizo el reclamo directo el 8 de abril de 1964 habían transcurrido ya los tres años de prescripción.

"Sin embargo, acontece que el expediente en el cuaderno respectivo, aparecen presentadas por la empresa, junto con la contestación de la demanda, las liquidaciones finales al terminar el contrato, Nos. 7719, 10703 y 8379, con fechas 14 de marzo de 1961, 3 de mayo de 1961 y 26 de julio de 1961 en las dos últimas de las cuales se lee en su orden: "Nota: esta adiciona a la número 7719 de marzo 14 de 1961, para reconocer y pagar a este extrabajador el valor de una enfermedad causada después del retiro" y "Nota: esta adiciona a los números 7719 y 10703 de marzo 14 y mayo 3 de 1961 respectivamente. Se están reconociendo 12 días de enfermedad... para completar 90 días". (fls. 24 a 26). Como también se encuentra, expedido por la compañía aportado con el libelo, un "certificado médico de retiro", expedido el 26 de julio de 1961, en donde literalmente se dijo: "Puede liquidarse julio 26/61" (fl. 5), en tanto que la reclamación, con sello de recibo de la compañía, aparece interpuesta el "apr. 8 de 1964" (fl. 3).

"Miguel A. López González demanda por

servicios prestados entre el 6 de diciembre de 1948 y el 27 de abril de 1961. Formuló su reclamación escrita el 22 de abril de 1961 (fl.2 de su cdno.). El Tribunal afirma que la terminación del contrato de trabajo operó el 21 de febrero de 1961. Sin embargo de lo cual, en el mismo expediente aparece (fl. 3) certificado expedido por la Compañía el 20 de abril de 1964, según el cual, el trabajador por cláusula de reserva dejó de prestar su concurso el 3 de marzo de 1961, pero fue tratado por enfermedad hasta el 27 de abril de 1961, y al fl. 13 en la contestación de la demanda se mencionan en su orden las liquidaciones Nos. 14.744, 14.745 y 10558 de 13 y 15 de abril de 1961.

"Carlos Urueta Bojata reclama por el tiempo comprendido entre el 22 de marzo de 1947 y el 15 de abril de 1961. La demandada le replicó que el contrato había concluído el 21 de febrero de 1961. La liquidación 7659 (fl. 24) lleva fecha marzo 2 de 1961. La reclamación escrita se hizo el 17 de marzo de 1964 (fl. 2) y al fl. 3 del mismo cono., en certificado de enfermedad, expedido por la compañía, con fecha 22 de marzo de 1961, se dice: "Liquidar el 15 de abril de 1961".

"Gustavo Cahuana C.. sostiene haber prestado servicios entre el 2 de diciembre de 1953 y el 9 de abril de 1961. Reclamó el reajuste el 3 de abril de 1964 (fl. 8). La liquidación 6315 es de 4 de abril de 1961 (fl. 26) y al fl. 11 se lee el certificado médico expedido por la compañía el 17 de marzo de 1961".

"Santiago Díaz Morales" demanda por haber trabajado hasta el 21 de mayo de 1961. La empresa acepta la cooperación hasta el 21 de febrero. La liquidación es de 11 de marzo (No. 6479, fl. 23). El reclamo escrito es de abril 21 de 1961. Hay certificado de tratamiento médico, hecho por la empresa, hasta el 21 de mayo de 1961 (fl. 4).

"Luis Ruiz Polo dice haber trabajado hasta el 6 de mayo de 1961. Su petición escrita a la empresa es de 24 de marzo de 1964. La liquidación se practicó el 17 de marzo de 1961 (fl. 24 No. 12.553). Hay certificado médico de la empresa del 25 de abril de 1961, en el que se lee: "Fue operado el día 7 de abril ... incapacidad hasta mayo 6. Puede liquidarse mayo 7, 961". (fl. 11).

"Gladvs Velasco Algarín. La empresa sostiene que la liquidó con el No. 9350 el 11 de septiembre de 1961, habiendo avisado la terminación del contrato el 25 de agosto de 1961. El Tribunal sostiene que de 31 de agosto de 1961 a 17 de noviembre de 1964, fecha en que se notificó la demanda, pasaron más de tres años. Pero olvidó que a los fls. 119 y 120 del cdno. 10. aparece copia auténtica de la carta dirigida por el Dr. Pablo Mercado Serna, a nombre de varios antiguos trabajadores de la empresa, a los personeros de ésta, fechada el 18 de febrero de 1964, con nota de recibo de 21 de febrero de 1964, en la cual aparece incluído el nombre de Gladys Velasco Algarín dentro de los reclamantes del reajuste que luego vino a ser cobrado judicialmente.

"Pedro Alfaro Cantillo cobra por servicios prestados hasta el 17 de mayo de 1961. Dirigió carta en tal sentido el 31 de marzo, que tiene nota de recibo de abril 10. de 1964. La empresa sostiene que el contrato terminó el 21 de febrero de 1961. Al fl.4 aparece certificado médico de la compañía, expedido el 5 de mayo de 1961, en el que se dice que el trabajador fue operado el 6 de abril, operado el 17 del mismo, incapacitado hasta el 16 de mayo y que se le puede liquidar el 17 de mayo / 961".

Luego el casacionista agrega:

"El sentenciador perdió de vista los siguientes documentos auténticos: liquidaciones finales de Francisco Castro Reyes y certificado médico relativo al mismo. Contestación de la demanda de Miguel A. López González y certificado médico a él correspondiente. Liquidación y certificado médico correspondientes a Gustavo Cahuana C. Liquidación y certificado médico correspondientes a Luis Ruiz Polo. Liquidación y certificado médico relativos a Santiago Díaz Morales. Reclamación interpuesta por varios trabajadores, entre ellos Gladys Velasco A. el 21 de febrero de 1964. La certificación médica expedida en torno a Pedro Alfaro Cantillo.

"Todos estos documentos, auténticos, repito, se encuentran mencionados y localizados en los párrafos interiores, con folios y cuadernos.

"La evidencia del error consiste en que: En el caso de Gladys Velasco A., en que solo se tuvo en cuenta la notificación de la demanda, (noviembre 17 de 1964) y no la reclamación escrita (febrero 21 de 1964), y por ello se sostuvo que habían transcurrido tres años largos sin acto suyo, desde el 31 de agosto de 1961, fecha en que, terminado el contrato, pudo reclamar, fue exigible la prestación y comenzó a contarse el lapso de prescripción. El error es por lo tanto palmario y fue la causa de la absolución

por declaración de la ocurrencia de tal modo extintivo".

"En lo que se refiere a los demás trabajadores y documentos, el error consistió en que el Tribunal confundió la fecha de la liquidación con la de la terminación del contrato, ignorando que en todos los casos el contrato terminó por ejercicio de la cláusula de reserva, según la cual (extinguido art. 48 del C. S. T.). el contrato podía terminarse unilateralmente con preaviso de cuarenta y cinco días, en dinero o en tiempo, y, por lo mismo, no podía entenderse concluído sino a la expiración de tal tiempo, contado a partir del día del desahucio. fuera en tiempo o en dinero. A ello, en todos los casos, se agrega que aparece la demostración clara de que los trabajadores fueron tratados médicamente; incluso por vía quirúrgica, luego de la fecha en que la empresa manifiesta haber dado por terminado el contrato. En una oportunidad, inclusive con reajustes de liquidación en dos etapas por tal causa.

"De lo cual se concluye que no es compatible con la declaración empresarial en las liquidaciones, de haberse terminado los contratos en una determinada fecha, la declaración posterior de la misma sobre incapacidades del trabajador, intervenciones clínicas y autorizaciones para liquidación todas señaladas para un tiempo ulterior. Y, por ello, que las manifestaciones escritas y auténticas de la parte demandada, posteriores, favorables al trabajador, en el sentido de que éste fue tratado como tal, atendido y autorizada su liquidación en fecha posterior a en la que aparece, deben prevalecer, y no han sido tenidas en cuenta.

"Esos certificados médicos como esas liquidaciones, en especial las de Francisco Castro Reyes, demuestran plenamente que la terminación del contrato no se dio en las fechas que dice la empresa, sino en oportunidad posterior, y, por lo mismo, que para cuando se formularon las declaraciones escritas, no se había consumado el fenómeno de la prescripción extintiva".

Esta demanda no fue replicada.

LA DEMANDA DE LA PARTE DEMANDADA RECURRENTE

Pretende que el fallo del Tribunal sea casado parcialmente, en cuanto confirma el ord. 1o. de la sentencia del a quo, para que la Corte, en decisión de instancia, revoque dicho ordinal y absuelva a la compañía de los cargos de la demanda

Esta impugnación se desarrolla en dos cargos, basados en la causal primera, cuyos planteamiento y sustentación son del siguiente contenido:

Primer cargo.- Acusa la sentencia del Tribunal por "violación indirecta de los arts. 48, 186, 189, 192, 249, 253 y 306 del C. S. T., por aplicación indebida, a causa de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por haber apreciado equivocadamente, a la luz de los art. 127, 128, 129, y 137, las demandas y sus contestaciones, la inspección ocular de fls. 43 a 73 del cdno. 10. (expediente de Luis Jiménez Guzmán), las declaraciones de Lisímaco Tapia, (fls. 75 a 77 ibídem), José María Bustamente (fls. 78 a 80 ibídem). Jorge Navarro (fls. 80 a 82 ib.) y Juan Montero Figueroa (fls. 84 a 86 ib.), el dictamen pericial de fls. 119 y 120 del mismo cuaderno, y las convenciones y pactos colectivos transcritos parcialmente en la diligencia de inspección ocular visible a fls. 30 a 42 del expediente de Luis Sánchez Castro".

Como errores de hecho el recurrente señala:

- "1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el beneficio resultante de la diferencia del precio de venta de los diez artículos especificados en los cartones de racionamiento, en los comisariatos de la empresa y en las tiendas de víveres de la región, se estableció y se mantuvo como retribución de los servicios del respectivo comprador:
- "2. Dar por demostrado, sin estarlo, que las partes reconocieron a dicho beneficio el carácter de primas de alimentación;
- "3. No dar por demostrado, estándolo, que las partes convinieron expresamente en que ese beneficio no tendría carácter salarial;
- "4. Dar por demostrado, sin estarlo, que los actores disfrutaron del referido beneficio todas las semanas de los tres años inmediatamente anteriores a la extinción de sus respectivos contratos de trabajo, y
- "5. Dar por demostrado, sin estarlo, que el valor del beneficio mencionado fue, durante el último año de servicios, de \$178.88 mensuales".

Para buscar la demostración del primer error, el recurrente censura la apreciación hecha por el a quo de varios elementos probatorios.

sobre la base de que el Tribunal, aparte de acoger una sentencia de la Corte en caso similar. se remite a la del Juez de primera instancia. Considera equivocada la deducción que este fallador obtiene de las demandas y sus respuestas, de las declaraciones de Tapia, Bustamante y Montero y del art. 16 de la convención colectiva de 1960, de que la generalidad y periodicidad de la venta de artículos por la Empresa a precios reducidos y la vinculación con la prestación de los servicios del llamado "cartón de racionamiento", da a la diferencia favorable a los trabajadores la naturaleza de salario. La interpretación de la cláusula convencional por el Juez la estima el impugnador equivocada "porque cualquier beneficio patronal que no tenga ese carácter salarial es "consecuencia" de que se halle vigente el contrato de trabajo o de que se hayan prestado los servicios prometidos, como ocurre con todas las prestaciones legales y extralegales". Agrega que también esos beneficios extralegales, no retributivos, pueden ser otorgados bajo condiciones que se refieren al servicio.

En la demostración del presunto segundo error, el recurrente hace referencia a la estimación que el a quo hizo de la cláusula convencional de la convención de 1962 (6 de abril) y la que realiza el ad quem tanto de tal estipulación como de las convenciones de 1948, 1949. 1955, 1957, 1959 y 1960, y observa que "todos los negocios sub lite se extinguieron antes de que se celebrara la convención de 1962, lo que sería bastante para desechar el espacioso argumento". Y dice no ser cierto que en dicha convención la Empresa haya reconocido el carácter de "prima de alimentación" al beneficio obtenido de la congelación de precios. Hace la historia convencional de este beneficio, a partir de la convención de 1948 hasta la de 1962, y destaca que inicialmente tuvo una forma confusa y expresamente extracontractual y luego simplemente se reiteró la estipulación sobre congelación de precios de los artículos vendidos por la Compañía a los trabajadores, que desde la convención de 1955 se hizo mediante el denominado "cartón de racionamiento". Apunta que solo en 1962, cuando va habían terminado todos los contratos de trabajo de los demandantes en juicio, se cambió el suministro de víveres a precios congelados por un aumento de salarios. Observa entonces, a propósito, que en ninguna de las convenciones anteriores a la de 1962 se dio al beneficio la naturaleza de "prima de alimentación", lo cual "cuando el Tribunal dice que la tarieta

de racionamiento "era, como lo reitera la convención de 1962, una prima de alimentación". se equivoca paladinamente porque sólo se reitera lo que ya se ha dicho". Al antecedente adiciona el argumento basado en el art. 10 de la Ley 187 de 1959, disposición que, según el recurrente distingue el salario en especie de "las demás concesiones que atenúen el alza del costo de la vida". Y expresa que, finalmente, si fuera dable la aplicación retroactiva de la convención de 1962, su estipulación solo significaría el cambio de una prestación o beneficio extralegal por un aumento de salario contractual. Y como remate, critica la apreciación por el ad quem del testimonio de Bustamante, único que habla, de los cuatro que cita el Tribunal, de los antecedentes del beneficio comentado dentro de las negociaciones colectivas de la Empresa con sus trabajadores, sin ninguna precisión, no obstante lo cual el Fallador afirma que los testigos estuvieron acordes en manifestar que la Compañía sostuvo en las negociaciones que en el fondo la venta de artículos alimenticios a precios congelados constituía salario.

En lo relativo a la demostración de presunto tercer error, vuelve sobre la estipulación convencional de 1949, que calificó como beneficio extracontractual el suministro de artículos a precios reducidos, lo que significa que no tiene carácter salarial, para hacer notar que las convenciones posteriores, hasta la de 1962, no modificaron el carácter de esta estipulación.

El cuarto error de hecho lo encuentra originado en la defectuosa apreciación de la inspección ocular (fls. 43 a 73) y de los cuatro testimonios citados, por cuanto no establecen que todos los demandantes hubiesen adquirido semanalmente los diez artículos alimenticios durante todo el tiempo de prestación de servicios, ni que tales servicios se hubiesen prestado sin interrupciones por parte de los actores.

Observa, finalmente, que el quinto error se deriva de una equivocada valoración del dictamen pericial de fls. 86 a 89 en el que se señala un promedio de \$178.88 mensuales como diferencia entre el valor comercial de los víveres suministrados por la Compañía en el Comisariato a sus trabajadores y el pagado por éstos a la Empresa. Remata su ataque así: "sobre las bases indicadas y conforme al dictamen rendido, se sigue ignorando cuál fue el valor del supuesto "salario en especie" para cada uno de los demandantes en particular. Porque siendo el promedio del último año de servicios el que

debe precisarse para el reajuste de la cesantía, por ejemplo, y habiéndose extinguido los contratos en fechas distintas de 1961, salta a la vista que el promedio tuvo que ser necesariamente inferior a esos \$ 178.88, por influir en el cálculo el aumento progresivo correspondiente a los cinco meses de 1962".

Segundo cargo.- Indica como violados los mismos preceptos contenidos en el cargo primero y por vía indirecta, y además, los arts. 469 del C. S. T. v 87, ord. 10. del C. P. L. Hace remisión, para fundamentar el cargo, a los planteamientos del anterior y sólo agrega: "Pero al tomar en cuenta el sentenciador las convenciones colectivas que aparecen parcialmente copiadas en el acta de inspección ocular del expediente de Luis Sánchez Castro, desconoció el art. 469 del C. S. T., que exige su depósito en el Ministerio del ramo como condición de eficacia de tales convenciones, de donde la jurisprudencia dedujo que se trata de documentos solemnes cuva prueba sólo es admisible a través de copias expedidas y certificadas por dicho Ministerio: un típico error de derecho al dar por demostrado con esas convenciones que la Empresa le dio a la tarjeta de racionamiento el nombre o el carácter de "prima de alimentación".

Se considera:

Al examinar las dos demandas de casación presentadas por las partes, se encuentra que la de la demandada recurrente ataca la decisión condenatoria no solo por aspectos de hecho que se relacionan con cada uno de los favorecidos, sino por la conclusión general sobre la calificación jurídica del suministro periódico de artículos alimenticios a precios reducidos. En tales circunstancias, de prosperar la censura de esta parte recurrente, no tendría objeto el estudio de la otra demanda, por cuanto un fallo de instancia condenatorio quedaría sin fundamento. Por tal motivo, la Sala procede a estudiar y decidir, en primer término, la acusación de la demandada recurrente.

En el primer cargo de la impugnación, este casacionista señala, como se ha visto, cinco presuntos errores de hecho en que habría incurrido el Sentenciador como medio para llegar a la violación de la ley sustancial. El examen de tales yerros, lleva a establecer que los tres primeros se refieren a la presunta equivocada calificación como salario de la diferencia entre los precios de los diez artículos alimenticios sumi-

nistrados semanalmente por la Compañía a los trabajadores y los precios de aquellos en el mercado ordinario; y que los dos últimos se relacionan, respectivamente, con el factor de la compra periódica e ininterrumpida de los artículos por cada uno de los actores y con el valor, durante el último año servido por cada demandante, de la diferencia de precios a su favor.

Cuanto a los tres primeros, el Tribunal hace suya la calificación salarial que esta Sala ya ha dado en varios casos similares a la diferencia de precios de que se ha venido tratando, contenida en los fallos de casación en que fue parte interesada la misma "Compañía Frutera de Sevilla" y que el ad quem cita, y entre los cuales se encuentra, además del recordado de treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y siete, el dieciséis de noviembre del mismo año, proferido en el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia que decidió el juicio promovido por Enrique García Rapelo contra la "Compañía Frutera de Sevilla". Esta Sala ha dicho en todas las anteriores oportunidades lo transcrito por el Tribunal, y también por el a quo, que aparece en la primera sentencia que trata el punto, a saber:

"En la diligencia de inspección ocular (fls. 33 a 49 del cdno. ppal.), se tomó copia de las cláusulas convencionales sobre el punto relativo a suministro de los diez artículos alimenticios a precios congelados, que figura en las convenciones de 1948, 1949, 1955, 1957, 1959, 1960 y 1962. En esta última, como ya se vio, se sustituyó el "Cartón de Racionamiento" o "Prima de Alimentación" (subraya la Sala) por cinco pesos (\$ 5.00) diarios que fueron incluídos (no excluídos como dice la copia de fl. 76) en el salario básico estipulado en dicha convención".

"No era, pues, la operación del suministro a los trabajadores de la Compañía una simple compraventa de artículos alimenticios sin quebrantar prohibiciones del art. 137 del C. S. T. sobre sistema de trueque, sino, como lo reitera la convención de 1962, una "Prima de Alimentación", por la que el servidor de la Compañía por este hecho y por prestar efectivamente el servicio, percibía un mejoramiento económico en sus ingresos. Podría discutirse la naturaleza de este mejoramiento si simplemente se tratase de un comisariato sin las reglamentaciones de cantidad, precio congelado y periodicidad de las compras, y, especialmente,

sin el sentido de prima alimentaria, porque existiría verdadera libertad para comprar o no. por parte del trabajador, y una garantía para éste dentro del espíritu del art. 137 del Código, que lo que trata de eliminar es la venta obligatoria que rigió en el antiguo sistema de trueque creado por muchos patronos, no para beneficiar el asalariado sino para reducirle aún más el ingreso en virtud de la inversión obligatoria de éste en tiendas empresariales cuyos precios eran, generalmente, superiores a los normales del mercado. Pero en el caso estudiado, la misma calificación reconocida por la norma convencional, aparte de las condiciones especiales, del suministro, no dan margen para la discusión. Por ello, la naturaleza de salario que el Tribunal dio a lo que él llama "bonificación", y que encajaría dentro de la definición de remuneración en especie del art. 129 del C. S. T., es acertada, pero con la sola observación de que se trata, como lo dice la Convención de 1962, de una "Prima de Alimentación".

En el ataque que ahora formula el casacionista, se censura la calificación antecedente con el argumento de que las partes no dieron en ningún momento el carácter de salario al beneficio obtenido por los trabajadores con los precios reducidos de los artículos alimenticios suministrados semanalmente por la Compañía, ni le reconocieron la naturaleza de "prima de alimentación" y, antes bien, "convinieron expresamente en que ese beneficio no tendría carácter salarial". Se considera que al reproducirse lo dicho por la Corte, que contradice el contenido de este argumento, se apreciaron equivocadamente los elementos de prueba constituídos por los testimonios que obran en el cuaderno principal, las demandas y sus respuestas y las convenciones colectivas de 1948, 1949, 1955, 1957, 1959, 1960 y 1962. Los razonamientos y confrontaciones se encuentran sintetizados en la reproducción del ataque.

Al respecto la Sala observa:

a) La circunstancia de que en acta suscrita entre las partes el once de junio de mil novecientos cuarenta y nueve, se hubiese declarado que el beneficio del cupón de racionamiento "tiene un carácter extracontractual" y que se acuerda solamente con la finalidad de poner fin de una manera cordial a las causas que determinaron en los trabajadores el paro existente", y que en las convenciones siguientes, hasta la de 1960, inclusive, el beneficio se hubiese consagrado en idénticas condiciones de precio,

cantidad, etc. no constituye, en manera alguna, la declaración de que él no participase de la naturaleza jurídica del salario, que nace de las características que se anotan en las consideraciones ya hechas por esta Sala. La circunstancia original, en la que se formula por cierto una declaración contraevidente, pues se califica de extracontractual lo que se está estipulando en un convenio bilateral, desapareció en las oportunidades subsiguientes, en las cuales el beneficio del suministro a precios reducidos de los diez artículos alimenticios a los trabajadores de la "Compañía Frutera de Sevilla", dejó de ser un recurso para poner fin a un conflicto esporádico y se convirtió en un medio permanente y regular de compensar la actividad laboral, pues se instituyó en las convenciones colectivas durante varios años, hasta su sustitución en la convención de 1962 por un aumento monetario de la remuneración. Fue, así, el beneficio anotado, una retribución convencional expresa, a la que no podía seguírsele calificando con el contrasentido de "extracontractual". Y como es de tal calificación de donde el recurrente llega a la metamorfosis de la no naturaleza salarial. la base de ésta carece de todo fundamento.

b) Si bien la convención de 1962 se suscribió en fecha posterior a la terminación de los contratos de trabajo de los actores en los juicios acumulados decididos con la sentencia cuya impugnación se estudia, el recurso a sus estipulaciones no conlleva una aplicación retroactiva para casos no cobijados por su vigencia, ya que lo que ha hecho la Corte, y lo hace también el ad quem en el caso sub lite, es acogerse a una interpretación dada por las mismas partes a un fenómeno convencional anterior. Allí en esta convención de 1962 tales partes declaran la similitud entre "cartón de racionamiento" y "prima de alimentación", de manera que expresan en forma indudable la calidad jurídica que dieron al beneficio estipulado en las convenciones anteriores. La Corte y el Tribunal no han hecho otra cosa, pues, que atenerse a la interpretación que de cláusulas convencionales anteriores las partes dan en una convención posterior en la que cambian la forma —no la esencia— de un beneficio convencional.

Estas consideraciones complementarias sirven para establecer que, no obstante las nuevas argumentaciones presentadas por el apoderado de la Compañía recurrente en este caso, similar a otros ya decididos, no se demuestra que el Tribunal haya errado al deducir de los elementos fácticos que lo caracterizan, la naturaleza

de salario del beneficio tantas veces aludido. Cabe agregar, por otra parte, que para esta operación de juicio, el juzgador no hizo decir a los declarantes citados por el recurrente, ni a la diligencia de inspección ocular, ni a los hechos de la demanda y sus respuestas, nada distinto de lo que tales elementos probatorios contienen, y la apreciación de los acuerdos convencionales de las partes bastarían para dar pie firme a la conclusión del fallador.

En lo tocante con el presunto cuarto error, se tiene: 1) Como lo observa el recurrente, el ad quem hace apenas una remisión a los elementos probatorios que obran en los autos y que el a quo tuvo en cuenta en su fallo, y con una referencia general a tales elementos declara su conformidad con las conclusiones del juez de primera instancia. Entre éstos se encuentran las demandas y las respuestas, idénticas en los hechos y réplicas a ellos para todos los juicios acumulados, con una sola excepción en cuanto a los tres últimos, lo que no afecta el punto que va a examinarse. 2) En el primer hecho de todas las demandas los actores afirman el servicio prestado y el tiempo de su duración. En las respuestas la Compañía lo acepta como cierto, con adiciones sólo en cuanto a dependencia y lugar en donde el trabajo se cumplió y, en ocasiones, al tiempo servido. En el hecho 3o, de las demandas se dice que "La Cía. Frutera de Sevilla le suministraba a bajo costo a mi mandante todas las semanas durante el tiempo servido (subraya la Sala) 10 artículos alimenticios a saber: 20 libras de arroz a 0.15 = 3.00;... En las respuestas la Compañía demandada expresa: "Sí es cierto que al demandante se le suministraban los artículos mediante compraventa en las tiendas de la Compañía a precios congelados". 3) Cuando el fallador a quo afirma que "también quedó claramente probado que esos diez artículos alimenticios le fueron vendidos a los demandantes una vez a la semana durante todo el tiempo que prestaron servicios y que tales artículos no eran vendidos a particulares" (fl. 155 del cdno. ppal.), y esto es aceptado por el ad quem, se está dando por establecido un hecho claramente reconocido por la empresa demandada al dar respuesta a las demandas, como queda visto, de manera que el Tribunal no requería ningún otro apovo probatorio para este aserto. que no resulta, por consiguiente, constitutivo de ningún error evidente de hecho.

Finalmente, en lo tocante con el llamado quinto error, se ve con nitidez que el Tribunal apreció en su justo contenido el dictamen peri-

cial que obra a fls. 86 a 89 del cdno, ppal. (juicio de Luis Jiménez Guzmán contra la "Compañía Frutera de Sevilla"), pues el perito establece en el experticio (fl. 88) que entre el 10. de enero de 1957 y el 31 de mayo de 1962, la diferencia favorable, con un valor fijo, para los trabajadores de la Compañía que obtenían en ésta los diez artículos alimenticios a bajos precios, fue de ciento setenta y ocho pesos con ochenta y ocho centavos por mes (\$ 178.88). No se trató, pues de un promedio anual en determinado período, que pudiera ser diferente al promedio de una retribución variable por el último año servido por cada uno de los actores. Si la suma adicional por el beneficio alimentario fue fija por cada mes de los comprendidos en el lapso indicado por el perito, esa suma es una base cierta que cobija a cada uno de los demandantes durante el último año servido a la Compañía. Por ello no puede ser errado tomarla en cuenta para la revisión de las prestaciones en dinero que hizo el ad quem.

No aparecen, pues, establecidos los errores de hecho que el recurrente señala a la decisión del ad quem, y, por tanto, no pudo este incurrir en la violación de las no mas legales que se citan en el cargo. Este, en consecuencia, no prospera.

El segundo cargo tiene los mismos fundamentos del anterior, a los que sólo se agrega el presunto error de derecho consistente en "dar por demostrado con esas convenciones que la Empresa le dio a la tarjeta de racionamiento el nombre o el carácter de "prima de alimentación". Si ya se vio que no existieron los errores de hecho concretados en la primera censura, sólo cabe el estudio del nuevo aspecto presentado en la segunda.

El sentenciador dio por establecido que en la convención de 1962, las partes establecieron la similitud entre "cartón de racionamiento" y "prima de alimentación", para calificar el beneficio que, por virtud de convenciones anteriores, disfrutaron los trabajadores de la "Compañía Frutera de Sevilla". Tanto el Tribunal como esta Sala tomaron pie en esta calificación hecha por las mismas partes, para determinar la naturaleza salarial del beneficio. Ahora se objeta no la conclusión en sí, sino la apreciación del medio probatorio de los factores que llevaron al Sentenciador a su juicio.

Ni el Tribunal ni esta Sala, al aceptar la existencia de la cláusula pertinente de la convención de 1962, la pusieron en duda. Admitieron, tácitamente, la prueba de su contenido. Pero como el recurrente considera que existe un error de derecho en este juicio probatorio, se impone entrar en el examen de la censura.

Debe expresarse, en primer término, que no es motivo de controversia el hecho de que en la convención de 1962 la Compañía y el sindicato de sus trabajadores hubiesen establecido la identidad entre el "Cartón de racionamiento". que tuvo vigencia hasta dicha convención, y la "prima de alimentación", pues tal calificación, afirmada en el hecho 60. de las demandas, fue aceptada por la Compañía en sus respuestas. Esto equivale no sólo a la admisión por las partes interesadas de la existencia de la convención colectiva a la cual están vinculadas, sino a la aceptación del hecho en sí mismo de que en 1962 consideraron el beneficio de que venían disfrutando los trabajadores hasta el seis de abril de dicho año como una "prima de alimentación".

Y si, por otro lado, también está aceptado por la Compañía en la respuesta a las demandas, el hecho del suministro de los diez artículos alimenticios en las condiciones que ya se han repetido, no es necesario entrar a establecer si se cumplió o no con el requisito ad solemnitatem exigido por el art. 469, pues los hechos de donde se derivan las obligaciones están aceptados por la parte obligada y la controversia es solamente sobre su calificación jurídica. La referencia a las convenciones no implica que se esté recurriendo a un medio no legal para la prueba de éstas, pues no hay fundamento para prohibir a una persona que reconozca hechos lícitos de donde pueden derivarse obligaciones para ella. No podría llevarse la exigencia de la prueba ad substantiam actus hasta la exageración de prohibir a un patrono aceptar libremente obligaciones en favor de los trabajadores o hechos que los favorezcan porque al reconocimiento no se acompaña la copia auténtica de la convención colectiva. El valor probatorio de tal copia debe operar ya como prueba contra la voluntad del obligado. El reconocimiento de éste la hace innecesaria, como la hace la aceptación por todas las partes litigantes de los hechos derivados de las convenciones.

Por consiguiente, no hay fundamento en la acusación formulada y este cargo tampoco prospera.

DEMANDA DE LA PARTE DEMANDANTE RECURRENTE

El apoderado de los actores en el juicio

encamina su acusación contra la sentencia del ad quem, a la obtención de su rompimiento en cuanto declaró probada la excepción de prescripción respecto de las pretensiones de Miguel A. López G., Carlos Urueta Bojato, Gustavo Cahuana C., Santiago Díaz Morales, Luis Ruiz Polo, Gladys Velasco Algarín y Pedro Alfaro Cantillo, y a que la Corte, en función de instancia, condene a la Compañía al pago de los derechos reclamados por los actores nombrados, con revocatoria en cuanto a ellos de la absolución producida por el a quo. Ya se vieron al principio los fundamentos de esta acusación.

SE ESTUDIA

La declaración de prescripción hecha por el Tribunal se motiva así:

"Miguel Angel López. Terminó de prestar servicios el día 21 de febrero de 1961. El reclamo directo a la empresa lo hizo el 22 de abril de 1964, según aparece en el documento de folio 3 del cuaderno respectivo. Entre estas dos fechas hay más de tres (3) años y, por lo tanto, no pudo darse la interrupción de la prescripción. La demanda se presentó el 24 de septiembre del año últimamente expresado y se notificó el 13 de noviembre siguiente. Fue, por lo tanto, bien decretada la prescripción.

"Gladys Velasco Algarín. Cesó en servicio el 31 de agosto de 1961 y la demanda se notificó el 17 de noviembre de 1964. No hubo reclamo directo a la empresa. Prescripción bien decretada.

"Santiago Díaz Morales. Retirado del servicio el 21 de febrero de 1961 y el reclamo directo se presentó a la empresa el 21 de abril de 1964. Posterior a esta fecha, fue la presentación de la demanda. Transcurrieron más de tres (3) años.

"Luis Ruiz Polo. Terminó el contrato de trabajo el 5 de marzo de 1961. El reclamo directo a la empresa se hizo el 24 de marzo de 1964. La demanda se notificó el 23 de abril de 1965. No hubo interrupción con el reclamo presentado porque ya se había operado la prescripción.

"Gustavo Cahuana Castillo. Trabajó hasta el 16 de febrero de 1961 e hizo reclamo directo el 3 de abril de 1964. Se consumó la prescripción.

"Pedro Alfaro Cantillo. Cesó en servicios el 21 de febrero de 1961. El reclamo a la empresa lo hizo el 10. de abril de 1964, cuando ya nabían transcurrido los tres (3) años de la prescripción. "Carlos Urueta Bojato. Se terminó el contrato de trabajo el 21 de febrero de 1961, con reclamo el 17 de marzo de 1964, tiempo suficiente para la excepción de prescripción.

"Francisco Castro Reyes. Se dio por terminado el contrato el 23 de febrero de 1961 e hizo reclamo directo el 8 de abril de 1964. Prescribieron sus derechos".

Respecto de cada uno de los demandantes nombrados la Sala encuentra que:

- 1. Miguel Angel López terminó de prestar servicios el 21 de febrero de 1961. El impugnador hace referencia al certificado médico sobre atención por enfermedad hasta el 27 de abril de ese año. La reclamación escrita directa a la Empresa la formuló el 22 de abril de 1964. Al admitir la prescripción, el fallador no lo hizo por no haber apreciado dicho certificado. sino porque, terminado el contrato, su vigencia no se reanuda por la incapacidad originada en enfermedad inmediata. Esta solo da lugar a las prestaciones legales, sin perjuicio de la finalización del contrato laboral. Por consiguiente, la fecha que ha de tomarse en cuenta para los efectos prescriptivos es la de terminación del contrato, como lo hizo el Fallador. quien, en tales circunstancias, no incurrió en ningún error ni violó, en consecuencia, las disposiciones legales citadas por el recurrente.
- 2. Gladys Velasco Algarín dejó de prestar sus servicios a la Compañía el 31 de agosto de 1961 v su demanda fue notificada el 17 de noviembre de 1964. Esto no se discute. Pero el recurrente sostiene que el Tribunal no apreció la reclamación hecha a la Empresa el 21 de febrero de 1964, como consta a fls. 119 y 120 del cdno. No. 1. Allí aparece una comunicación dirigida por el doctor Pablo Mercado Serna, en copia expedida por el Juzgado Municipal del Trabajo de Santa Marta, recibida por el señor T. Honiball el 21 de febrero de 1964. En esta comunicación dicho abogado reclama a la "Compañía Frutera de Sevilla" como apoderado de varias personas, entre ellas Gladys Velasco Algarín. Pero se anota que junto con la comunicación no figura poder auténtico en virtud del cual obró el doctor Serna, ni el documento aparece claramente recibido por la Compañía. Sólo se lee el nombre de quien recibió y no hay la prueba de que esa persona tuviese alguna representación de la Empresa demandada. Por consiguiente, el Tribunal no se equivocó cuando dio por inexistente el reclamo.
 - 3. Santiago Díaz Morales fue retirado por

la Compañía a partir del 21 de febrero de 1961 y reclamó directamente a la misma el 21 de abril de 1964. Pero el recurrente sostiene que no se apreció por el Sentènciador el certificado según el cual recibió tratamiento médico hasta el 21 de mayo de 1961. Tácitamente pretende que tal tratamiento prorrogó el contrato de trabajo, lo que no es verdadero, como quedó dicho respecto de Miguel Angel López. Por ello tampoco en este caso el Tribunal incurrió en error ni violó, en consecuencia, los mandatos legales citados en la acusación.

4. Casos similares al anterior son los de los demandantes Luis Ruiz Polo, Gustavo Cahuana Castillo, Pedro Alfaro Cantillo, Carlos Urueta Bojato y Francisco Castro Reyes, por lo cual la conclusión es forzosamente igual.

No sobra agregar, en razón de que el recurrente hace alusión al punto, que cuando el contrato de trabajo se ha dado por terminado en uso de la llamada cláusula de reserva que rigió hasta hace algún tiempo, el curso de la relación jurídica sigue durante el término del aviso previo, si éste fue dado. Pero cuando a cambio del previo aviso se paga la compensación de dinero correspondiente, el contrato

no sigue rigiendo por el lapso del desahucio sino que termina en la fecha en que lo decide quien le pone fin. Por ello, en los casos en que esto último ha ocurrido, no puede tomarse en cuenta el tiempo del preaviso para los efectos de la prescripción.

Por las anteriores consideraciones, no prospera la acusación.

DECISION

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.

Sin costas.

Publíquese, notifiquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

JORNADA DE TRABAJO

Dice el art. 158 del C. S. T., que la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal.

La permanencia en el servicio, por lo demás, no es equiparable a la obligación de cumplir dentro de las dependencias de la empresa una jornada determinada, de la cual puede estar eximido el trabajador por la índole de las funciones que le competen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.)

(Acta No. 28).

El señor Mariano Gaviria V. demandó por conducto de apoderado a la sociedad "Industrial de Leches Ltda". (Induleche). representada por su Presidente Dr. William Gil Sánchez y domiciliada en Medellín, pidiendo se la condenara a pagarle \$8.300.00 por concepto de salarios causados, \$2.000.00 por primas de servicio, \$ 1.000.00 por vacaciones no disfrutadas. \$2.333.00 por auxilio de cesantía, indemnización por "violación del contrato de trabajo que determinó su cancelación antes del vencimiento del plazo presuntivo del mismo", indemnización por mora y costas del juicio.

Se afirma en el libelo de demanda que Mariano Gaviria V. trabajó al servicio de la empresa demandada desde mayo inclusive de 1960 hasta el 30 de junio de 1961; que en los tres primeros meses, cuando la demandada era apenas una sociedad de hecho integrada por William Gil Sánchez y Gabriel Arismendi, desempeñó las funciones de Asesor, con un salario de mil pesos (\$1.000.00) mensuales y después, cuando se formalizó la sociedad actual de responsabilidad limitada, siguió prestándole sus servicios en el cargo de Asistente de la Presidencia, con una remuneración mensual de dos mil (\$2.000.00); que al operarse la sustitución de la sociedad de hecho por lo regular no le fueron liquidadas prestaciones sociales, aunque sí le pagaron los sueldos devengados hasta entonces; que la relación de trabajo fue verbal y se rompió porque la empresa no cumplió con la obligación de pagarle oportunamente los salarios; que la sociedad demandada solamente le abonó unas partidas a cuenta de sueldos, hasta la cantidad de \$13.700.00, cuando debía pagarle lo de once meses a razón de dos mil pesos mensuales; y que está debiéndole además primas de servicio, vacaciones e indemnización por la violación del contrato que determinó su rompimiento antes del plazo presuntivo.

El representante legal de la demanda contestó oponiéndose a las pretensiones del actor. Explicó, en resumen, que el demandante Gaviria no tuvo en ninguna ocasión el carácter de empleado subordinado, con obligación de prestar un servicio personal; que no fue asesor de la sociedad de hecho que funcionó primero, sino que se vinculó a ella por un contrato de derecho común, como experto contador a quien se encomendó la organización de la contabilidad, bajo su exclusiva responsabilidad profesional y en forma independiente; que a pesar de la forma irregular y periudicial en que el dedesempeñó su cometido, mandante diversas sumas de dinero por concepto de honorarios, sobre la base de mil pesos mensuales, hasta completar \$13,700.00. El demandado reconoce que la sociedad de hecho fue sustituída por una regular de responsabilidad limitada, pero niega que el demandante hubiera tenido en ella el cargo de Asistente de la Presidencia. Admite que Gaviria continuó efectivamente prestando servicios profesionales a la sociedad limitada con una remuneración que verbalmente se acordó en la suma de mil pesos mensuales, pero dice que a pesar de que la sociedad le pagó todos los honorarios convenidos. Gaviria exigió nuevas sumas de dinero, amenazando con destruír los libros y comprobantes de contabilidad si no le eran pagados. Explica además que su permanencia en la empresa se hizo imposible por la costumbre que tenía de acudir en estado de embriaguez y por los ultrajes que en tal estado profería contra el representante de la misma. Afirma que Gaviria, abusando del acceso que tenía a los libros de contabilidad, hizo asientos que lo beneficiaban y que no respondían a la realidad. Formuló finalmente las excepciones de inexistencia de la obligación, petición de modo indebido, incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad de la personería sustantiva, pago, compensación y la que llama genérica.

El Juzgado Cuarto del Trabajo de Medellín, al que correspondió el conocimiento del negocio, resolvió en sentencia pronunciada el 12 de abril de 1962:

"Se condena a la empresa denominada "Industrial de Leches Limitada" —Induleche— a pagarle al señor Mariano Gaviria V. la suma de siete mil quinientos pesos (\$ 7.500.00) por concepto de salarios causados y no pagados; un mil novecientos veintiséis pesos con diez centavos (\$ 1.926.10) por primas de servicio; un mil pesos (\$ 1.000.00) por vacaciones causadas; dos mil doscientos sesenta pesos con diez centavos (\$ 2.260.10) por auxilio de cesantía.

"Se absuelve a la parte demandada de los otros cargos que se le formulan en este juicio.

"No se declaran probadas las excepciones propuestas.

"Sin costas".

Apelado el fallo de primer grado por los apoderados de ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó con la modificación consistente en fijar en la suma de \$7.433.33 el monto de los salarios que la demandada debe al actor.

Contra la sentencia de segunda instancia propusieron el recurso extraordinario de casación ambas partes. La Corte pasa a estudiar las respectivas demandas, una vez agotada la tramitación de rigor. Por razón del tema principal que plantea, se estudiará en primer término el recurso de la parte demandada.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

El recurrente se propone, según expresa al fijar el alcance de la impugnación, que se case totalmente la sentencia de segundo grado "por no haber existido relación o contrato laboral" y que "se resuelva en consecuencia que la parte demandada no tiene ninguna obligación" para con el actor Gaviria. Subsidiariamente pide la casación parcial del fallo para que en la liquidación de las condenas deducidas en favor del actor, se tome como base un sueldo mensual de mil pesos.

Con tal propósito, basado en la causal primera del art. 87 del C. P. L., formula dos cargos que se examinan a continuación.

Primer Cargo

Expresa el recurrente:

"La sentencia es violatoria, por aplicación indebida, de las siguientes disposiciones sustantivas: art. 22, 23, 57 (regla 4a.), 186, 189 (modificado por art. 70. del Decr. 617 de 1954). 249, 253 y 306 del C. S. T.

"La violación proviene de apreciación errónea y falta de apreciación de pruebas, que llevaron al sentenciador a incurrir en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos.

"El error de hecho consiste, en este caso, en haber dado el fallador por probado un contrato de trabajo sin existir tal relación jurídica, pues no se configuran en el asunto sub judice los tres elementos indispensables para que tenga vigor la relación laboral; en el caso planteado no hubo subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, y, por el contrario, entre el señor Gaviria y la sociedad "Industrial de Leches Ltda.", existió un contrato de orden civil (contrato de obra); tampoco hubo salario y no es dable deducir obligaciones por tal concepto, ni por prestaciones sociales.

"Las pruebas indebidamente apreciadas o no apreciadas son las siguientes: carta del fl. 17; posiciones absueltas por el Dr. William Gil S. (fls. 57 y 58; carta del fl. 72); dicamen pericial rendido por el contador Lázaro López R. (fl. 48, 49 y 50), diligencia de inspección ocular (fls. 40 y siguientes y 52 y siguientes); declaraciones testimoniales de Jorge Fernández (fl. 19 y siguiente), Eugenio Sanín E. (fls. 33 y siguientes), Luz Elena González (fls. 62 y siguientes), Martha Lucía Simons (fls. 64 y siguientes), Ramón Arismendi (fl. 69) y Fidel Antonio Correa (fl. 70)".

En la sustentación del cargo empieza el recurrente por censurar la apreciación que hizo el Tribunal de las posiciones absueltas por el representante de Induleche, y especialmente en cuanto no dio importancia a las explicaciones o cualificaciones en ella contenidas. Dice que de la supuesta confesión apenas se deduce que Gaviria fue llamado para que diera una organización contable a la empresa, mas sin sujeción a órdenes, horarios o reglamentos, y que en el desarrollo de esa relación no hubo subordinación jurídica ni de hecho, porque Gaviria V. actuaba esporádicamente y en una obra concreta que era la organización de la contabilidad.

Para contradecir la afirmación del Tribunal de que no se probó de que existiera entre las partes ninguna relación distinta de la laboral, se ocupa de la prueba testimonial, de las cartas que obran a los fls. 17 y 72, del dictamen pericial y de la diligencia de inspección ocular.

Entre los testimonios destaca el del doctor Jorge Fernández S., que dice entre otras cosas que no existía el cargo de Asistente de la Presidencia de la Compañía, que Gaviria no estaba sujeto a horario y que tenía una oficina particular; el del doctor Eugenio Sanín E., abogado que tuvo que ver con la compañía, quien dice que asistió a una asamblea general en la cual el doctor Gil afirmó que no había nombrado Contador a Gaviria y que éste le estaba ayudando como asesor personal: el de Martha Lucía Simons, quien dice que Mariano Gaviria tenía a su cargo la organización de la contabilidad pero sin obligación de ir todos los días, que faltó en muchas ocasiones, inclusive en un lapso hasta de veinte días, que no hay contrato en que conste que tuviera el puesto de Asistente de la Presidencia, que ella personalmente, en su puesto de secretaria general, no se sentía subordinada del señor Gaviria ni obligada a acatar ninguna orden suya, que nunca trabajó en la empresa tiempo completo, ni recibía órdenes del Dr. Gil, porque era un profesional que debía efectuar su trabajo a conciencia. Citó también las declaraciones de los celadores Ramón Arismendi M. y Fidel Antonio Correa, quienes dan cuenta de que don Mariano Gaviria asistía muy irregularmente, que lo hacía especialmente en las horas finales de la tarde y la mayor parte de las veces con el fin de tomar licor.

Se refiere luego al acta de la inspección ocular, de la cual no se colige que Mariano Gaviria figurara en nómina. Y al dictamen pericial producido a raíz de la misma, en el cual el perito Lázaro López Rojas dice que ni los empleados de contabilidad ni los de secretaría, ni el señor Presidente de la compañía pueden informar acerca del sueldo que aquel devengaba, que el señor Gaviria, cuando necesitaba dinero a buena cuenta de sus sueldos producía un comprobante indirecto acreditando su valor en su cuenta, para producir más adelante el comprobante directo de la misma, y que este sistema obedecía a que no había acuerdo sobre el monto del salario.

Finalmente hace mérito de las comunicaciones de los fls. 17 y 72 para decir que tales documentos, analizados en armonía con las demás pruebas sí indican que el actor no fue empleado subalterno de la demandaba ya que, de una parte mantenía una oficina particular (fl. 17) y de otra era empleado por lo menos de medio tiempo al servicio de la sociedad Abastecedora de Carnes S. A. (fl. 72).

Se considera

El Tribunal dedicó al tema que se estudia una larga fundamentación en la cual se propuso rebatir los argumentos que presentó ante la Sala el apoderado de la demandada en el alegato que se lee en fls. 87 a 95.

En lo que se relaciona con la confesión y con los documentos de los fls. 17 y 72 que el recurrente considera mal apreciados, expresa la sentencia recurrida:

"De la sola confesión del señor representante de la sociedad demandada surge con toda nitidez el contrato de trabajo que se objetivó entre la sociedad y el demandante. Las cualificaciones del absolvente no desfiguran el contrato de trabajo. Así, nuestro ordenamiento sustantivo laboral entiende por trabajo "Ocasional", el de corta duración y no mayor de un mes, que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono, (art. 60. del C. S. del T.), situación que no se presenta en el evento a estudio, pues, la actividad del actor se desplegó en labores permanentes y de larga duración; dice el Dr. Gil Sánchez que el señor Gaviria trabajaba la jornada completa en "Abastecedora de Carnes S. A.", lo que le impedía agotar siquiera media jornada para Induleche, lo que no es cierto, pues, a folios 72 se lee la nota enviada por Abastecedora de Carnes S. A." al Juzgado del conocimiento, indicándole que a partir de mediados del año de 1960, "y según consta en la respectiva acta" la junta Directiva le concedió libertad a Mariano Gaviria de medio tiempo para dedicarlo a otra empresa; en cuanto a que Gaviria destinara parte de su tiempo a una oficina particular, resulta; después de iniciarse la relación laboral entre el demandante y la sociedad demandada, el 1o. de noviembre de

1960, Mariano Gaviria tomó en arrendamiento una oficina en el edificio del Banco de Bogotá. según el informe de fl. 17, pero, no está demostrado en el expediente que el actor prestara servicios a otras personas en dicha oficina, cuestión que tampoco puede suponerse;... El hecho de que el demandante no agotara una jornada determinada de trabajo no indica que el contrato de trabajo se esfume. "La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal" (art. 158 del C. S. del T. Entonces, la jornada ordinaria de trabajo puede ser de una hora diaria, si así lo convienen las partes, pues, no existe límite mínimo de jornada de trabajo, existiendo sí un límite máximo de dicha jornada. En el caso a estudio existió un acuerdo en cuanto a jornada y oigamos lo que el Dr. Gil Sánchez manifiesta al responder la pregunta novena de las posiciones en cuanto a este aspecto: "... y simplemente le dije -refiriéndose a Gaviria- que me ayudara en las cuestiones contables y con el nombre de Asistente de la Presidencia en las horas que él pudiera..." (subraya la Sala). Luego, no se puede echar mano de la falta de una jornada determinada para tratar de desvirtuar la relación contractual laboral. Las anteriores argumentaciones demuestran a las claras que de la sola confesión del señor representante de la sociedad convocada a litis surge el contrato de trabajo sin necesidad de recurrir a la presunción del art. 24 del C. S. del T.".

Después de referirse también a los testimonios recibidos el Tribunal estudia el caso a la luz del art. 23 del C. S. T., deteniéndose en el elemento subordinación, del cual dice que "no desaparece por el hecho de que el patrono se abstenga de exigir el cumplimiento de órdenes a la imposición de reglamentos", ya que se trata de una facultad jurídica o de derecho que conserva el empleador de dar órdenes, de donde surge para el empleado la obligación de someterse a ellas. Hace finalmente referencia a las constancias que obran en los fls. 51 y 56 del expediente, las cuales revelan que el demandante ejerció efectivamente el cargo de Asistente de la Presidencia de la compañía. Y de todo ello concluye:

"Deja sentado la Sala que el demandante Mariano Gaviria estuvo vinculado al servicio de la empresa Industrial de Leches, mediante contrato de trabajo, inicialmente como contador en beneficio de la sociedad de hecho, durante los meses de mayo, junio y julio de 1960, y como Asistente de la Presidencia al servicio de "Industrial de Leches Limitada" (Induleche) a partir de

agosto del mismo año y hasta el 30 de junio de 1961".

El recurrente no entra en discrepancia con el sentenciador en lo que respecta a la identidad de la empresa, explotada primero por una sociedad de hecho y después por una regular de responsabilidad limitada. Tampoco discute que Mariano Gaviria prestara servicios en el ramo contable tanto a la sociedad de hecho como a la regular, en un tiempo que se extiende desde el mes de mayo de 1960, inclusive, hasta el 30 de junio de 1961. El desacuerdo versa sobre la naturaleza de tales servicios, que el sentenciador considera constitutivos de contrato de trabajo y la parte demandada como desempeños profesionales de carácter independiente.

Para deducir la existencia del contrato de trabajo el Tribunal considera suficientes las diversas manifestaciones del representante legal de la sociedad que en los autos se dispuso tener como pruebas. Y en efecto se tiene:

En las posiciones absueltas en el juicio (confesión judicial) aceptó el Dr. William Gil Sánchez ser cierto que Mariano Gaviria prestó sus servicios a "Induleche" en los meses de mayo, junio y julio de 1960, y los siguió prestando después de formalizarse la sociedad de responsabilidad limitada, de agosto en adelante (respuesta a las preguntas 2a. v 3a.). Acepto igualmente que en el mes de agosto de 1960 le solicitó a Mariano Gaviria "que me ayudara en las cuestiones contables y con el nombre de Asistente de la Presidencia en las horas que él pudiera y con una remuneración correlativa a los servicios que pudiera prestar" (respuesta a la pregunta 9a.). En la misma diligencia se le preguntó sobre algunas respuestas que diera en posiciones extrajudiciales cuya copia se ordenó traer a los autos, y admitió haber emitido la undécima del pliego absuelto a solicitud de Gabriel Arismendi, y las novena y duodécima de las pedidas por Elena Vélez de Arismendi, en las cuales dijo ser cierto que hizo, como presidente de la sociedad, nombramientos de empleados v en que habló de Mariano Gaviria como "Asistente de la Presidencia" con "derecho a intervenir en todos los negocios de la sociedad, como compra y venta de leches, arqueos de caja, ver que la contabilidad esté ajustada a la legalidad y demás funciones que le competen" (v. fls. 25, 25v, 46 y 46v.).

En las mismas posiciones absueltas durante el juicio insistió, es verdad, en aclarar que "las funciones del señor Gaviria eran intermitentes. sin horario y sin sueldo definido" (respuesta 4a.) v en que la "remuneración en ningún caso era fija sino de acuerdo con los servicios" (respuesta 9a). Pero, como lo observó el Tribunal, las relaciones establecidas entre las partes no se revelan, en la confesión referida, como ocasionales sino como permanentes. En efecto, el confesante acepta que después de haber estado Mariano Gaviria en la empresa durante los meses de mayo, junio v julio de 1960, continuó prestando servicios de agosto en adelante hasta completar más de un año. La permanencia en el servicio, por lo demás, no es equiparable a la obligación de cumplir dentro de las dependencias de la empresa una jornada determinada, de la cual puede estar eximido el trabajador por la índole de las funciones que le competen. Acertadamente estudia el Tribunal este aspecto a la luz de los arts. 60. y 158 del C. S. T. Y es necesario observar que la afirmación que hace el absolvente de que no hubo pacto sobre salario, contradice lo que él mismo expresó en la contestación de la demanda, a saber: "Constituída la sociedad de responsabilidad limitada él (Mariano Gaviria) continuó efectivamente prestando servicios profesionales a la empresa, v verbalmente se convino la fijación de honorarios mensuales de un mil pesos (\$ 1.000.00), como precio de esos servicios" (fl. 9).

Ayudan a justificar el alcance que el Tribunal dio a la confesión del demandado las comunicaciones de los fls. 51 y 56, relacionadas en la sentencia y que no menciona el recurrente. En la primera de ellas, el 31 de diciembre de 1960. el presidente de Induleche, Dr. Gil Sánchez, imparte a todo el personal de la empresa la siguiente instrucción: "Durante mi ausencia seré representado por el señor Pablo Gutiérrez en todo lo que se refiere al normal funcionamiento de la planta y por el señor Mariano Gaviria en la parte contable y financiera". En la segunda, que obra en copia tomada durante la inspección ocular, el mismo Dr. Gil Sánchez expresa a don Gabriel Arismendi, el 2 de octubre de 1960. que tanto él como su asistente don Mariano Gaviria deploran tener que aceptar su renuncia como Gerente de la Compañía y que "en el día de hoy nombraremos su reemplazo". Se desprende de estos documentos que en tiempos tan avanzados como los meses de octubre y diciembre de 1960, Mariano Gaviria estaba efectivamente desempeñando en la empresa demandada el cargo de Asistente de la Presidencia, al cual fue llamado por el representante legal de la misma en la época de que hablan las posiciones, y que las funciones que cumplía no eran exclusivamente del orden contable.

Tiene, pues, razón el Tribunal al afirmar que de las solas manifestaciones del demandado surge nítida una relación laboral de carácter permanente, y que en tales condiciones la continuada dependencia debe considerarse implícita. Aunque tal dependencia no se haya manifestado en órdenes concretas o en sujeción a un horario o a un reglamento, era suficiente, como lo explica el Tribunal, la posibilidad de imponer el cumplimiento de la función, de una parte, y la disponibilidad de cumplirla, por otra. La tolerancia con que el presidente de la Compañía trató al señor Gaviria, la cual se revela a lo largo del expediente, no destruye en este caso la noción jurídica de la dependencia.

Nada agregan ni quitan a aquella realidad las declaraciones de los testigos Martha Lucía Simons, Ramón Arismendi y Fidel Antonio Correa, porque ellas hablan de la falta de asistencia del demandante a las dependencias de la empresa, cuestión que ya queda explicada. Tampoco los documentos de los fls. 17 y 72, que cita el recurrente. Con el primero se acredita que el demandante costeaba una oficina particular en el edificio del Banco de Bogotá, pero este hecho escueto no destruye el otro, de la prestación personal de un servicio asalariado, con subordinación al menos de carácter jurídico. Con el segundo se establece que a mediados de 1960 la empresa "Abastecedora de Carnes S.A.". con la cual el señor Gaviria mantenía relaciones de trabajo, eximió a éste de media jornada. a fin de que pudiera dedicar ese tiempo a otra empresa, lo cual vendría más bien a confirmar los asertos de la demanda.

Por otra parte, si bien es cierto que en la inspección ocular no se comprobó que Mariano Gaviria figurara en nóminas de empleados, sí se dejó constancia de que el señor P. Gutiérrez G., quien autorizaba otras cuentas como "anticipos al personal", aparece autorizando también el pago de \$3.300.00 al señor Gaviria por concepto de sueldos (fl. 52 y v); se comprobó que el mismo señor Gaviria fue cobijado por la Compañía de Seguros de Vida Patria en la póliza colectiva de "Industrial de Leches Ltda." (fls. 52 v 53): y se comprobó que en la copia de la declaración de renta de la misma empresa correspondiente al año de 1960 (anexos) se denunciaran pagos hechos al mismo por sueldos y primas, en cuantía de \$ 10.000.00 y \$ 1.000.00 respectivamente (fl. 56 v.).

Se llega, pues, a la conclusión de que la calificación que hizo el Tribunal fallador de las relaciones habidas entre las partes se funda en pruebas numerosas cuya apreciación conjunta no aparece manifiestamente errónea sino lógica y congruente. No se ha demostrado, por consiguiente que exista el error evidente que se denuncia en este cargo y por ello no prospera.

Segundo Cargo. (Subsidiario).

Expresa el recurrente:

"La sentencia es violatoria de los arts. 23 —letra C, 57 —regla 4a., 127, 132, 189 (modificado por el artículo 7o. del Decr. 617 de 1954), 253 y 306 del C. S. del T. por aplicación indebida.

"La violación de la Ley proviene de la apreciación errónea y falta de apreciación de las siguientes pruebas: Declaración del Dr. Eugenio Sanín Echeverri (fls. 33 y s.s.); declaración de Pablo Gutiérrez Gaviria (fls. 34 v. y 35); declaración de Luz Elena González (fl. 62 y s. s.); declaración de Martha Lucía Simons (fls. 64 v. y s.s.); inspección ocular (fls. 40 a 42, 52 y 53, 55 v. a 57), y dictamen pericial (fls. 48 a 50).

"Las probanzas enunciadas anteriormente son las que se refieren a la cuantía de la remuneración del actor. La equivocada apreciación de esas pruebas y la falta de apreciación de otras llevaron al Tribunal a un sobresaliente error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, cual es el de haber dado por sentado que la remuneración del señor Gaviria era de \$ 2.000.00 al mes. Ese error condujo a la violación, por indebida aplicación, de las normas sustantivas va enunciadas".

Para demostrar el cargo el recurrente trancribe y critica, una por una, las siguientes apreciaciones de la sentencia acusada: "El Tribunal está de acuerdo con el sueldo tomado por el Juzgado para computar los derechos laborales a que se hizo merecedor el demandante, por las siguientes razones: el señor Pablo Gutiérrez, también asistente de la Presidencia en las cuestiones de planta, devengaba \$2.000.00; en la declaración de renta y patrimonio de la Empresa por el año gravable de 1960 figura el actor con un sueldo de \$2.000.00, aunque la empresa insiste en que dicho dato fue sacado de los comprobantes indirectos que el actor confeccionó para preconstituírse una prueba, hecho que no demostró; la señorita Luz Elena González V. expresa que Gaviria figuraba en los comprobantes con un sueldo de \$2.000.00 mensuales; el Dr. Eugenio Sanín E. declara así: 'Recuerdo haberle oído al Dr. Gil que don Mariano se había asignado un sueldo apreciable, si no estoy mal, de \$2.000.00 mensuales..., lo que indica que la Presidencia toleró que Gaviria se asignara ese sueldo sin protestar; y al confeccionar la empresa la nómina por la prima de navidad del segundo semestre de 1960, incluyó al demandante con la suma de \$1.000.00 ascendiendo el valor total de la prima a \$15.846.80 cuya salida se dio en los libros por igual valor. Todas estas circunstancias llevan al fallador a la convicción de que efectivamente el sueldo devengado por Gaviria al servicio de Induleche fue de \$2.000.00 mensuales".

Dice el recurrențe que es errónea la apreciación "deductiva" que se hace de la declaración de Pablo Gutiérrez, porque si bien es cierto que este fue también asistente de la presidencia de la compañía, lo fue en "cuestiones de planta", o sea en labores distintas.

En lo pertinente a la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1960, observa que el Tribunal fundó su juicio no en la declaración misma sino en una referencia del acta de inspección ocular, en la cual consta que el anexo examinado "tiene una firma ilegible de una persona al parecer de apellido García", apellido que no corresponde al de quien desempeñaba entonces las funciones de Secretaria, o sea la señorita Martha Lucía Simons. Observa además que el dato que arroja la misma declaración no guarda armonía con los libros de contabilidad, con otros datos obtenidos en la misma inspección ocular y con el dictamen pericial, según el cual no hay constancia de que el señor Gaviria hubiera recibido los \$1.000.00 que se denuncian como prima correspondiente al segundo semestre de 1960. Resume finalmente: "El dato del anexo de la declaración de renta -aún suponiendo que apareciese con firma auténtica y autorizada— resulta contablemente equivocado, por cuanto no arroja en forma exacta el dato sobre monto de las sumas verdaderamente pagadas a Gaviria por "Induleche Ltda." en el año de 1960 por sueldos y prima".

Sobre el testimonio de Eugenio Sanín E. dice que el Tribunal le dio un alcance que no tiene, pues él no da margen para sentar la tesis de que el representante de la empresa tolerara la fijación de un sueldo por el mismo demandante; y sostiene que no hubo tal tolerancia por cuanto del curso de los hechos se desprende que en este terreno hubo diferencias entre el presidente de la compañía y su asistente, diferencias que llevaron a éste a abandonar el cargo. Y finalmente respecto de la declara-

ción de Luz Elena González, observa que la testigo se refiere al sueldo que figuraba en los comprobantes indirectos producidos por el mismo contador Gaviria, sin intervención del presidente.

El recurrente dice además que el Tribunal dejó de apreciar los resultados de la inspección ocular sobre los libros de contabilidad, en los cuales no resulta constancia del sueldo de \$2.000.00, sino apenas de que los pagos eran irregulares, no por una cantidad constante, lo cual está confirmado por el dictamen pericial (fl. 49); y que dejó de apreciar igualmente la declaración de la señorita Martha Lucía Simons, quien dice que cuando el señor Gaviria entró a asistir a la planta, en mayo de 1960, se convinieron honorarios de "\$ 1.000.00 mensuales, que no le consta que se hiciera sobre el particular alguna modificación posterior y que por la tarieta del fl. 12 colige que el sueldo siguió siendo igual.

Concluye el recurrente solicitando que se tome en cuenta el sueldo de \$1.000.00 mensuales que se aceptan en la contestación de la demanda, lo cual lleva a descartar la condenación por salarios faltantes y al reducir la liquidación de las prestaciones reconocidas en la sentencia recurrida.

Se considera

Según se ve en la parte de la sentencia que el recurrente transcribe, el Tribunal encontró base probatoria suficiente para aceptar como cierto el salario de \$2.000.00 mensuales que precisa la demanda; y la argumentación que se ha resumido procura desvirtuar el mérito de las pruebas tenidas en cuenta, con tendencia a demostrar que hubo error de apreciación de ellas, y que el salario que debe tomarse como base es el de \$1.000.00 mensuales, aceptado en la contestación de la demanda.

Pero la crítica del recurrente no tiene consistencia suficiente para destruír las conclusiones del sentenciador como pasa a verse.

El alcance que el Tribunal dio a la declaración de Pablo Gutiérrez Gaviria no es arbitrario. Dijo el testigo: "Lo mismo que yo era don Mariano, yo figuraba como asistente de la presidencia... A falta del Dr. Gil, nosotros éramos quienes manejabámos la empresa... Yo no sé si don Mariano ganaba allí \$ 2.000.00 mensuales. Es cierto que yo devengaba \$ 2.000.00 mensuales" (fl. 35). La inferencia es lógica: si las funciones y la categoría eran del mismo nivel (y es-

to se ratifica en el memorando del fl. 51), hay una presunción probable de que los sueldos eran iguales, presunción que viene a dar veracidad a lo que la demanda afirma sobre el particular.

Perfectamente lógica es también la inferencia basada en el dato sobre la prima de servicios reconocida a Mariano Gaviria por el segundo semestre de 1960, dato que encontró el juzgador no solamente en la copia de los anexos de la declaración de renta y patrimonio, sino también en el examen de comprobantes de contabilidad que se hizo en la inspección ocular (fl. 42). Reza el acta de esta diligencia: "Se encontró una lista de nombres que dice: "Pago de la prima de navidad correspondientes al segundo semestre de 1960", aparece en ella incluído el nombre de "Gaviria V. Mariano", al frente de este nombre la partida de \$ 1.000.00 se observa que casi toda la lista tiene la firma al frente de cada nombre, con excepción de unos pocos, entre estos, el señor Gaviria, el Dr. William Gil, y dos o tres más. Sin embargo se observa que el valor total de la citada prima, es de \$15.846.80, y que se halla registrada en un libro de "Caja", como cantidad salida, por lo cual a pesar de no estar la firma del señor Gaviria, el dinero sí fue retirado, sin que se sepa su paradero"... Esta constancia agregada a lo que se denuncia en la declaración de renta, prueba suficientemente que el demandante figuró en la lista de los demás empleados, como acreedor a la prima correspondiente al segundo semestre de 1960; y si la cuantía de esa cuota semestral fue de \$1.000.00, se infiere que el respectivo sueldo era de \$ 2.000.00.

En cuanto a la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1960, reza el acta de la inspección ocular: "Se examinó el anexo No. 2 de la declaración de renta de la empresa, en donde se hace la relación de sueldos y primas pagadas del 8 de agosto al 31 de diciembre de 1960. Le aparece al señor Mariano Gaviria Velásquez, por concepto de sueldos la suma de \$ 10.000.00 y por concepto de primas, \$ 1.000.00. Se observa que el anexo dice al final: "Industrial de Leches Ltda", tiene una firma ilegible de una persona al parecer de apellido García, y debajo dice: "Secretaria". No es aceptable la obieción que hace el recurrente, de que el Tribunal fundó su juicio no en la declaración misma sino en la constancia tomada en el acta de la inspección ocular, porque hay que presumir que las observaciones hechas por el juzgado que practicó la diligencia y que fueron consignadas en el acta, fueron tomadas de la copia que presentó la empresa, la cual debe tenerse como auténtica mientras no se demuestre que era falsa o apócrifa, cosa que tampoco se alegó en el momento oportuno:

La testigo Luz Elena González expresa: "Dicho señor (Mariano Gaviria) trabajó como hasta mediados o fines del año pasado (1961) en Induleche, no recuerdo la fecha precisa de su retiro: en los comprobantes indirectos, figuraba con un sueldo de \$2.000.00, pero no sé de contratos v por eso me ciño a lo de tales comprobantes" (fl. 62). A la observación que hace el recurrente de que los comprobantes indirectos a que se remite la testigo eran elaborados por el mismo demandante, como jefe de la contabilidad, cabe anotar: el sistema aparece ampliamente tolerado en la empresa y aún regularizado, desde luego que por lo menos los comprobantes correspondientes a la suma indicada arriba, de \$13,700.00, están ratificados en los recibos de caja que se relacionan en los fls. 41 y v, los cuales llevan el visto bueno del presidente de Induleche Dr. William Gil Sánchez; y sobre la misma suma, correspondiente a los sueldos pagados al demandante desde agosto de 1960 hasta abril de 1961, se expresa en la contestación de la demanda: "Cantidad esta que la empresa abonó a cuenta de los servicios del señor Gaviria"(fl. 9 v.).

Lo que se acaba de decir viene también a propósito de la declaración de Gabriel Arismendi, de la cual dedujo el Tribunal que la empresa toleró que el señor Gaviria se asignara el sueldo de \$ 2.000.00 sin protestar. La tolerancia de esta realidad aparece de bulto por lo menos hasta fines de diciembre de 1960. Hasta esta época no se descubren las diferencias de que habla el recurrente entre demandante y demandado; lo confirma el texto del memorando del fl. 51, que se comentó al estudiar el primer cargo, porque allí se pone de manifiesto una completa confianza del presidente de la empresa respecto de su asistente señor Gaviria.

Contra tales fuentes de convicción, apenas obra en el expediente la declaración de Martha Lucía Simons, quien dice ser "empleada del Dr. Gil Sánchez"; se refiere ella a la tarjeta del fl. 12, no tomada en cuenta por el juzgador de segunda instancia y dice estar enterada de los dineros que recibió Mariano Gaviria porque "le gusta mucho curiosear" (fl. 65). La afirmación de la testigo, de que el sueldo fue de mil pesos, bien pudo ser desestimada por el Tribunal en virtud

de que su poder de convicción resulta débil ante las demás pruebas ya relacionadas, y porque la declarante revela a lo largo de exposición que tuvo serias y repetidas desavenencias con el demandante, en la época en que ambos eran empleados de "Induleche".

En suma, varias pruebas respaldan la conclusión del Tribunal acerca de la cuantía del sueldo devengado por Mariano Gaviria. Ninguna de ellas acredita un convenio expreso de las partes sobre tal punto; pero en el terreno de la realidad, y es esta realidad la que debe tomarse en cuenta, aquella cuantía resulta suficientemente probada. De otro lado, no hay base alguna para aceptar la afirmación de la parte demandada, de que lo pactado fue una remuneración de mil pesos mensuales.

En tales condiciones no resulta demostrado el error evidente de que se acusa al Tribunal, y por lo mismo el cargo no prospera.

RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE

El recurrente presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, exponiendo en el desarrollo de cada uno de ellos el propósito de la impugnación.

Primer cargo

Se formula por "Violación de los arts. 57, 59, 61 y 62 del C. S. T., por interpretación errónea, y del art. 47 ibídem por falta de aplicación, mal llamada por nuestra Ley infracción directa".

Para sustentar la acusación hace referencia a la demanda en cuyo hecho sexto se afirma que la desvinculación del demandante del empleo que desempeñaba en la empresa Induleche se debió a infracción por parte de la misma del ord. 40. del art. 57 C. S. T., y a violación de la prohibición consagrada en el ord. 1o. del art. 59. Agrega luego: "Conforme a la sentencia recurrida, "en los autos no aparece en forma clara cuál de las partes puso fin al contrato de trabajo. Pero la parte actora pretende deducir una violación del contrato de trabajo por parte de la empresa en atención a que la sociedad demandada no le solucionaba la totalidad de los sueldos en la oportunidad debida. Para el Tribunal este hecho no constituye en manera alguna incumplimiento por parte de la Empresa que pueda traducirse en una violación del contrato, pues el señor Gaviria se allanó a esa forma de pago desde los comienzos de la relación de trabajo. Se mantendrá, entoces, la solución que por este aspecto contiene el fallo apelado".

Observa a ese razonamiento del Tribunal que aunque el art. 61 C. S. T. señala los motivos por los cuales termina la relación laboral, y en su literal g) solo autoriza la ruptura unilateral en los casos previstos en los arts. 48, 62 y 63 del mismo estatuto, el Tribunal olvidó que en el ord. 60. del art. 62 se habla de la violación grave de las obligaciones que incumben al patrono, entre las cuales está la de pagar la remuneración. Dice que por haber sido erróneamente interpretados esos textos el sentenciador dejó de aplicar, cuando debía hacerlo, el art. 47 C. S. T. "cuyos presupuestos están absolutamente comprobados en el juicio, según se desprende de las conclusiones consignadas en la misma sentencia". Transcribe luego las conclusiones del fallò recurrido que se refieren a la existencia del contrato de trabajo y al salario devengado por el actor, y concluye: "En tales circunstancias, estando cabalmente demostrado que el señor Mariano Gaviria tuvo una relación laboral precisa y concreta con la "Industrial de Leches Limitada"; que su último sueldo fue de \$2.000.00 mensuales al servicio de esa empresa a la que estuvo vinculado desde el 1o. de mayo de 1960 al 18 de junio de 1961, que la ruptura unilateral del respectivo contrato está justificada por la ley, y que ese contrato fue de carácter verbal y de duración indeterminada. La sentencia es violatoria del art. 47 del C. S. T., por la mal llamada infracción directa y al no aplicarlo como era de necesidad legal y jurídica".

Pide en consecuencia que la Corte, constituída en Tribunal de instancia, previa revocatoria de la respectiva absolución proferida en primera instancia, condene a la demandada "a pagar a mi mandante, a más de las sumas ya deducidas en su contra, el salario correspondiente a los cuatro meses, doce días que faltaban para cumplirse el plazo de los seis meses de que trata el art. 47".

Se considera:

Acerca de la formulación y sustentación de este cargo el apoderado de la parte demandada hace la siguiente observación en el alegato de oposición que se lee en fls. 25 y ss. de este cuaderno: "Para replicar estos dos cargos que se formulan ligados entre sí, bastaría indicar, a mi modo de ver, que la indemnización de perjuicios por el rompimiento del contrato, o sea en este ca-

so el lucro cesante que consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo, está consagrada en el art. 64 del C. S. T., norma que no se indica expresamente como violada en la demanda de casación. De suerte que, por este aspecto, ya habría razón poderosa y suficiente, para concluír que la exposición de los cargos viene a ser deficiente e incompleta".

La observación que hace el opositor es fundada. El recurrente pretende el pago de perjuicios por incumplimiento del contrato. Aunque en el desarrollo del cargo no habla de ruptura unilateral e ilegal del mismo por parte del patrono, sino de incumplimiento de la obligación de pagar oportunamente los salarios, al exponer el propósito de la impugnación solicita el pago de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación legal del contrato con lo cual manifiesta aspirar al lucro cesante tal como lo fija el art. 64 del C. S. T. Ha debido entonces señalarse como principalmente infringida esta disposición, que es la que consagra el derecho a la indemnización solicitada. El cargo resulta, pues, incompletamente formulado.

Por otra parte, el Tribunal hizo la consideración de que no está probado en autos cuál de las partes puso fin al contrato, dando así a su decisión un fundamento de hecho que exigía demostración en contrario y el ataque de la sentencia por una vía distinta de la escogida por el recurrente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Se formula así: "La sentencia recurrida es violatoria del citado C. S. T. pór error de hecho, puesto que la estimación que en ella se hace de los elementos probatorios relativos a la buena fe de la empresa demandada en orden a su negativa del contrato laboral celebrado con el señor Mariano Gaviria V., resulta ostensiblemente contraria a la evidencia misma de la realidad. Como resultado de esa clara equivocación en que incurre el sentenciador, se infringió el art. 65 del C. S. T., que ha debido aplicarse si otra hubiera sido la interpretación de las pruebas relacionadas con aquel aspecto de la cuestión debatida".

Para sustentar la acusación dice el recurrente que en autos no se ha demostrado que la parte demandada pudiera abrigar dudas sobre la

existencia del contrato de trabajo. Relaciona como mal apreciadas por el Tribunal varias pruebas que en el expediente concurren a establecer aquella realidad jurídica, como las posiciones absueltas por el Dr. William Gil Sánchez, los documentos de los fls. 51 y 56, las constancias de la inspección ocular relativas a sueldos pagados al actor y contratación del seguro de vida del mismo. Termina pidiendo, en consecuencia, que la Corte, constituída en Tribunal de instancia. "Previa revocación de la absolución decretada por el Juez a quo" condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante como indemnización moratoria los salarios desde el 18 de junio de 1961 hasta cuando se verifique el pago de los sueldos y prestaciones debidas.

Se considera:

En la sentencia recurrida se expresa sobre este aspecto: "La forma como el señor Mariano Gaviria prestaba sus servicios a Industrial de Leches Ltda. (Induleche), pues obraba con relativa autonomía y laborado solo durante media jornada, llevaron a la sociedad demandada a formarse una duda legítima sobre la existencia del contrato de trabajo y de ahí que el Tribunal estime que no sea el caso de dar aplicación al art. 65 del C. S. T., como lo rechaza la parte demandante".

El Tribunal tuvo, pues, en cuenta que la demandada discutió la existencia del contrato de trabajo, base necesaria de las reclamaciones del actor; y estimó que lo hizo con fundamentos razonables, dadas las especiales circunstancias que rodearon las relaciones de las partes.

Constante doctrina enseña que no puede producirse tal condena si hay buena fe de parte del patrono; y que hay una circunstancia eximente de la sanción "cuando la parte obligada ha discutido con razones valederas y plausibles, acreditadas en el juicio, la existencia misma del contrato de trabajo de la obligación que se demanda, con fundamento en el principio de la buena fe, que debe regir en toda relación contractual" (Sentencia de 31 de octubre de 1964).

Ahora bien: en el expediente está suficientemente acreditado que Mariano Gaviria, como profesional que era de la ciencia contable, realizó su trabajo sin sujetarse a horarios determinados ni a jornadas fijas, es decir, con relativa autonomía. La apreciación hecha por el Tribunal, de que tales circunstancias daban un fundamento razonable al representante de la empresa para discutir la naturaleza laboral del contrato no resulta así contraevidente, ya que por lo menos podía abrigar serias dudas acerca del elemento de continua dependencia, que es fundamental. Teniendo el convencimiento del Tribunal ese soporte, que aparece demostrado en autos, no puede ser desautorizado en casación como evidentemente errado.

No prospera el cargo.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas del recurso en un 50% a cargo de la parte demandante.

Cópiese, publíquese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Banavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

El recurso de casación no se abre por la acusación que se haga al tribunal de haber infringido solamente normas sobre prescripción de acciones, sin que al mismo tiempo se señalen como violadas normas consagratorias de derechos, que, en casos como el de autos, serían de derechos no laborales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo diez de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar). (Acta No. 31).

Una vez agotado el procedimiento de rigor entra la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación que el apoderado de Justo Corredor interpuso contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, en el juicio que contra el recurrente le entabló para el pago de honorarios profesionales el abogado doctor Oscar Fernández F.

ELJUICIO

El doctor Oscar Fernández F. con fundamento en los Decrs. 2158 de 1948 y 456 de 1956, demandó al señor Justo Corredor para que previos los trámites que establece el primero de los decretos, fuera condenado a pagarle la suma de \$15.859.71, o la que resultara probada mediante avalúo pericial, por honorarios causados y no pagados. Indicó como hechos los siguientes:

- a) Que Justo Corredor le había conferido poder para demandar a la Nación y obtener su reintegro y la indemnización correspondiente por haber sido despedido injustamente gozando de fuero sindical:
- b) Que en su oportunidad inició el juicio respectivo y obtuvo del Juzgado sentencia condenatoria contra la Nación, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Neiva;
- c) Que en virtud de las sentencias mencionadas la Nación, por conducto del Pagador en

Distriobras pagó al señor Corredor la suma de \$52.865.70; y,

d) Que el demandado no ha querido cancelarle el valor de sus honorarios.

Conoció del juicio el Juzgado del Circuito del Trabajo de Neiva el cual admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al demandado. Cumplido este trámite el señor Corredor se hizo representar en el juicio por abogado inscrito, quien contestó la demanda aceptando el hecho primero del libelo, pero manifestando que su poderdante había pagado los honorarios convenidos y negó que la suma indicada en él hubiera sido la recibida por su representado. Propuso la excepción perentoria de pago.

Posteriormente alegó la excepción de prescripción.

A la primera instancia del juicio se puso fin mediante sentencia de fecha 3 de mayo de 1963, en la cual se resolvió "declarar probada la excepción de prescripción de la acción".

El demandante apeló de la decisión del Juez a quo y el Tribunal una vez señalada fecha para celebrar "la audiencia pública de trámite y juzgamiento", desató la litis profiriendo sentencia el 11 de junio de 1963. De acuerdo con este fallo se revocó la sentencia del Juzgado, se declararon no probadas las excepciones de pago y de prescripción propuestas y se condenó al demandado a pagar al doctor Oscar Fernández la suma de nueve mil seiscientos siete pesos con cincuenta y nueve centavos (\$ 9.607.59), por razón de honorarios profesionales, y las costas de la primera instancia. No condenó en costas de segunda.

Hubo salvamento de voto del Magistrado doctor Flavio Cabrera Dussán.

Contra esta decisión del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandada, el cual fue concedido por auto de 19 de junio de 1963.

EL RECURSO

Por medio de este recurso extraordinario persigue el apoderado del demandado tal como lo expresa en el capítulo "Alcance de la Impugnación", que la Corte case totalmente la sentencia de 11 de junio de 1963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y, en su lugar, "se declare probada la excepción de prescripción", alegada en la primera instancia del juicio. No hubo escrito de oposición.

Entiende la Corte que lo pedido es que la corporación, por medio de esta Sala, al casar totalmente la sentencia de segunda instancia se constituye en Tribunal ad quem y confirme el fallo de primer grado.

El recurgente pasa luego a expresar los motivos de casación y formula en forma breve dos cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer cargo. Lo formula así el recurrente: "Ser la sentencia acusada violatoria de los arts. 2535, 2542 y 2189 del C. C., por infracción indirecta, en virtud de error de hecho en que incurrió el Tribunal en dicho fallo, al determinar la fecha desde la cual se hizo exigible la obligación a cargo del demandado Justo Corredor y desde la cual, igualmente, debía empezarse a contar el término extintivo de la acción que correspondía al Dr. Oscar Fernández, para el cobro de sus honorarios".

Continúa diciendo el recurrente: "En efecto, el fallo acusado desconoce la prueba allegada al proceso y mediante la cual aparece que la obligación exigible al demandado Corredor por parte de Fernández, se hizo tal desde la fecha de la ejecutoria del fallo de segunda instancia, pronunciada en el juicio sobre fuero sindical promovido por aquel apoderado, con el cual concluyó la gestión profesional encomendada a éste. El mandato que se le había conferido terminó al dictarse tal sentencia, con 'el desempeño del negocio para que fue constituído'.. conforme al art. 2189 del C. C. No lo estimó así el Tribunal sentenciador y ello lo condujo a la consiguiente violación de los arts. 2535 y 2189 de la misma obra", y agrega, terminando el cargo y su fundamentación:

"El Tribunal incurrió en error de hecho, en la apreciación de las siguientes pruebas que fi-

guran en el expediente: 1a.) Demanda del actor, en la cual confiesa que el poder que le otorgó el demandado tuvo por objeto adelantar un juicio especial sobre fuero sindical y de la cual aparece que dicho procedimiento redujo o concretó la actuación profesional materia del mandato; y 2a.) Copia auténtica de la sentencia de segunda instancia dictada en el mencionado juicio sobre fuero sindical (fls. 15 y 16 vto.), con fecha del 17 de marzo de 1950".

La Sala considera:

El recurrente se limita en el cargo que se examina a censurar al Tribunal por haber violado los artículos sobre terminación del mandato y extinción de las acciones por medio de la prescripción, pero no señaló como violadas también aquellas consagratorias de derechos que en este caso no serían laborales.

La Corte ha dicho sobre el particular:

"Según reiterada jurisprudencia de la Sala, el recurso de casación no se abre por la acusación que se haga al Tribunal de haber infringido solamente normas sobre prescripción de acciones, sin que al mismo tiempo se señalen como violadas normas consagratorias de derechos, que, en casos como el de autos, serían de derechos no laborales". (Juicio de Namen Fraija contra Sucesión de Jorge Bichara B. Agosto 29/1966).

El cargo, en consecuencia, está formulado en forma incompleta que no permite su examen de fondo. Por lo tanto se rechaza.

Segundo cargo. Este cargo está formulado así: "Ser la sentencia acusada violatoria, por aplicación indebida, del art. 263 del C. P. C., lo que sirvió de medio para violar las normas sustantivas de los arts. 2.535, 2.542 y 2.189 del C. C.".

Para demostrar el cargo dice el recurrente:

"En efecto, la sentencia del Tribunal sentenciador dice, en uno de sus apartes: 'En el caso que nos ocupa, ¿cuándo se hizo exigible la obligación? No compartimos el criterio del señor Juez de primera instancia al fijar como punto de partida para contar el tiempo de la exigibilidad de la obligación, el de la fecha de la ejecutoria de la sentencia en que fue condenada la Nación, es decir, el 21 de mayo de 1950. La razón que nos asiste para no tomar como cierta esa fecha es la de que el poder que se otorgó a los mandatarios judiciales, no solamente se entiende conferido para el juicio sino también para la ejecución de la sentencia

que puede subseguir (art. 263 del C. P. C.)" (Subrayo). Y agrega, para terminar con la demostración de censura:

"La norma del C. J. citada por el Tribunal en su sentencia, no era aplicable porque, conforme a los dispuesto por el art. 554 del C. J., el Estado no puede ser ejecutado. No había, pues, posibilidad legal alguna de que el Dr. Oscar Fernández prolongase el mandato conferido por el señor Corredor, dentro de un juicio ejecutivo incoado para obtener el cumplimiento de la sentencia dictada en el de fuero sindical, pues la parte demandada en este último era la Nación y ésta no puede ser ejecutada. De la aplicación indebida de aquella disposición, siguióse la violación en que el Tribunal incurrió de las normas sustantivas atrás citadas, que establecen las causas de terminación del mandato y regulan la materia relativa a la prescripción de las acciones, y que lo llevó a no dar por probada la excepción de prescripción interpuesta por el demandado".

La Sala considera:

El recurrente estima que el Tribunal infrin-

gió el art. 263 del C. J. y a través de esa violación aplicó indebidamente las disposiciones contenidas en los arts. 2535, 2542 y 2189 del C. C.

El mismo reparo que se le hizo al anterior debe hacerse a este cargo, o sea, que se ha formulado mediante una proposición jurídica imcompleta que lleva a la Sala a rechazarlo, ya que no puede considerarlo en el fondo.

Por las breves razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PERIODO DE PRUEBA

El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.

El ad quem no erró al conceptuar que en los contratos meramente verbales no puede existir período de prueba, pues cabalmente eso es lo que resulta de la sola lectura del art. 77 del C. S. T., cuando afirma "que el período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo". Pues aunque los doctrinantes difieran acerca de la naturaleza o esencia jurídica del período de prueba, es lo cierro que en la legislación laboral colombiana, ya desde el punto de vista formal, constituye una estipulación solemne en cuanto su validez o existencia jurídica queda condicionada, sine qua non, a la forma escrita.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 31).

En el Juzgado Primero del Trabajo del Circuito de Cartagena demandó Dionisio Cuadro Urueta al ingeniero doctor Alfonso Mejía Navarro para que fuera condenado a pagarle la suma de \$3.348,00 en concepto de salarios correspondientes al plazo presuntivo de seis meses, previo descuento de cuatro días devengados y pagados; más los salarios caídos del art. 65 del C. S. L.; más las costas del juicio.

Alegaba el demandante Cuadro Urueta que el ingeniero Mejía Navarro lo había contratado verbalmente para que manejara una grúa —pala en las obras de construcción de la carretera Toluviejo— San Onofre, convenio que debía iniciarse el 20 de enero de 1959, mediante

la remuneración salarial de \$18.60 diarios de que disfrutaría el trabajador, y en el cual las partes estipularon un período de prueba de dos meses que vencía el 20 de marzo siguiente, habiendo proseguido su tarea el demándante después de esta fecha por cuatro días más, al cabo de los cuales Cuadro Urueta fue despedido injustamente por su patrono. El actor entiende, según el hecho 13o. del libelo, que "el convenio entre Mejía y Cuadro tuvo su desarrollo así: del veinte de enero al veinte de marzo de este año transcurrieron los dos meses de la llamada prueba. Y desde ese día veinte de marzo se inició un plazo presuntivo de contrato que no podía ser menos de seis meses y al cual tenía y tiene derecho el señor Cuadro, porque el patrono lo despidió en pleno ejercicio de labores con pleno ejercicio de labores consecuenciales al vínculo contractual presumido que la ley estáblece".

La parte demandada no replicó la acción, pero en la primera audiencia de trámite formuló la excepción que su apoderado denomina como "ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada" y que en el curso del debate hace consistir en el hecho de que Cuadro Urueta no sirvió propiamente a las órdenes del ingeniero Mejía Navarro sino de la firma Conscaribe (Constructora del Caribe Limitada), entidad ésta que resulta ser la persona verdaderamente obligada a responder por la acción. Tal excepción fue hallada conducente por el fallador de primera instancia, que en tal virtud absolvió en la sentencia al demandado Mejía Navarro de todos los cargos de la demanda, con imposición de costas al actor. Apelada esta providencia por el perjudicado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la confirmó, también con costas a cargo del recurrente.

Las razones del ad quem son, sin embargo, distintas de las que dio al a quo. El Tribunal estima, en efecto, que el doctor Mejía Navarro sí estuvo bien demandado; pero que habiendo sido contratado el actor para la realización de una obra determinada, la construcción de la carretera Toluviejo -San Onofre-, su caso se rige por el art. 45 C. S. T., el cual establece que el contrato de trabajo "puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido, o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio", siendo de advertir, además, que el plazo presuntivo de seis meses solamente opera, conforme al art. 47 C. S. T., en los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que ejecutarse. "Establecido lo -concluye el Tribunal- se tiene: que el contrato sub lite fue pactado para la realización de una obra determinada y que la indemnización que correspondería al trabajador, en caso de ruptura unilateral del contrato por despido injusto, sería el valor de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación de la obra contratada. Como no hay prueba en el expediente del tiempo de duración de esa obra y no sería procedente condenar en abstracto, de conformidad con reiterada jurisprudencia de los distintos tribunales del país, incluyendo este de Cartagena, se impone la absolución".

Contra esta sentencia del Tribunal insurge el demandante por medio del recurso extraordinario de casación que le fuera concedido y admitido y que habiendo sustentado en oportunidad procede la Corte a examinar en virtud de las consideraciones que pasan a exponerse.

La primera dificultad que observa la Sala, en relación con la técnica que gobierna el recurso extraordinario, es que la demanda sustentatoria carece de un petitum propiamente dicho, tal como lo exige el art. 90 C. P. T. al precisar que toda demanda de casación deba contener "la declaración del alcance de la impugnación", o sea la enunciación de los fines que persigue el recurrente en relación con la sentencia acusada y con los ordenamientos que en ella deban ser reemptazados. No obstante, habida consideración de que los fallos de instancia son ambos absolutorios, bien puede presuponerse que la intención del actor es la infirmación total de la sentencia de segundo grado, para en su lugar revocar la del primero y pronunciar las condenaciones solicitadas en el libelo.

Con tal supuesta finalidad el recurrente endereza tres cargos, todos por quebrantamiento directo de la ley sustantiva, que la parte opositora descalifica de antemano porque en cada uno de ellos se da confusión en la modalidad de la infracción pretendida, contradicción en los conceptos de violación de la ley, y como pasa a demostrarlo, absoluta falta de fundamentación.

Los cargos contra la sentencia son, en su orden, los siguientes:

Primer cargo. Violación directa de ley sustantiva, art. 77 C. S. T., en su primera parte. Arguye el recurrente que el Tribunal quebrantó la ley directamente al darle al art. 77 citado una interpretación contraria a sus términos, porque al afirmar que si el período de prueba no pudo existir válidamente por haberse estipulado en forma simplemente verbal, entendió equivocadamente la disposición precitada, ya que ella no excluye que el período de prueba se establezca de otra manera, pues lo que dice el precepto es que si el período de prueba no se conviene por escrito, los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo, de donde el sentenciador no ha debido negar la existencia del contrato principal, o lo más importante de él, sino todo lo contrario, entender que era el caso de aplicar las disposiciones generales sobre el contrato de trabajo y garantizar al trabajador Cuadro Urueta sus derechos en un convenio terminado unilateralmente por el patrono.

Se considera:

La sola enunciación del cargo exhibe una proposición jurídica incompleta, pues la única norma legal sustantiva que se indica violada no comprende en sí misma los demás preceptos consagratorios de los derechos reclamados por el trabajador en su libelo, como serían para el caso sub lite los arts. 64 (indemnización del plazo presuntivo) y 65 (salarios caídos) del C. S. T. De acuerdo con la técnica del recurso de casación y la constante jurisprudencia, la proposición jurídica que deba plantearse en casación es la que comprenda la totalidad de las normas, y no solamente una de ellas, que tutelan los derechos o acciones deducidos en juicio, cualquiera sea el concepto en que havan sido vulneradas en la sentencia, de suerte que si el cargo no las abraza en su integridad no resulta debidamente formulado y no es posible su estudio de fondo.

A lo cual se agrega que el sentenciador, según puede verse de los apartes transcritos, apoyó su fallo en soportes legales, como son los arts. 45 y 47 C. S. T., que el impugnador no ha intentado siquiera destruír. Si el ad quem se refirió al art. 77 C. S. T., al decir "si el convenio fue verbal, como se aprecia de los hechos de la demanda, no pudo existir período de prueba", lo hizo apenas de modo tangencial, sin incidencia posible en la decisión tomada, la cual se asienta, como queda expresado, en normas legales muy diversas de la que señala el recurrente como única disposición violada.

Por lo demás, el ad quem no erró al conceptuar que en los contratos meramente verbales no puede existir período de prueba, pues cabalmente eso es lo que resulta de la sola lectura del art. 77 C. S. T., cuando afirma "que el período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo". Pues aunque los doctrinantes difieran acerca de la naturaleza o esencia jurídica del período de prueba, es lo cierto que en la legislación laboral colombiana, ya desde el punto de vista formal, constituye una estipulación solemne en cuanto su validez o existencia jurídica queda condicionada, sine ' qua non, a la forma escrita.

No prospera el cargo.

Segundo Cargo.- Acusa violación directa del art. 77 C. S. T. en su segunda parte y además de todas las disposiciones contenidas en el Título preliminar del C. S. T. (arts. 10. a 21 inclusive) y de las contenidas en el Capítulo I del Título I de la Primera Parte del C. S. T., particularmente el art. 27 y los arts. 49, 127, 140 y 142. La violación a juicio del recurrente, ya no consiste en haberse entendido equivocadamente la ley, como en el cargo anterior, sino en habérsela ignorado, dejándola de aplicar al caso controvertido, debiendo serlo.

Pero este cargo, como el que se acaba de examinar, plantea una acusación incompleta en cuanto no comprende las disposiciones legales que establecen los derechos reclamados en la litis y en cuanto no ataca los verdaderos soportes legales de la decisión, los cuales permanecen así completamente marginados de la impugnación.

Se rechaza el cargo.

Tercer Cargo. Se plantea en este último la violación directa e inequívoca del art. 47 C. S. T., "porque el Tribunal sentenciador entendió

equivocadamente dicho precepto, le dio una interpretación contraria a sus términos".

El recurrente explica el cargo diciendo que la interpretación dada por el Tribunal al mencionado art. 47 tiende a eliminar, el término presuntivo, contrariamente a la finalidad, a la letra y al espíritu de dicho texto legal. El censor hace luego a su manera una interpretación del art. 47, cuyo objetivo es "significar que cuando no ha sido estipulada expresamente la duración de un contrato o no resulte esa duración o término de la naturaleza de la obra que se realiza o del servicio que se ejecuta, se presumen celebrados por términos sucesivos de seis en seis meses. O mejor dicho, el pacto, cualquiera que él sea en el caso de no estar expresa la duración, deberá entenderse por lo menos en seis meses".

Se considera:

Como los anteriores, el presente cargo deja por fuera de la impugnación las disposiciones legales que consagran los derechos del actor, según aparecen suplicados en la demanda; y aun cuando señala como quebrantado, en razón de interpretación errónea, el art. 47 C. S. T., que es uno de los soportes legales en que descansa la sentencia, deja también al margen del ataque el otro soporte legal, que es el art. 45 C. S. T., con el cual se encuentra necesariamente eslabonado el 47, para el caso de la decisión impugnada, lo cual es suficiente para el insuceso del cargo, por error de técnica.

Empero, la Sala no deja de advertir que es tendenciosa y acomodaticia la interpretación que el recurrente hace del art. 47 C. S. T., pues esta norma legal no establece, como lo pretende, un plazo presuntivo mínimo de seis meses. Bien al contrario: los contratos cuya duración resulta de la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse, no quedan sujetos, por voluntad expresa del legislador, al plazo presuntivo de seis meses, lo cual no significa ni puede entenderse en el sentido de que el trabajador que es despedido sin justa causa en esta clase de contratos, antes de hallarse concluída la obra o labor convenida, no tenga derecho alguno a ser indemnizado. El trabajador tiene en tal caso derecho a ser indemnizado en el lucro cesante, el cual no se mide en razón de ningún plazo presuntivo sino del monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación de la obra. El Tribunal sentenciador entendió y aplicó correctamente la regla jurídica en cuestión, que si a la postre no vino a sancionar el caso litigioso fue porque no halló demostrado un presupuesto de la acción incoada, cual es la prueba en el expediente del tiempo de duración de la obra.

Se rechaza el cargo.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION

De conformidad con lo que dispone el art. 86 del Código de Procedimiento Laboral, hay lugar al recurso de casación "contra las sentencias definitivas dictadas por los tribunales..."

Se entiende por sentencia definitiva la "resolución judicial que decide sobre la controversia, esto es, sobre el fondo del asunto litigioso, sea porque acoja la demanda del actor dirigida a obtener el reconocimiento de la existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de la ley no existe o es inaplicable, o su mandato se le garantiza al demandado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 28).

En sentencia de fecha 13 de noviembre de 1962, el Juzgado del Trabajo de Villavicencio resolvió el juicio laboral iniciado por Apolinar Solano Bernal contra Luis Ernesto Flórez, así:

- a) Declaró que entre demandante y demandado existió un contrato de trabajo a término presuntivo:
- b) Declaró igualmente que la parte demandante "no probó el elemento del contrato de trabajo, denominado salario o remuneración por los servicios prestados, por cuanto con las pocas pruebas aportadas no demostró el monto del salario", y
- c) Como consecuencia de lo anterior, absolvió al demandado Flórez de todos los cargos que le fueron formulados en la demanda inicial.

Por último, no hizo señalamiento de costas.

La sentencia en cuestión fue apelada por la

parte demandante, razón por la cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior —Sala Laboral— del Distrito Judicial de Villavicencio, el que, luego de citar algunas jurisprudencias de esta Corporación, y previas las siguientes consideraciones, por demás extrañas, resolvió:

"... Siendo esto así, la Sala procediendo de acuerdo con la Corte Suprema, bien podría acudir al salario mínimo legal, como quiera que se conoce con precisión el tiempo de servicio: desde el 7 de febrero de 1961 al 10, de marzo de 1962, pero para que el debate concluya de una manera amplia y controvertida, entonces estima para ésto dar aplicación al art. 40, de la Ley 187 de 1959 de que el salario se calculará sobre lo que se señale por peritos designados oficiosamente por el Juez y con el fin de no pretermitir una instancia, debe hacerse por el Juez Laboral del conocimiento, imponiéndose para ésto la revocatoria de la sentencia en su numerales 20. y 30. y en su lugar ordenar que a falta de prueba del salario estipulado en el caso de autos, la condena se calculará sobre lo que se señale por peritos designados oficiosamente por el Juez Laboral, uno por cada parte, en observancia de las reglas y formalidades que ordena la ley en general sobre avalúos periciales. Esto lo resuelve la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley. Queda así resuelta la solicitud del señor apoderado de la parte demandante sobre estimación directa del salario mínimo. Cópiese, publíquese, notifíquese v devuélvase".

El apoderado del actor en escrito que obra a fl. 18 del cdno. 20., solicitó al ad quem se sirviera aclarar la sentencia en relación con los siguientes puntos: "1. Si la expresada providencia constituye un auto para mejor proveer, por medio del cual se comisiona al Juzgado Laboral para que practique la diligencia de avalúo pericial, para que el asunto regrese al Tribunal, con el fin de fallarlo de acuerdo con los pedimentos de la demanda, debe decirse esto para que el Juzgado sepa a qué atenerse.

"2. Si la providencia es definitiva, debe revocar integramente o absolver en su totalidad, o revocar en parte, como se hizo, pero fallar sobre lo revocado. Parece que en esta parte se quiso decir que debe practicarse la prueba anotada, pero no se advirtió que hecho esto, el expediente debe regresar para el fallo, ya que el Juzgado no puede volver a fallar en este negocio".

Sobre los dos puntos transcritos, el Tribunal diio:

"Para la Sala, y como era de su obligación el fallo es lo suficientemente claro y terminante, donde, de los cuatro puntos resueltos en la sentencia apelada, bien se dijo respecto del primero que como desfavorable al demandado y por no haber apelado éste, nada tenía que observar la Sala. Estaba en firme.

"En cuanto a los puntos segundo y tercero se revocaron y en su lugar se ordenó que, de acuerdo con lo solicitado por el demandante, de que por la Sala se señalara el salario mínimo, que este se fijara de acuerdo con el art. 40. de la Ley 187 de 1959, por medio de peritos designados oficiosamente por el Juez Laboral y para no pretermitir una instancia se regulara por el Juez de conocimiento, sujeta desde luego como toda nueva providencia al recurso de alzada.

"El punto cuarto fue la no condenación en costas, que de consiguiente como el punto primero quedaron en firme.

"Por tanto en concepto de la Sala nada hay que aclarar ni explicar del respectivo fallo. Hágase saber".

Contra las determinaciones del Tribunal el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de casación el que fue concedido por el ad quem y admitido por esta Sala, la que al estudiarlo encuentra que no hay lugar para decidir sobre él porque la sentencia del Tribunal no tiene el carácter de definitiva como quiera que no estudia ni resuelve el fondo del negocio. En efecto, al revocar los numerales segundo y tercero de

la sentencia de primer grado, relacionados con la no demostración del salario y la consiguiente absolución por concepto de las prestaciones sociales reclamadas, se limitó a indicar el sentenciador que si bien es cierto podía aplicar el salario mínimo, "con el fin de no pretermitir una instancia" su determinación debe hacerse por el Juez del conocimiento mediante aplicación del art. 40. de la Ley 187 de 1959, por medio de peritos, decisión con la cual "queda así resuelta la solicitud del señor apoderado de la parte demandante sobre estimación directa del salario mínimo".

Como de conformidad con lo que dispone el art. 86 del C. de P. L., hay lugar al recurso de casación "contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales...", entendiéndose por sentencia definitiva la "resolución judicial que decide sobre la controversia, esto es, sobre el fondo del asunto litigioso, sea porque acoja la demanda del actor dirigida a obtener el reconocimiento de la existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de la ley no existe o es inaplicable, o su mandato se le garantiza al demandado" (G. J. XCLI (sic), 1069), el presente negocio debe volver al Tribunal de origen para que éste previa revocatoria de la providencia que dictó con fecha 13 de noviembre de 1962, formule las decisiones de fondo sobre todos los puntos de la sentencia apelada, bien sea, según su criterio, dándole aplicación al salario mínimo, o acudiendo al procedimiento señalado por el art. 40. de la Ley 187 de 1959 o bien, absolviendo de todos los cargos formulados en el libelo inicial. Mientras esto no ocurra. la Corte, por su improcedencia, se abstendrá de conocer del recurso propuesto, pese haber sido admitido, circunstancia que no vincula a la Corporación para efecto de la decisión correspondiente.

La Corte se ve obligada a formular severa censura al Tribunal sentenciador por la providencia respecto de la cual concedió el recurso extraordinario de casación, porque ella no constituye una sentencia definitiva, de donde el recurso es improcedente y no ha debido concederse. Y siendo como es en realidad un auto, no podía como lo hizo el ad quem, revocar con ella una sentencia dictada en debida forma. Estos errores, de suyo graves, como que tocan con cuestiones elementales de procedimiento, no solamente causan perjuicios a las partes, sino que vienen en mengua de la propia justicia.

En consecuencia, la Sala de Casación Laboral rechaza el presente recurso de casación por improcedente. Devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifiquese y cúmplase.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnico)

Si el Tribunal se abstuvo de aplicar el ordenamiento 266 del C. S. del T. no fue a consecuencia de haber incurrido en error de hecho, sino por ignorar su existencia o por haberse rebelado contra él, configurándose de este modo otro tipo de infracción diferente del que se afirma en la censura.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 30).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la sociedad "Federico G. Burckhardt, Sucesore", contra la sentencia proferida el veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y tres, en el juicio ordinario laboral seguido por Agustín González Armadio contra aquella entidad, con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación, liquidada con un salario de \$150.00 mensuales, por haberle prestado sús servicios personales durante más de 20 años, en el lapso comprendido entre 1934 y el 18 de mayo de 1957, y ser mayor de 55 años de edad.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor con fundamento en que no había trabajado todo el tiempo requerido por la ley para gozar del beneficio jubilatorio, y alegó las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción, pago, ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada y prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral de Cali, desató la controversia el día veinte de octubre de mil novecientos sesenta y uno, absolviendo a la demandada y condenando en costas al actor. Y el Tribunal Supe-

rior de ese mismo Distrito Judicial, al pronunciarse sobre la consulta a que fue sometida aquella decisión, por medio del fallo que ahora se impugna, la revocó y, en su lugar, decretó el reconocimiento de la pensión reclamada, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte vencida y absteniéndose de condenar por este concepto en la segunda.

EL RECURSO

Pretende el recurrente la casación total de la sentencia acusada, para que la Corte, en su lugar y en sede de instancia, confirme la de primer grado.

Al efecto, con invocación de la causal primera del art. 87 del C. P. L., formula los tres cargos que se van a examinar.

Primer cargo. Violación indirecta, por aplicación indebida, del art. 260 del C. S. T., a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió el fallador al dar por demostrado, sin estarlo, que González trabajó 20 años para la sociedad demandada, por no haber apreciado los documentos de fls. 8, 9, 10, 11 y 12; la diligencia de reconocimiento de los mismos y el dictamen pericial.

Su desarrollo lo inicia el impugnante con la transcripción de un acápite del fallo acusado, en el cual el ad quem expone su pensamiento acerca del mérito de cada una de las pruebas singularizadas; censura luego esa apreciación por considerarla simplista y sin base científica ni jurídica, para concluir que la falta de estimación de aquellos medios probatorios dio origen al error y a la transgresión legal enunciados.

No hubo escrito de oposición.

La Sala observa:

El ataque tiene como fundamento la circunstancia de que algunas pruebas no fueron estimadas por el sentenciador. Pero el recurrente se encarga de desvirtuar su propio aserto al trans-

cribir apartes de la sentencia en donde el Tribunal examina precisamente esas probanzas y al criticar la apreciación que de ellas hizo, como en verdad aconteció. El cargo, pues, carece en absoluto, de consistencia. Presenta, además, otro grave defecto que también bastaría para hacerlo ineficaz y consiste en que deja intactos otros soportes de la decisión que, por sí solos, son suficientes para sostenerla.

De consiguiente, se rechaza.

Segundo cargo. Se formula en subsidio del anterior, acusando la violación de la misma norma legal, por idéntica vía y a través del mismo error de hecho, pero con la diferencia de que éste se hace provenir de la equivocada apreciación de las pruebas que individualizó en el primero y, además, de los testimonios traídos a los autos, rendidos por José María Vásquez, Benito González y Antonio Payán.

Expresa que el Tribunal, al negarle valor a las documentales basado en el hecho de haber sido elaboradas por el patrono, las estimó erróneamente, por cuanto esa es una presunción no acreditada en el proceso y porque los referidos documentos aparecen suscritos por el demandante y fueron expresamente reconocidos por él en su firma y contenido. Y de paso, estimó también en forma equivocada la diligencia de reconocimiento, ya que en ella el actor no hizo ninguna objeción a los documentos que le fueron exhibidos, dejando así plenamente ratificada su autenticidad.

A continuación sostiene que el error en la apreciación de la prueba testimonial, que es la que sirve de base al fallo condenatorio, es todavía más grave, pues las declaraciones son notoriamente vagas, imprecisas, infundadas y contradictorias. A pesar de estos defectos, y de que los testigos se limitan a afirmar que vieron a González trabajando en la Casa Víctor en el año de 1935, y alguno de ellos (Payán) en 1932, el ad quem dio por demostrada la prestación de los servicios de esa época en adelante y en forma continua, incurriendo así en el protuberante error que lo condujo a violar la norma que cita el cargo. Hace referencia, por último, a la libertad de que gozan los Jueces de instancia para apreciar las pruebas, para sostener que ella no es ilimitada, pues está sometida a las reglas científicas que informan su crítica y a los dictados de la razón, conforme a los cuales no se puede contrariar la naturaleza de las cosas, ni tener como cierto un hecho que las pruebas niegan o desconocerlo cuando éstas determinan claramente su existencia.

Se estudia el cargo:

Salta a la vista que el Tribunal hizo una mala apreciación de los documentos de fls. 10 v 12. al descalificarlos bajo la consideración de haber sido elaborados por la entidad patronal, pues es evidente que ese hecho carece de respaldo en el proceso, como lo afirma el atacante, v porque tales documentos llevan la firma del trabajador v fueron debidamente reconocidos por éste en el curso del juicio. Mas esa equivocada estimación no tuvo consecuencias en la definición de la *litis*, pues el mismo hecho que ellos acreditan, o sea el tiempo de servicio desde el 19 de diciembre de 1944 hasta el 18 de mayo de 1957. lo encontró demostrado con las pruebas que forman los fls. 8 y 9, que sí apreció correctamente, como apreció también de modo correc: to el de fl. 11, al no reconocerle ningún valor por no estar refrendado por la firma del demandante.

La documental de fl. 9 contiene una liquidación parcial de cesantía y la de fl. 8 de la liquidación definitiva. En ésta se expresa, como en otras de las piezas aludidas, que el ingreso del trabajador se produjo el 19 de diciembre de 1944. pero ello no significa, como lo pretende el recurrente, que el único tiempo servido sea el que registran esos documentos, pues bien pudo existir otro anterior, liquidado en forma independiente y en su oportunidad. En otras palabras, los elementos probatorios en cuestión no excluyen la posibilidad de que González haya trabajado para la empresa en otro u otras ocasiones con anterioridad al 19 de diciembre de 1944, como se afirma en la demanda y se hace constar en la diligencia de reconocimiento de fl. 44 y vuelto, y a lo sumo demuestran que hubo prestación de servicios en el período comprendido entre aquella fecha y el 18 de mayo de 1957, pero en manera alguna que ese hubiera sido el único lapso laborado. De ahí que el sentenciador hubiese obrado con acierto al proceder a examinar la prueba testimonial, por considerarle pertinente y no desvirtuada por los documentos referidos.

De las declaraciones de José María Vásquez, Benito González y Antonio Payán dedujo el Tribunal que el actor había prestado sus servicios desde el año de 1935, con una interrupción de seis meses en 1944, según resulta de la diligencia de reconocimiento de los documentos arriba mencionados, con lo cual obtuvo un tiempo de trabajo superior a los 20 años requeridos para la viabilidad del derecho discutido. Para la Sala resulta incuestionable que las dos primeras fueron mal apreciadas, pues Vásquez se limita a ex-

presar que vio al actor trabajando para la demandada en 1935 y nada le consta en relacióncon el tiempo subsiguiente; y Benito González, si bien sitúa la iniciación de los servicios en esa misma época y afirma haberlo visto varias veces laborando en la Casa Víctor, no indica durante cuánto tiempo lo vio ni da mayor fundamentación a su dicho.

No acontece lo mismo con el testimonio de Payán, quien comienza por aseverar que le consta, por haberlo visto, que trabajó como Bodeguero de confianza durante todos los años comprendidos entre 1935 y 1957, y explica o apoya su afirmación en el hecho de que visitaba al demandante cada ocho días en el sitio de trabajo. Es innegable que el testigo es vacilante e impreciso al responder algunas preguntas y dice no recordar acontecimientos de más reciente ocurrencia, pero tales defectos caen dentro del ámbito de la apreciación íntima o subjetiva de la prueba, en el cual los juzgadores de instancia gozan de autonomía y no le es dado penetrar a la Corte como Tribunal de Casación. En tales circunstancias, el error de hecho que predica el cargo no aparece configurado, al menos con el carácter de evidente u ostensible que se requiere para que el fallo pueda ser quebrantado. El impugnante, con el análisis que hace de las pruebas, apenas logra plantear una situación de hecho dudosa, ante la cual es preciso convenir que el ad quem tenía plena libertad para decidirse por el extremo que estimara mejor demostrado, conforme a reiterado criterio jurisprudencial.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Tercer cargo.- Violación indirecta, por falta de aplicación, del art. 266 del C. S. T., en relación con el 90. de la Ley 171 de 1961 y el 260 del mismo Código, éste último por falta de aplicación, "al no disponer como ha debido hacerlo el descuento pertinente de los valores pagados al actor por concepto de auxilio de cesantía".

Sostiene que el Tribunal al no dar ninguna validez a los recibos o documentos que obran a fls. 8 y 9 del expediente y al reconocimiento que de los mismos hizo el actor, no los tomó en cuenta al proferir su fallo y por esa razón no dio aplicación al art. 266 del C. S. T., modificado por el art. 90. de la Ley 171 de 1961, falta de aplicación que lo llevó a no ordenar las deducciones pertinentes, ni a tomar en consideración la incompatibilidad entre el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación. Incurrió así en error de hecho en la apreciación de esas pruebas, a consecuencia del cual impuso a la demandada la obligación de pagar simultáneamente pensión de jubilación y cesantía.

Se considera:

Advierte la Sala, en primer término, que el fallo acusado no pudo infringir el art. 90. de la Ley 171 de 1961, por falta de aplicación, ya que esa norma, si bien existía en la fecha en que fue proferido, no regía en el momento en que nació el derecho a la pensión y no era aplicable al caso controvertido.

Y, en segundo lugar, que tampoco pudo violar indirectamente los otros preceptos que cita el cargo, pues, según se dejó establecido al estudiar los anteriores, las pruebas singularizadas sí fueron apreciadas, en forma correcta, por el sentenciador, y con base en ellas tuvo como demostrado no solo parte del tiempo de servicio, sino los pagos hechos al trabajador por concepto de cesantía. Así aparece expresado en los siguientes pasajes de la providencia acusada: "Los de fl. 8 y 9 (se refiere a los documentos) fueron reconocidos por su signante, y no podía ser de otra manera, dada la autenticidad de la firma y contenido, la primera por ser la suya; el segundo porque efectivamente le correspondían tales valores dentro de ese período". Y más adelante agrega que ellos "dan fe de servicios y prestaciones realmente pactadas v canceladas".

Por consiguiente, si el Tribunal se abstuvo de aplicar el ordenamiento 266 del C. S. T., no fue a consecuencia de haber incurrido en error de hecho, sino por ignorar su existencia o por haberse rebelado contra él, configurándose de este modo otro tipo de infracción diferente del que se afirma en la censura.

De lo dicho se desprende que el cargo no ha sido bien formulado y, por lo tanto, se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha veintinueve de abril de mil novecientos sesenta y tres.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

En los contratos cuya duración se determina por la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse, la indemnización que el patrono tenga que pagar al trabajador en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato, conforme al art. 64 del C. S. del T., solo es equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación de la obra o labor.

Pero la determinación de ese lapso constituye un presupuesto de la acción indemnizatoria cuya demostración en juicio recae sobre el actor, según la regla jurídica que se relaciona con la carga de la prueba, traducida en el aforismo "onus probandi incumbit actori".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera.— Bogotá, mayo trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 32).

Joaquín Angulo demando en acción ordinaria laboral a la firma denominada "Control e Instrumentación Industrial Limitada". (Termotécnica Coindustrial) para que fuera condenada a pagarle el valor del reajuste de cesantía y primas de servicio, vacaciones, reajuste de salarios insolutos, indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo en su duración pactada o subsidiariamente en la presuntiva del mismo, indemnización moratoria del art. 65 C. S. T., indemnización especial por violaciones graves del contrato laboral y costas del juicio.

Fundó su demanda en los siguientes hechos que se resumen: Joaquín Angulo fue contratado, según convenio escrito, para trabajar al servicio de Termotécnica Coindustrial en las obras de montaje de la Central Termo-Eléctrica Zipaquira II, con el cargo de "ingeniero en acero estructural y turbinas", según reza dicho contrato, devengando un salario de \$ 200.00 diarios; el demandante entró a servir el 30 de abril

de 1963, pero el 21 de septiembre siguiente la compañía le envió una carta en que le informaba que a partir de tal fecha comenzaría a correr el preaviso de cuarenta y cinco días y que a su vencimiento tendría su liquidación de prestaciones debidamente efectuada, alegando para el caso una supuesta cláusula de reserva; vencido el preaviso no se le hizo al demandante Angulo ningún pago ni consignación previa de prestaciones, pero posteriormente se celebró un nuevo contrato de trabajo, esta vez verbal. en virtud del cual Angulo continuaría prestando sus servicios desde el 1o. de diciembre de 1963, no ya como ingeniero sino como encargado del Almacén, con el mismo salario, actividad esta en que el actor laboro hasta el 11 de diciembre siguiente en que fue finalmente despedido. Angulo recibió "a buena cuenta de prestaciones sociales y de salarios insolutos" la suma de \$11.566.60, expresa manifestación de que no hubo acuerdo entre las partes sobre el monto de tales prestaciones, no obstante lo cual la empresa no consignó previamente al despido la suma que quedó a deber a Angulo. Este afirma en su demanda que el contrato inicial estipulaba como duración el término que Coindustrial necesitara para cumplir las obligaciones contractuales a su vez adquiridas con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá para adelantar el montaje de la Central Termo-Eléctrica Zipaquirá II, pero que al romperse unilateralmente el contrato, por decisión de la empresa, faltaban más de diez meses para el vencimiento del plazo estipulado, o sea la duración de la obra y que a la fecha de esta demanda todavía Coindustrial no la ha terminado. Agrega, además, que a la fecha del último despido, 11 de diciembre de 1963, faltaban aún cinco meses y veinte días para la expiración del plazo presuntivo en el

nuevo contrato que comenzo a desempeñar Angulo el 1o. de diciembre de 1963, según carta fechada el 26 de noviembre anterior.

La compañía demandada, al replicar el libelo, admitió como ciertos algunos hechos, desconoció otros y negó los restantes.

En primera instancia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá desató la litis declarando probada, de oficio, la excepción de pago respecto de las peticiones sobre cesantía v prima de servicios v absolvió a la sociedad demandada de los demás cargos del libelo, con imposición de costas al actor, quien apeló del fallo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, corporación que confirmó su numeral 10. (cesantía y primas de servicio), revocó su numeral 20, para en su lugar condenar a la firma demandada a pagar al demandante la suma de \$33.800.00 por concepto de indemnización por lucro cesante, absolvió a la misma de los demás cargos formulados en su contra y revocó, por último, el numeral 30, sobre costas disponiendo que las de primera instancia serían a cargo de la parte demandada en un veinte por ciento.

Contra esta providencia interpuso y formalizó la demandada recurso extraordinario de casación para que se case el fallo del Tribunal y en su lugar se mantenga la resolución del primer grado, formulando al efecto un solo cargo cuya enunciación es la siguiente:

"Violación indirecta de los arts. 45, 61 ord. b) y 64 numeral 10. del C. S. T., en relación con el art. 60 del C. P. T., y los arts. 1687 y 1693 del C. C., a consecuencia de errores de hecho por falta de estimación de unas pruebas y equivocada apreciación de otras".

En demostración del cargo alega el recurrente que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho protuberantes en los autos: a) No dar por probado, estándolo, contra todas las exigencias procesales, que Joaquín Angulo estuvo vinculado en forma ininterrumpida al servicio de "Control e Instrumentación Limitada" en la obra para que fue contratado, o sea en el montaje de la Central Termo-Eléctrica Zipaquirá II y "en las labores que le indique Coindustrial", tal como quedó estipulado en el

contrato de trabajo de fecha 30 de abril de

1963; b) no dar por demostrado, estándolo, que el contrato escrito de trabajo de fecha 30 de abril de 1963 finalizó por la terminación de la obra o labor contratada el día 11 de diciembre del mismo año; y c) dar por probado, sin estarlo, que la novación extinguió el contrato escrito de trabajo de fecha 30 de abril de 1963 celebrado entre Angulo v la demandada por el tiempo que duró la realización de las labores de montaie en la Central Termo-Eléctrica Zipaquirá II y que a partir del 10. de diciembre de 1963 aquel contrato fue sustituído por el verbal de duración indefinida, presupuesto este último que tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador para producir una condena de \$ 33.800.00 por concepto de lucro cesante.

Los errores que el recurrente imputa al Tribunal se originan de la indebida apreciación de algunas pruebas y de la falta de apreciación de otras.

Como pruebas malamente apreciadas indican las siguientes: a) el contrato escrito de trabajo fechado el 30 de abril de 1963 fls. 24 a 26, en sus cláusulas primera y séptima, que en lo pertinente dicen: "Primera. El trabajador se obliga a prestar sus servicios en favor de Coindustrial bajo su continuada subordinación y dependencia, en las labores que le indique Coindustrial, especialmente en las relacionadas con el cargo de ingeniero acero estructural v turbinas". "Séptima. Este contrato tendrá la duración necesaria para que Coindustrial cumpla las obligaciones contractuales que adquirió con la empresa de Energía Eléctrica de Bogotá para adelantar las labores de montaje de Central Termo-Eléctrica Zipaquirá II en Zipaquirá" (los subrayados son del recurrente); b) la comunicación de fecha 26 de noviembre de 1963 (fl. 8) por la cual el señor José Ignacio Uribe, gerente de Coindustrial, le solicita a Joaquín Angulo "que a partir del día 10. de diciembre próximo se traslade al almacén en la planta de Termozipaquirá y en colaboración con el Dr. Enrique Avalos se ponga al día el estado del mismo y se encargue de su manejo desde dicha fecha", y c) la inspección ocular (fls. 66 a 76) en que se estableció que Angulo laboró sin interrupción al servicio de la empresa demandada desde el 30 de abril de 1963 al 11 de diciembre del mismo año y que se le pagaron la totalidad de sus salarios y prestaciones sociales.

Las pruebas faltas de apreciación son las siguientes: a) la confesión del demandante provocada en posiciones (fls. 61 a 65) a través de las respuestas dadas a las preguntas primera, segunda y tercera; y b) la demanda inicial (fls. 27 a 30) en cuanto el apoderado del actor asevera que Angulo fue contratado para la construcción de la Termo-Eléctrica Zipaquirá II, "todo lo cual prueba que el actor se vinculó a la sociedad demandada dentro del supuesto jurídico contemplado en el art. 45 del C. S. T., o sea, "por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada".

La Sala estudia el cargo.

El fallador de primer grado estimó que el demandante Angulo, vinculado a Coindustrial por el contrato escrito del 30 de abril de 1963. había sido contratado por el tiempo que durara la realización de una obra o labor determinada y que la demandada había roto el vínculo con el demandante alegando su terminación, absolviéndola de la indemnización por el lucro cesante en virtud de no haber encontrado en el proceso la demostración fehaciente acerca del tiempo que faltaba para la terminación de la obra. El Tribunal, al conocer del recurso de apelación, apreció las cosas de distinto modo v revocó, con salvamento de voto, el proveído de la primera instancia. A juicio del Tribunal el contrato escrito celebrado entre las partes se extinguió por el fenómeno de la novación que se operó a raíz de la comunicación que el gerente de Coindustrial envió al demandante Angulo, encargándolo a partir del 1o. de diciembre de 1963 del manejo del Almacén de la Termo-Eléctrica. Razona el ad quem de la manera siguiente:

"De autos está debidamente demostrada con la nota de fl. 8 y con la diligencia de inspección ocular, que al demandante no se le permitió continuar prestando sus servicios en la labor determinada que se le había asignado de conformidad con las cláusulas del contrato de trabajo (fls. 24-26). En efecto: A partir del 1o. de diciembre de 1963, la demandada resolvió destinar al demandante para que desempeñara las funciones de Almacenista, como se desprende de la nota de fl. 8, y que a continuación se transcribe: "... Estimado señor Angulo: Atentamente me permito solicitar a usted que a partir del día 10. de diciembre próximo se traslade al almacén en la planta de Termozipaquirá v en colaboración con el Dr. Enrique Avalos se ponga al día el estado del mismo y se encargue de su manejo desde dicha fecha. Atentamente. Termotécnica Coindustrial".

"Pese a lo anterior, en la contestación de la demanda (hecho 80.) se dice que Angulo prestó servicios en el almacén en ejecución del único contrato para el cual fue contratado, hasta el 11 de diciembre de 1963, "fecha en que el contrato terminó por ejecución de la obra en los términos pactados".

"Con todo, del texto mismo de la nota que ya quedó transcrita, y de las cláusulas del contrato de fls. 24-26, sin hacer mayor esfuerzo mental, se concluye que el contrato de trabajo del demandante fue novado, pues no otra cosa significa que estando dedicado a una obra determinada, conforme se había pactado por escrito, se le pasara a desempeñar funciones completamente diferentes, pero que ni siquiera podían tener la más leve similitud con las anteriores.

Esto significa que los servicios del demandante a partir del 10. de diciembre de 1963, en cuanto se refiere a su plazo, ya no estaban sujetos a la duración de una obra o labor determinada, sino que deben considerarse regidos a términos indefinidos y a partir de la última fecha indicada, en defecto de otra prueba que indique lo contrario.

"Y como por otro lado, está probado el despido con las contestaciones dadas por el Gerente de la sociedad demandada que obran a fls. 2 a 7 del informativo, forzoso es concluír que la terminación del contrato del demandante fue ilegal, y que, por lo tanto, deberá condenarse a la demandada a pagarle al actor, la indemnización por lucro cesante que asciende al valor de los salarios de 5 meses y 19 días, o sea un total de treinta y tres mil ochocientos pesos, (\$ 33.800.00)."

Como se colige de la transcripción anterior. para condenar a la entidad demandada al pago de la indemnización del plazo presuntivo, de que trata la acción subsidiaria, el ad quem, en virtud de una estimación ostensiblemente errónea del contrato escrito (cláusulas primera y séptima) y en especial de la carta enviada por el gerente de Coindustrial al demandante Angulo, consideró que se había cumplido el fenómeno jurídico de la novación, de que tan los arts. 1687 y siguientes del C. C., y en consecuencia afirmó que el contrato escrito del 30 de abril de 1963, cuya duración estaba sujeta a la conclusión de una obra o labor determinada, quedó sustituído por otro contrato verbal celebrado a partir del 10. de diciembre siguiente, a término indefinido y regulado por la norma legal del plazo presuntivo.

El Tribunal, que dice llegar "sin hacer mayor esfuerzo mental" a la conclusión de que el contrato escrito que regulaba la relación laboral entre las partes había sido novado por otro contrato de carácter verbal, no se detuvo a pensar, sin embargo, que la figura jurídica de la novación, tal como la define y regula el C. C., está sujeta a lineamientos y requisitos inconfundibles entre los cuales aparece como nota más característica la de que no puede darse novación sino mediante el concurso expreso de voluntad de ambos contratantes, no manifestado de cualquier modo, ni menos en forma tácita, sino declarado explícitamente por ellos o que su intención aparezca como indudable en el sentido de novar, tal como lo exige el art. 1693 del C. C. En otros términos, el animus novandi es requisito esencial para que se configure la novación y tal ánimo, de no estipularse en forma expresa o indudable, no se infiere ni interpreta a través de manifestaciones unilaterales de alguna de las partes, sino que debe deducirse solo del acuerdo o consentimiento que ambas hagan, expresa o indudablemente, acerca de su común intención de renovar la primitiva obligación, la cual queda extinguida en todas sus causas y efectos jurídicos, y es sustituída por otra obligación distinta.

Del examen riguroso de las probanzas que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora para dar por existente la novación de contratos laborales, surge con evidencia una conclusión diferente.

El demandante Angulo fue contratado, en efecto, según la cláusula primera del contrato escrito, para que prestara servicios en todas las labores que le indicara Coindustrial y en especial en las relacionadas con el cargo de ingeniero en acero estructural y turbinas. Es decir, y esta es una conclusión manifiesta y obvia, que sus labores no quedaron reducidas, ni eran únicas y exclusivas, a las de ingeniero, sino que podían ser otras distintas que Coindustrial pudiera indicarle, a su juicio, en cualquier momento. Las labores como ingeniero podían ser especiales o preferentes, si se quiere, pero en ningún caso exclusivas ni excluyentes de otras que quisiera encomendarle la empresa. Este fue el primer error ostensible y protuberante en que incurrió el Tribunal en su tarea de evaluación probatoria.

De otra parte, al trasladar la empresa a Angulo al Almacén de Termozipaquirá, den-

tro del mismo tren de actividades que el patrono venía desarrollando, no hizo cosa distinta de darle aplicación a la citada cláusula primera del contrato laboral, la cual le permitía confiar o encargar al trabajador tareas diferentes de las especiales de ingeniero. Con esta sola manifestación del traslado y su aceptación por el empleado no pudo darse jamás la novación del contrato laboral, ya que el cambio de actividades del trabajador quedaba en las facultades del patrono, sin que se vea ni aprecie por parte alguna la intención de ambas partes de introducir novación de sus correlativas obligaciones, la que debe aparecer expresa o indudable para que sea operante, como hase visto. Esto fue el segundo error manifiesto que cometió el ad quem al valorar la prueba que se viene comentando.

Estos errores de hecho llevaron al sentenciador a desestimar el contrato escrito, el cual tenía como duración predeterminada el tiempo en que concluyera la obra ejecutada por la empresa demandada, y a considerar además que dicho convenio había sido reemplazado por otro verbal de duración indefinida, sometido a la regla general del plazo presuntivo aplicable a esta suerte de contratos en el caso sub judice. Errores estos que llevaron de la mano al Tribunal a la violación indirecta de las normas legales sustanciales que el recurrente precisa en el cargo, en especial los arts. 1687 y 1693 del C. C. sobre novación de las obligaciones contractuales y 64 del C. S. T. sobre indemnización del plazo presuntivo (lucro cesante), aplicados indebidamente a la litis, y de los arts. 45 y'61 ord. b) del C. S. T., por falta de aplicación.

De consiguiente, la Sala deberá casar la sentencia recurrida y pronunciar la correspondiente sentencia de instancia, para la cual valen las consideraciones precedentes como las que pasan a exponerse a continuación.

SENTENCIA DE INSTANCIA

1. El demandante Joaquín Angulo acreditó con el contrato escrito acompañado a su demanda (fls. 24 a 26) que había sido contratado al servicio de la firma "Control e Instrumentación Limitada" (Coindustrial) en todas las labores que le indicara la empresa, en especial las relacionadas con el cargo de ingeniero en acero estructural y turbinas, mediante la remuneración de \$ 200.00 diarios, y que empezó a

trabajar desde el 30 de abril de 1963 en las obras que la firma demandada adelantaba en la Central Termo-Eléctrica de Zipaquirá, teniendo dicho convenio laboral la duración necesaria que tuvieran las labores de montaje de las obras encomendadas a la demandada en razón de los compromisos adquiridos por ella con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá.

- 2. La empresa trasladó a Joaquín Angulo. según consta de la carta suscrita por el gerente el 26 de noviembre de 1963 (fl. 8), al Almacén que tenía en la planta de Termozipaquirá, para que trabajara allí en colaboración con el Dr. Enrique Avalos y pusiera al día el estado del mismo, encargándose de su manejo desde el 10. de diciembre de 1963. La Compañía podía hacer el traslado de su empleado puesto que tenía facultad de indicarle o encomendarle cualquier género de labores distintas de las específicas que el contrato también señala. El trabajador, por lo demás, aceptó el traslado sin reservas y sirvió en sus nuevas funciones hasta el 11 de diciembre de 1963, fecha en que aparece despedido por la empresa y en que se le liquidaron salarios y prestaciones sociales por un total de \$11.566.60, según resulta de las fotocopias del cheque y finiquito respectivos (fls. 21 y 22), sin que el hecho del despido y de la expresada liquidación aparezca controvertido por los litigantes.
- 3. El a quo, cuya conformidad con los hechos anteriores es manifiesta, considera que en cuanto a las prestaciones sociales que impetra la demanda, se halla debidamente comprobado mediante la diligencia de inspección ocular que Angulo recibió por concepto de cesantía la suma de \$3.683.30, que es la correspondiente a un tiempo de servicio de siete meses y once días, a razón de \$6.000.00, sueldo devengado por el actor; que por prima de servicios recibió también la cantidad de \$2.683.30, que se ajusta a la norma reguladora de esta prestación y al tiempo proporcional de servicio; y en tal virtud declara probada de oficio la excepción de pago respecto de estas prestaciones, declaración ceñida a la ley y a la realidad procesal. En cuanto a vacaciones, declara el a quo que el actor no tiene derecho a ellas, por la insuficiencia del tiempo laborado en relación a la regulación legal vigente a la época del contrato laboral, conclusión ésta que no merece observación alguna.
- 4. De la indemnización por lucro cesante que suplica el libelo, se expresa así el fallo de pri-

mera instancia: "De conformidad con la cláusula séptima del contrato de trabajo, éste se acordó por el término de duración de la obra. En cuanto hace a la indemnización reclamada, es evidente que el contrato de trabajo lo declaró terminado en forma unilateral la parte demandada. No obstante, el actor no demostró satisfactoriamente el tiempo que en verdad medió entre la fecha de terminación del contrato v la fecha de terminación de la obra, requisito necesario para objetivar la cuantía de la indemnización solicitada, y como la carga de la prueba corresponde al demandante, habrá de absolverse de esta petición, como se dirá en la parte resolutiva de esta sentencia.

"No está por demás advertir que las documentales que obran a fls. 54 y 78 del informativo, no constituyen plena prueba, y porque además éstas se refieren a datos aproximados, lo cual pugna con el requisito esencial a que se ha hecho referencia. Pues en estos casos es necesario establecer exactamente el tiempo corrido entre la terminación del contrato y la terminación de la obra".

La Sala observa que, como lo aprecia el a quo, en los contratos cuya duración se determina por la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse, la indemnización que el patrono tenga que pagar al trabajador en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato, conforme al art. 64 C. S. T., solo es equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación de la obra o labor, pero la determinación de ese lapso constituye un presupuesto de la acción indemnizatoria cuya demostración en juicio recae sobre el actor según la regla jurídica que se relaciona con la carga de la prueba, traducida en el aforismo "onus probandi incumbit actori".

La empresa demandada sostuvo desde el primer momento que Joaquín Angulo fue despedido el 11 de diciembre de 1963, "fecha en la que el contrato terminó por ejecución de la obra en los términos pactados", afirmación que no parece ser ajustada a la realidad, puesto que Coindustrial siguió operando después de tal día en el montaje de la Central Termo-Eléctrica de Zipaquirá.

Mas las probanzas aducidas por la parte actora con el fin de establecer el término de duración de la obra, consistentes en las comunicaciones enviadas al Juzgado por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de fls. 54 y 78 respectivamente, no son valederas para el propósito que con ellas se persigue. Además de que tales notas contienen solo datos aproximados e inciertos, insuficientes en sí mismos para determinar el verdadero tiempo de duración de la obra, son documentos provenientes de terceros, carentes de ratificación legal, que en ningún caso encajan dentro de la enunciación taxativa del art. 632 del C. J. para que puedan ser admitidos con fuerza de documentos auténticos.

Las razones del a quo para denegar la indemnización por lucro cesante se mantienen en pie. Como también las que da para no decretar el pago de salarios insolutos de cuatro días, pues la verdad es que el demandante recibió siempre un sueldo mensual de \$6.000.00 pagadero por quincenas, lo que demuestra que esa forma de remuneración del servicio fue la consentida por ambas partes y vino a regir la ejecución y desarrollo del convenio laboral. Por último, la negativa del a quo a la indemnización especial por violaciones graves del contrato tiene su fundamento en la ab-

soluta carencia de pruebas que soporten los hechos en que se apoya tal pedimento.

RESOLUCION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 4 de mayo de 1966 y en su lugar CONFIRMA la dictada por el juzgado Segundo Laboral Municipal de Bogotá el 25 de enero anterior.

Costas de la segunda instancia a cargo del demandante. Sin costas en el recurso de casación.

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

Edmundo Harker Puyana, Jorge Gaviria Salazar, Ricardo Silva, Conjuez..

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION

La jurisprudencia de la Corte ha precisado que el art. 310 del C. S. T. instituyó, en materia de cesantía y respecto de los trabajadores de la construcción, un régimen especial por cuya virtud tal derecho se causa "siempre que se haya servido siquiera un mes.

Corte Suprema de Justicia: — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 23).

El 15 de marzo de 1968, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá absolvió, en fallo confirmatorio del de primer grado, a la Compañía Atlas Construcciones Limitada de los cargos que le formuló José R. Gutiérrez Rojas para que le pagara, solidariamente con el señor M. L. Cooper Jr., lucro cesante, cesantía e indemnización moratoria, causados por el contrato de trabajo que los vinculó desde el 11 de febrero de 1964 hasta el 9 de marzo del mismo año, con salario de \$50.00 diarios, para la prestación de servicios en la soldadura de la chimenea de la segunda unidad de la Termoeléctrica de Zipaquirá, contrato que fue terminado unilateralmente por el patrono antes de que se concluyera la obra, sin que fuese cierto el motivo que se invocó y sin cancelación de aquellos derechos laborales.

El apoderado del actor interpuso el recurso extraordinario contra la sentencia anterior y habiéndosele recibido en legal forma se debe resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda que en cinco cargos persigue la casación para que en el pronunciamiento de instancia subsiguiente se acojan las pretensiones iniciales de la litis. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo

Acusa aplicación indebida del art. 309 del C. S. T., a consecuencia de error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las escrituras de la

constitución de la sociedad demandada, visible al fl. 26 del expediente, pieza de la cual dedujo que se trataba, según su objeto social, de una empresa de construcción, cuando lo que aparece de dicho documento es que ella tiene como tal objeto el de prestar servicios técnicos a empresas industriales o de servicio público; lo que no es actividad de construcción, y, además, construir edificios, que sí es actividad de esa clase, y hacer plantas, fábricas, etc., que pueden no serla y operar con equipos y maquinarias y en su mantenimiento, lo que tampoco son actividades de la clase especificada. Para el recurrente, en este punto, hay error manifiesto al calificar de actividades de construcción todas las comprendidas en el objeto social de la demandada y a consecuencia de ello estimarla, como lo hizo el fallador, como empresa de construcción y al demandante Gutiérrez como trabajador de la construcción, aplicando indebidamente el texto 309 indicado.

Agrega que hubo asimismo apreciación errónea del contrato de trabajo, conforme al documento del fl. 25, pues ninguna de sus cláusulas habla de construcción de edificio o casa, sino de realizar el 80% del trabajo de soldadura de una chimenea, el cual, obviamente, no es construcción de casa o edificio; que tampoco se puede inferir que la "chimenea está adscrita a un edificio o una casa", pues el contrato no menciona construcción de casa o edificio, sino a la termoeléctrica de Zipaquirá, que no puede equipararse a ninguno de aquellos dos; que "la chimenea bien puede ser algo aislado" y que al entender que su soldadura es obra de construcción de edificio o casa se incurrió en error evidente de hecho.

Concluye que Gutiérrez no fue trabajador de la construcción y así debe declarársele al prosperar el cargo.

Se considera:

La proposición jurídica que contiene este car-

go es incompleta, pues se contrae el art. 309 C. S. T. que solo define, para los efectos del Capítulo VII del Título IX de la primera parte del dicho estatuto, las obras o actividades de construcción y el valor de las mismas, dejando por fuera los textos legales que consagran los derechos pretendidos en la litis y en el recurso y negados por el fallador en razón de su apreciación probatoria.

Mas en lo que se relaciona con ésta, que atendió a los dos aspectos contemplados por el recurrente, es claro, respecto de la sociedad demandada, pues así lo expresa el documento de fl. 26, que ella tiene, entre su objeto social, la construcción de toda clase de edificios, como no lo niega la acusación, y con ello ya no es evidente el primer error que se afirma, aunque otras actividades de las que constituyen aquel objeto social no sean del carácter discutido. Pues este se dedujo, como debía hacerse, de los dos extremos considerados y el primero aparece cumplido, en correcta apreciación de la prueba correspondiente.

En cuanto al contrato de trabajo de fl. 25, que vinculó a los litigantes, también aparece que lo fue para la realización de una obra, pues así lo expresa su cláusula primera, tal como lo apreció el sentenciador. Que el documento contractual no habla de construcción de una casa o edificio o que la chimenea para cuya soldadura se contrató al demandante pueda concebírsela aisladamente de todo edificio o casa o que la Termoeléctrica de Zipaquirá no sea ninguna de estas dos cosas, como lo alega el acusador, no priva al trabajo contratado de la condición con que se le calificó porque materialmente su objeto específico aparece vinculado a la construcción de la tal chimenea y esta en el caso de autos. no puede negarse como inherente a la construcción de una edificación, según la comprensión del art. 309, que se refiere a cualquier clase de casa o edificio, y tampoco por este aspecto cabe admitir la comisión de un error de hecho. Muchísimo menos de un error evidente, como se exige para la prosperidad de un cargo de esta naturaleza, que en manera alguna puede configurarse sobre las solas bases de la alegación del acusador, conteniendo, como contiene, apreciación del Tribunal soportes muy sólidos en las pruebas consideradas.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Acusa aplicación indebida del art. 249 C. S. T. a consecuencia del error de hecho de que trata el ataque anterior, cuyas razones se dan por reproducidas.

Se considera

La acusación versa sobre el auxilio de cesantía que consagra el texto que destaca como violado, a consecuencia de haber calificado el Tribunal, a Gutiérrez, como trabajador de la construcción, pues de no haberlo hecho así, en correcta apreciación de las pruebas consideradas en el cargo primero, habría tenido que condenar a los demandados a la prestación mencionada.

Pero fue decidido que el fallador no incurrió en el error que se le imputa; que, por el contrario, fueron correctas su apreciación de las probanzas estudiadas en el ataque anterior y la conclusión de que Gutiérrez fue un trabajador de la construcción. Carece, por lo tanto, de fundamento el cargo segundo que ahora se formula. Cabe apuntar, además, que la absolución por el extremo de cesantía obedeció no solo a la tal calificación, que se ha mantenido, sino al régimen especial que se concretó en el art. 310 C. S. T., que el acusador no incluye en la proposición jurídica que debió someter a estudio de la Corte.

El ataque no es completo ni aparece fundado. Se le rechaza, en consecuencia.

Tercer cargo

Se le formula así:

"Acuso la sentencia de violar los arts. 249 y 310 del C. S. T., por errónea interpretación.

"El fallador, al declarar que el actor es trabajador de la construcción, niega la petición de condena al pago de cesantía, porque si eso es así, el trabajador carece de derecho a la cesantía y el patrono deja de tener obligación de pagarla, porque trabajó 28 días, menos de un mes. Según el sentenciador, los trabajadores en actividades de la construcción solo tienen derecho a cesantía cuando laboran más de un mes.

"El art. 249 del C. S. del T., no excluye a ningún patrono del pago de cesantía a sus trabajadores. "Todo patrono", es como dice, sin hacer excepciones. Los patronos que operan en actividades de construcción no están excluídos. Se interpreta erróneamente el art. 249 del C. S. del T. cuando se excluye de los obligados por esa disposición, a los patronos de la construcción.

"El art. 310 del C. S. del T. tampoco exime al patrono de pagar auxilio de cesantía cuando el trabajador labora menos de un mes. Esa disposición fue el fruto de la lucha de los trabajadores de la construcción, que mejoraron su situación ante la cesantía, porque en vez de un mes por año o proporcionalmente, o sea, 2 y medio días por mes, obtuvieron un auxilio de cesantía equivalente a tres (3) días por mes. Esa disposición no fue para empeorar las condiciones de los tra-

bajadores de la construcción, sino para mejorarlas. El art. 310 quiere decir que si un trabajador labora más de un mes, o un mes, el auxilio de cesantía debe liquidársele a razón de tres (3) días por mes. Pero no ordena que si no trabaja un mes, pierde derecho al auxilio de cesantía. Si no alcanza a trabajar un mes, el auxilio de cesantía se le paga comúnmente. Si labora un mes, se le mejora la cesantía. Si solo trabaja un mes, la cesantía que se le paga es aquella a que tienen derecho todos los trabajadores".

Se considera:

La jurisprudencia de la Corte ha precisado que el art. 310 C. S. T., instituyó, en materia de cesantía y respecto de los trabajadores de la construcción, un régimen especial por cuva virtud tal derecho se causa "siempre que se haya servido siquiera un mes", como inequivocadamente lo expresó el legislador. Tal exigencia respondió a las modalidades singulares del trabajo en la actividad de la construcción y armonizó la mayor cuantía del derecho dispensado con el requisito antedicho y el del valor de la construcción integrando un régimen exceptivo que no tiene carácter adicional al común del art. 249 C. S. T. sino que se aplica exclusivamente a los sujetos de su ámbito propio, que no pueden pretenderlo, por lo tanto, cuando no satisfacen las exigencias del especial. Así, en sentencia de 24 de febrero de 1968 esta Sección expuso:

"El régimen jurídico de los trabajadores de la construcción se halla sujeto a reglas especiales comprendidas en los arts. 309 a 313 del C. S. T., cuyo contenido y alcance es indispensable examinar en el presente caso, por ser la materia de la controversia y del recurso de casación. El art. 309 del C. S. T., define legalmente lo que debe entenderse por "obras o actividades de construcción", para sacar en consecuencia que son trabajadores de la construcción todos aquellos que incorporan su actividad laboral en aquel género de obras. Dada la finalidad económica y social que, de modo general, persiguen las personas o empresas que dedican su capital y esfuerzo a impulsar y desarrollar las obras de construcción y la relativa inestabilidad en el empleo a que están sujetos sus trabajadores, el legislador ha querido regular sus derechos y prestaciones sociales mediante un régimen jurídico especial o exceptivo. Tales prestaciones sociales sometidas a regulación especial no son otras que las contempladas en el capítulo VII, o sea el auxilio de cesantía y las vacaciones (art. 310), la asistencia médica completa (art. 311) y la suspensión del trabajo por lluvia (art. 313), las cuales se miden, en cuanto tengan significación

económica, por la obra en construcción o sea por "el valor de su presupuesto o de su costo total estimado pericialmente".

Además, el capítulo VII del Título IX del C. S. T., del que forma parte el art. 310, constituye el régimen de prestaciones patronales especiales para los trabajadores de la construcción y como los de dicho Título, adiciona el de prestaciones comunes en cuanto contiene prestaciones que no obligan a todos los patronos, sino a los de las circunstancias de la reglamentación particular, según el texto 259 ibídem; pero no en el sentido de que al lado de la cesantía común se deba la especial, ni que aquella obligue cuando no se causa la otra. Porque el carácter exceptivo de tal régimen no significa, en su establecimiento por el legislador, esa adición al común ni subsistencia de éste por defecto del especial.

Se atuvo, pues, el fallador al correcto entendimiento de la norma indicada y el cargo, que predica uno distinto, carece de fundamento.

No prospera; por lo expuesto.

Cuarto cargo

Acusa aplicación indebida del art. 65 C.S.T., al no haber condenado a la indemnización moratoria, debido a la absolución por cesantía, que infringió los textos mencionados en las acusaciones anteriores:

Se considera:

Este ataque reposa en la prosperidad de los ya resueltos y concretamente en que debiéndose cesantía se ha debido condenar también a la
indemnización moratoria. Mas no habiendo
quebrantado el acusador la solución judicial antecedente y juzgando la Sala, por el contrario,
que el sub lite fue resuelto conforme a derecho,
tanto en su apreciación fáctica como en su régimen legal, no procedía condena conforme al
texto 65 C. S. T., como lo procura el acusador,
porque su aplicación en tal sentido requiere,
además de las circunstancias que ha precisado
la jurisprudencia, que haya prestaciones laborales a cargo del patrono, y en este caso no se causó la cesantía pretendida.

No prospera, en consecuencia.

Quinto cargo

Acusa interpretación errónea de los arts. 64 y 80 C. S. T., porque el Tribunal no condenó al lucro cesante, por encontrarse el trabajador en período de prueba y el precepto últimamente indicado a lo que autoriza es a dar por terminado el tal período mas no el contrato mismo, que si se termina sin justa causa ocasiona la indemnización por despido.

Se considera

No comparte la Sala la exégesis del acusador,

porque si bien la norma legal se refiere literalmente al período de prueba, su regulación lo que claramente instituye es quien durante el mismo cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato, sin previo aviso, como lo entendió el ad quem, ya que esa es la consecuencia que lógicamente corresponde a la finalidad de la figura laboral en que consiste el período de prueba. En este sentido son constantes la jurisprudencia de la Corporación y de los jueces del país y la práctica laboral.

No es fundada la acusación.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas, porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, con salvamento de voto, Ramiro Araújo Grau, Conjuez, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONJUEZ DOCTOR RAMIRO ARAUJO GRAU

Bogotá, D. E. mayo 14 de 1969 Discrepando de mis distinguidos colegas de Sala, considero que el art. 310 del C. S. del T., contiene, en materia de auxilio de cesantía de los trabajadores de la construcción, un régimen exceptivo de carácter adicional, en el sentido de que cuando dichos trabajadores no han cumplido un mes de labores pueden recibir la suma que les correspondería de conformidad con el art. 249 ibídem. Llego a esta conclusión teniendo en cuenta que el art. 249 impone a "todo patrono" la obligación de pagar el auxilio de cesantía a razón de "un mes de salario, y proporcionalmente por fracciones de año "; que el pago de auxilio de cesantía es una de las conquistas más justas y sólidas del Derecho Laboral, por lo que, para eximir a determinados patronos de la obligación de pagarlo, se requirirían razones muy poderosas, que no alcanzo a ver en el caso de autos; que de tener en cuenta el puro tenor literal del art. 310 también habría igualmente que ser fieles al sentido literal del art. 259, que impone a los patronos indicados en el título IX el pago de prestaciones adicionales a las comunes ("...además de las prestaciones comunes..."): que, dada la índole del Derecho Laboral, la interpretación que aquí consigno es la más adecuada a mi entender.

Como consecuencia de lo anterior estimo que el Tribunal interpretó erróneamente los textos acusados en el tercer cargo de la demanda de casación, y que, por tanto dicho cargo debería prosperar, lo que conduciría a la casación de la sentencia.

Me he referido a la sentencia proferida por la Sala en el juicio de José E. Gutiérrez Rojas contra la "Compañía Atlas Construcciones Ltda".

Ramiro Araújo Grau.

CASACION (Técnica)

Error de derecho.- El error de derecho que dentro de la causal primera de casación laboral contempla el art. 60 del Decr. Ley 528 de 1964, sólo ocurre "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

Corte Suprema de Justicia. -o Sala de Casación Laboral. -Sección Segunda. - Bogotá, mayo dieciséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño). (Acta No. 26).

Alfonso Latorre Cáceres demandó a la entidad Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca para que fuese condenada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, con pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la del reintegro; a pagar el reajuste del diez por ciento (10%) del salario a partir del primero (10.) de enero de mil novecientos sesenta y cinco (1965), el reajuste del auxilio de cesantía, la indemnización moratoria y las costas del juicio. En subsidio del punto primero, al pago de la indemnización prevista en el art. 60. de la convención colectiva de trabajo vigente en la Beneficencia.

Como síntesis de los hechos en que el actor fundamentó sus pretensiones se tiene: 1) Latorre Cáceres sirvió a la Beneficencia de Cundinamarca del 10. de enero de 1939 el 14 de marzo de 1965; 2) La Beneficencia rompió unilateralmente el contrato de trabajo de manera injustificada; 3) El último salario devengado por Latorre Cáceres fue de dos mil doscientos cinco pesos con seis centavos (\$ 2.205.06) m/cte.; 4) La convención colectiva de trabajo vigente en el momento de la decisión de la Beneficen-

cia permite en su art. 30. el traslado de los trabajadores de la entidad sin desmejorar sus condiciones de jornada y salario pero teniendo en cuenta la clase de trabajo para el que han sido contratados, y el despido fue hecho porque el trabajador manifestó su no aceptación a una actividad que no era la que venía desempeñando y para la cual no se consideraba capacitado; 5) La Beneficencia no ha pagado el aumento de salarios determinado por el último laudo arbitral, ni el reajuste del auxilio de cesantía teniendo en cuenta el tiempo empleado en la entrega del cargo, cuya retribución fue reconocida y pagada, ni las indemnizaciones derivadas del rompimiento del contrato.

La Beneficencia, al contestar la demanda. aceptó unos hechos y negó otros.

El Juez de primer grado, que lo fue el Octavo Laboral Municipal de Bogotá, en fallo de diez y siete de agosto de mil novecientos sesenta y siete, declaró la existencia del contrato de trabajo entre el actor y la Beneficencia de Cundinamarca del 1o. de enero de 1939 al 7 de marzo de 1965 y su rompimiento unilateral e ilegal por parte de esta última, a la que condenó a reintegrar al actor, con pago de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y la del reintegro o, en defecto de lo anterior, al pago de la indemnización prevista en el art. 60. de la convención colectiva de trabajo de 1959. Además, condenó a la Beneficencia al pago del reajuste del auxilio de cesantía, del reajuste de salarios e indemnización moratoria, ésta última a razón de ochenta pesos con ochenta y cinco centavos (\$80,85) diarios desde el 8 de marzo de 1965 hasta la fecha de pago del aumento de salarios y del reajuste de prestaciones decretados.

En virtud de apelación de las dos partes, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, decidió el juicio con sentencia de segunda instancia, fechada el treinta y uno de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, en la que revocó la condena del a quo al reintegro con pago de salarios dejados de devengar, así como la condena supletoria de indemnización convencional y la base para su reconocimiento, e igualmente la condena por reajuste de salarios; modificó la condena por reajuste de auxilio de cesantía y por indemnización moratoria y confirmó la pabsolución por costas.

Las dos partes litigantes recurrieron en casación contra el fallo del ad quem y formularon las demandas de sustentación. La del demandante recurrente fue calificada como ajustada a los requisitos legales de forma y fue replicada por el apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca. En cuanto a la demanda presentada por éste último, la Sala consideró que no se ajustaba a las prescripciones del art. 63 del Decr. 528 de 1964, en armonía con el art. 90 del C. de P. L. y con el art. 23 de la Ley 16 de 1968 y, en consecuencia, declaró desierto el recurso por auto de veintiuno de marzo de mil novecientos sesenta y nueve.

De acuerdo con lo anterior, la Sala entra a estudiar y resolver el recurso de la parte demandante recurrente, teniendo en cuenta la demanda y el correspondiente escrito de oposición.

Propone el casacionista la quiebra total de la sentencia del ad quem para que la Corte, como tribunal de instancia, confirme el fallo del a quo en lo favorable al demandante en juicio, y, con fundamento en la causal primera, plantea dos cargos, cuya síntesis es la siguiente:

Primer Cargo

La sentencia del Tribunal violó los arts. 21, 461 y 467 del C. S. del T. y, en armonía con estas normas, el artículo primero del laudo arbitral de 19 de mayo de 1965 y el art. 60. de la convención colectiva de trabajo de 22 de septiembre de 1959, como consecuencia del error de derecho consistente en la no apreciación de las pruebas constituídas por la certificación del Presidente y el Secretario del Sindicato (fls. 88 del C. P.) sobre la calidad de afiliado al mismo del actor Alfonso Latorre Cáceres y por el testimonio de Ricardo Vargas (fls. 112 y ss.) sobre el mismo punto. Expresa el recurrente que el ad quem dejó de apreciar estas pruebas "por no ser de las mencionadas en el art. 632 del C. J.".

Segundo Cargo

La sentencia violó, por infracción directa, el art. 17 de la Ley 6a. de 1945, el art. 1o. del Decr.

1600 del mismo año y el art. 1o. del Decr. 2567 de 1946, así como el art. 10, del Laudo Arbitral de 1965 (mayo 19), que ordena un aumento de salarios del 10% para los trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca a partir del 1o. de enero de 1965. Observa, además, al iniciar la acusación, que hubo infracción de la lev sustantiva "por cuanto el H. Tribunal, en el fallo materia de recurso, no dio aplicación al art. 60, de la convención colectiva de trabajo celebrado en tre la Beneficencia de Cundinamarca y el Sindicato (fls. 31 y ss.) que establece dos sistemas a) reintegro y pago de salarios desde el despido hasta que éste se produzca, (sic) y opcionalmente al pago de la escala de indemnizaciones teniendo en cuenta el tiempo de servicio". Pero no cita normas sustanciales de carácter legal como quebrantadas, distintas de las que más adelante señala como creadoras del auxilio de cesantía para los servidores públicos. va vistas al principio.

Concluye el casacionista que "existe violación directa de la ley sustantiva, en la forma ya indicada, por cuanto ha debido aplicarse sin tener en cuenta si mi poderdante era o no miembro del Sindicato, o entrar a estudiar si se demostró con el sistema procesal vigente que era o no miembro del Sindicato", por cuanto el Laudo Arbitral como la Convención Colectiva que se estiman violados, rigen para todos los trabajadores de la Beneficencia.

El opositor tacha el primer cargo de falta de técnica por cuanto se funda en presunto error de derecho sin que se trate de prueba solmne, y el segundo por no citar las normas legales sustanciales que considera violadas.

Se estudian los cargos:

El Primero

Basa el ataque en un presunto error de derecho, consistente en no haber sido apreciados por el fallador los elementos de prueba constituídos por una certificación del Presidente y el Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca sobre la calidad de afiliado del actor Latorre Cáceres a dicha organización y por el testimonio de Ricardo Vargas sobre el mismo punto. Por otro lado, señala como normas sustanciales violadas un artículo de una convención colectiva de trabajo y uno de un laudo arbitral.

En este planteamiento del ataque se encuentran dos fallas protuberantes que imponen su

ineficacia. Es la primera la consistente en señalar como error de derecho la falta de apreciación por el fallador de dos pruebas que no tienen el carácter de solemnes, como lo son la certificación y el testimonio citados para el establecimiento de la condición de afiliado sindical del actor. El error de derecho que dentro de la causal primera de casación laboral contempla el art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, sólo ocurre "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, v también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo". En la oportunidad contemplada no se trata del aspecto positivo previsto en la primera parte de la norma, pues el Tribunal no ha dado por probado ningún hecho con prueba no solemne cuando la lev la exigía para la validez del acto, y el aspecto negativo que el casacionista propone no conduce al error de derecho porque ni el testimonio ni la certificación sindical constituyen pruebas solemnes.

Es la segunda falla, la consistente en señalar como normas sustanciales violadas los artículos de un laudo arbitral y de una convención colectiva de trabajo, que carecen de la categoría de disposiciones legales. La causal primera de casación se refiere expresamente a la violación de la ley sustancial y no a la de otras normas. Estas podrían constituír violación medio. Pero en tratándose de laudos arbitrales o convenciones colectivas, cuva prueba idónea debè constar en el juicio cuando de derechos establecidos por unos u otras se trata, el camino regular dentro de la casación es el de la prueba de su existencia si ócurre que el Sentenciador no aplicó sus regulaciones, o las aplicó incorrectamente.

El cargo, pues, está mal presentado y por ello no prospera.

El Segundo

Se refiere a dos materias distintas: la primera se relaciona con una acción de reintegro y de indemnización sustitutiva, con origen en una estipulación convencional, y la segunda con el reajuste de auxilio de cesantía con base en un aumento de salario dispuesto por laudo arbitral.

En cuanto a la primera, ocurre que el casacionista se concreta a señalar como quebrantada, por infracción directa, la norma convencional y disposiciones legales sustanciales que no señala en concreto. Por consiguiente, y conforme a lo visto al estudiar el cargo primero, en este aspecto el ataque carece del punto básico de la indicación de las normas legales sustanciales que se consideran violadas.

En lo tocante con la segunda materia, aparte de que se indica como norma sustancial violada el artículo del laudo arbitral que consagró un aumento de salarios para los trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca, lo que es incorrecto, se fundamenta la censura en una cuestión de hecho, siendo que la acusación se plantea por infracción directa de la ley sustancial. En efecto, lo dicho en la sustentación del ataque sobre la no discriminación por el laudo arbitral entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados para efectos del aumento de salario, es cuestión de hecho que debe probarse precisamente con el laudo mismo como elemento de prueba y que excluye, por consiguiente, la posibilidad de quebrantamiento de la ley por vía directa, como la que escogió el acusador.

Las deficiencias técnicas anotadas determinan, también, la ineficacia de este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte demandante recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EJECUCION Y EFECTO DEL CONTRATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo dieciséis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 25).

en caso de oposición.

Marcelino Ceballos H., por medio de apoderado demandó a la Sociedad "Nishela Limitada", con domicilio en la ciudad de Cali, y cuyo representante es el señor Cristóbal Sherman N., a fin de obtener el pago de \$44.589.97, resto de un mayor valor que la citada sociedad le adeuda por los trabajos que verificó en la parcelación "La Estancia" conforme a un contrato verbal con ella celebrado; los intereses corrientes de esa suma desde que se hicieron exigibles hasta que el pago se verifique y las costas

Como hechos, anota los siguientes:

Verbalmente se comprometió con los representantes de la Sociedad "Nishela Limitada" a movilizar tierras, abrir calles, construir alcantarillas y otras obras indispensables, en la llamada parcelación o urbanización "La Estancia", ubicada en el barrio "América", en jurisdicción del Municipio de Yumbo del Departamento del Valle del Cauca". El contrato se celebró por el tiempo que durara la realización de las diferentes obras indispensables para dicha urbanización y el precio convenido fue de \$ 4.50 "por movilización de metro cúbico de tierra, incluyendo en este precio la apertura de calles y demás obras indispensables, conforme planos o planchas dibujadas y que el contratista Ceballos debía desarrollar a medida que fuera haciendo los trabajos". De acuerdo con la opinión de dos expertos, el ingeniero J. E. Cardona V. v el agrimensor Eladio Valencia, el total de metros cúbicos trabajados, ascendió a \$ 15.392.63. Por cuenta de la Sociedad "ordenó hacer una rocería en el terreno, que valió la suma de trescientos pesos (\$300.00), construyó un cabezote de ce-

mento del punto de donde arranca la tubería.

(\$ 150.00); construyó igualmente un muro de piedra de contención para una de las calles, que valió la suma de ciento cincuenta pesos (\$150.00); construyó veinte metros de descole a continuación de la tubería de la alcantarilla, a razón de siete pesos (\$ 7.00) cada metro, o sean ciento cuarenta pesos (\$ 140.00), y, por último construyó ochenta metros de alcantarillado a razón de veinticuatro pesos (\$ 24.00) cada metro o sean un mil novecientos veinte pesos (\$ 1.920.00)". El precio total del contrato ascendió a \$ 71.926.97. La empresa durante su ejecución abonó \$ 27.337.00. Debe \$ 44.589.97.

que valió la suma de ciento cincuenta pesos

En la contestación, el apoderado de la Sociedad admite lo relativo a la celebración del contrato verbal de que habla el demandante, pero aclarando que las obligaciones de éste fueron "la apertura de calles, lo cual lleva consigo el bombeo respectivo de las vías y sus cunetas para aguas-lluvia; igualmente el contratista Ceballos se comprometió con mi poderdante a dinamitar la totalidad de las piedras existentes en la parcelación "La Estancia" y no botarlas en los lotes, lo mismo que efectuar los rellenos que fueren necesarios; las calles debían tener un ancho de 5 metros de calzada en toda su longitud".

Los trabajos especificados en el párrafo anterior —continúa el mismo apoderado— "no han sido ejecutados en su totalidad por el señor Ceballos, como podrá constatarse en la inspección ocular, pues a pesar de haber recibido diferentes sumas de dinero para comprar dinamita para volar las piedras, éstas se encuentran en dicha parcelación, lo mismo que las calles no están abiertas en su totalidad, ni se han efectuado los rellenos correspondientes; ni el ancho de las calles corresponden a lo pactado".

Es cierto el precio de \$4.50 por metro cúbico de movimiento de tierra, "pero de corte, pues los rellenos no se cobraban y quedando incluído en este precio la voladura de piedras, la apertura de calles y demás obras indispensables conforme a los planos, tal como consta en la propia demanda que contesta...".

Acepta las obras que el actor dice haber ejecutado, por cuenta de la sociedad, en el hecho quinto de su demanda; niega los demás hechos en ella consignados y afirma que cuando Ceballos entregue la obra ejecutada en su totalidad, ésta tendrá el siguiente valor".

"4.882.50 metros cúbicos a \$4.50	\$ 21.971.25
"Valor del alcantarillado.	1.920.00
"Valor de rocería	300.00
"Valor de cabezote de cemento	150.00
"Valor del muro	150.00
"Valor de 20 metros de descole	140.00
	\$ 24.631.25

Que la Empresa, a fin de que Ceballos no le causara mayores perjuicios con la demora en la entrega de la obra, y en la esperanza de que la terminara, le abonó suma mayor a su valor real, pues él mismo admite que recibió \$ 27.337.00, lo que indica que la sociedad le ha dado \$ 2.715.75 más. Termina proponiendo las excepciones de carencia de acción y carencia de derecho en el actor para demandar a la sociedad.

El Juzgado Primero del Trabajo de Cali, que fue el del conocimiento, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la sociedad demandada al pago de \$ 9.530,87 y a las costas.

Apeló el apoderado de la parte vencida y el Tribunal Superior de Cali, en providencia del 6 de octubre de 1961, confirmó la de primera instancia, y dedujo costas a cargo de la empresa.

El mismo apoderado interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido, y admitido y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo.

Alcance de la impugnación.

Persigue que la Sala invalide el fallo acusado y que, como Tribunal de instancia, absuelva a la sociedad en relación con los cargos formulados y condene en costas al actor.

Invoca la causal primera del C. P. L y formula un solo cargo, así:

"Al condenar a la sociedad "Nishela Limitada" a pagar a Marcelino Ceballos la suma de \$ 9.540.87, además de costas del juicio, el Tribunal Superior de Cali violó con el fallo impugnado los arts. 55, 57, regla 4a., y 58 regla 1a. del C. S. T., en concordancia con los arts. 1.602, 1.603 y 1.609 del C. C.".

Consigna el texto de las normas citadas y comenta que ellas fueron violadas por vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de unas pruebas y en la desestimación de otras.

Señala como pruebas erróneamente apreciadas el acta de la Oficina de Trabajo, que obra a fls. 3 y 4 y el dictamen pericial visible a fls. 93 y 94. El primer documento, porque el fallador le da un alcance probatorio que no tiene. En él no figura Marcelino Ceballos como signatario, ni como reclamante y, por tanto, las afirmaciones de quienes intervinieron en la audiencia a que el acta se refiere, no pueden ni favorecerlo ni comprometerlo, por cuanto ninguna de esas personas tenía su representación.

Sostener, como erróneamente lo hicieron los falladores de instancia, que ese documento tiene el mérito probatorio de una confesión judicial, sería tanto como dar por cierto la totalidad de lo que allí se hizo constar ya que se trataría entonces de una prueba indivisible y siendo así, ella conduciría a la demostración de que Ceballos no había ejecutado, en esa fecha, los trabajos que le fueron encomendados por la empresa en la urbanización "La Estancia".

Agrega el casacionista que tal documento "por no provenir de las partes y por haber sido suscrito por un funcionario público, ha debido ser presentado al juicio en copia debidamente autenticada, en la forma prescrita por el art. 632 del C. J., con la firma del secretario del respectivo despacho, pero tal como fue presentado es jurídica y procesalmente inexistente. "Y que así se demuestra el evidente error de hecho en que incurrió el ad quem, al conferirle a ese documento el valor de una confesión judicial y basar en ella su pronunciamiento condenatorio.

El dictamen pericial fue erróneamente apreciado -continúa la acusación- al decidir, con base en él, que el valor de los trabajos realizados por Marcelino Ceballos ascendía a la suma de \$ 36.867.87, lo que indica que al fijar el alcance de ese concepto pericial el fallador no tuvo en cuenta que el acta de la Oficina del Trabajo no demuestra que Ceballos hubiese ejecutado la obra que relaciona como hecho fundamental de la demanda. El mismo perito, en su informe. da cuenta de que el 19 de mayo de 1960, las obras estaban inconclusas, circunstancia que no hacía posible tomar como base de su estimación pericial el precio de \$4,50 por metro de urbanización, valor que sólo se causaba a favor de Ceballos cuando éste entregara a satisfacción de la sociedad cada metro de urbanización "con alcantarillado, descapote, voladura de piedras, obras accesorios, etc.".

Como pruebas desestimadas, relaciona los hechos segundo y tercero de la demanda, los recibos que obran de fls. 24 al 51, la contestación a la demanda y las posiciones del Gerente. Y agrega que de no haber sido por los errores anotados, el Tribunal hubiera concluído:

"Primera. Que el acta de la Oficina del Trabajo a que se ha hecho referencia, lejos de constituír una confesión judicial, no tiene valor alguno probatorio, ni podía ser tenida en cuenta al fallar por las razones que se dejan expresadas en este escrito".

"Segunda.- Que el precio de \$4,50 por metro estipulado entre las partes comprendía no sólo movilización de tierra, sino apertura de calles, construcción de alcantarillas, voladura de piedras, hechura de calles y cunetas, etc.".

"Tercera.- Que para poder cobrar el precio convenido entre demandante y demandada, el contratista Marcelino Ceballos debía entregar la obra completamente terminada a entera satisfacción de Nishela Ltda.".

"Cuarta. Que en el curso del Juicio no se demostró que el contratista Ceballos hubiese terminado los trabajos en las condiciones estipuladas con Nishela Ltda.".

"Quinta. Que, no habiendo probado Ceballos el cumplimiento de los compromisos adquiridos con Nishela Ltda. ninguna obligación tiene dicha firma de pagarle la totalidad del precio estipulado, por configurarse en este evento la excepción de incumplimiento prevista en el art. 1609 del C. C., en concordancia con lo que en materia de contratos de carácter laboral prescriben los arts. 55, 57 y 58 del C. S. del T., motivo por el cual mal puede ser condenada la Sociedad demandada a pagar suma alguna al Actor".

"Sexta.- Que el dictamen pericial que obra en autos no tiene valor alguno probatorio, como quiera que en el cómputo aritmético respectivo el perito no tuvo en cuenta que las obras respectivas se hallaban inconclusas, hecho que no desvirtuó por otros medios idóneos el demandante."

Se considera:

La sentencia acusada dijo en lo pertinente:

"En la diligenc e celebrada ante la Oficina Seccional del Trabajo de Palmira, los demandados Enrique Zalamea y Cristóbal Sherman, aceptan haber contratado con el demandante señor Marcelino Ceballos, la apertura de calles en la parcelación la Estancia, unos metros de alcantarillado y una voladura de piedra. De tal manera que en esta forma está probada la relación contractual existente entre las partes y también la promesa de pagar al señor Ceballos, una vez se tomen las medidas de la obra ejecutada".

"Esta confesión tiene pleno valor probatorio, para considerar la existencia de la relación de trabajo entre las partes y por lo consiguiente las obligaciones contraídas por tal relación (fls. 3 y 4 del expediente). El a quo ordenó una Inspección Ocular con perito a la Urbanización, para constatar, verificar y medir la obra realizada por el demandante y calcular el costo de dicha obra. Como resultado de tal experticio, se dedujo que el valor total de los trabajos ejecutados por el señor Ceballos ascendía a la suma de \$36.867.87. Este peritazgo fue bien realizado por el perito, pues lo hizo de una manera pormenorizada y responsable y no fue objetado por ninguna de las partes".

"Como de la manifestación ante la Seccional del Trabajo, de los demandados, se deduce claramente que el trabajo estaba debidamente terminado, es del caso aceptar el peritazgo hecho en la Inspección Ocular que obra en autós y las deducciones y cifras anotadas por el perito".

Indica el razonamiento anterior, que el ad quem, para su decisión, admitió, como hecho suficientemente acreditado, la terminación de los trabajos que la empresa le encomendó a Ceballos y que éste se obligó a realizar en la parcelación "La Estancia", ubicada en el Municipio de Yumbo, del Departamento del Valle del Cauca, Y la prueba que, a juicio del Tribunal, es apta para la demostración de ese hecho fundamental de la demanda, está constituída por el acta de la Inspección del Trabajo de Palmira, como se desprende de uno de los pasajes de la motivación de su sentencia.

La Sala no comparte este juicio del fallador acerca del alcance probatorio de tal documento, porque de él no se infiere el hecho de la terminación de la obra que Ceballos debía ejecutar en beneficio de la sociedad demandada. Todo lo contrario, el mismo trabajador manifestó en la oportunidad de esa audiencia: "me compro-

meto a entregar la obra correspondiente a la Urbanización o Parcelación "La Estancia" dentro del término de cuarenta (40) días, a partir de esta fecha, recibiendo la cantidad de \$ 200.00 de manos del señor Enrique Zalamea, semanalmente, a partir de esta misma semana". No hay, por tanto, conformidad alguna entre lo que dice la prueba y lo que en ella ha encontrado y admitido el fallador como uno de los soportes de su decisión.

El acta en cuestión se refiere a una audiencia celebrada el 8 de abril de 1959, y la inspección ocular, en la Urbanización "La Estancia", con intervención de perito, se realizó el 9 de mayo de 1960. Diez días después fue rendido el dictamen cuya finalidad era "practicar los respectivos cálculos, avalúos, dimensiones de la anchura de la calle, y demás detalles de carácter técnico, el volumen de la tierra removida etc." Y en él, el perito hace esta afirmación:

"Las calles de dicha urbanización muestran el respectivo bombeo y cuneta, deterioradas por la falta de conservación... Las piedras que se encuentran en la banca de las calles han sido voladas en su totalidad, salvo un tramo de unos cinco metros, que presenta una pequeña sobreelevación... Las calles de la urbanización se encuentran terminadas ciñéndose al plano adjunto al expediente... Hay calles que presentan sólo un descapote, pero son muy pocas; el relleno de las calles no llega a 0.50 cmts. y como sólo lo tienen las de la parte alta en alguna extensión, se toma como ancho de la banca 5.00 mts.". Dadas estas explicaciones, el perito concluye que el valor total de la obra ejecutada es de \$ 36.867.87.

La motivación de este dictamen a juicio de la Sala, no hace posible admitir que para la época de la inspección ocular, la obra, en su totalidad, estuviese terminada de acuerdo con las especificaciones del contrato. Y así debió estimar el ad quem el mérito probatorio, de ese concepto pericial, puesto que condiciona la firmeza de sus conclusiones al antecedente de que los demandados en audiencia ante el Inspector de Trabajo de Palmira, confesaron —según dice el hecho relativo a la terminación de las labores en la mentada urbanización.

Los representantes de la sociedad no hicieron las manifestaciones que les atribuye la sentencia. Expresan que la parcelación "La Estancia" "se encuentra en terminación por parte del señor Ceballos" y que una vez recibida satisfactoriamente, procederán a pagar su valor total; y el actor, en esa misma ocasión, como ya se dijo, solicitó un plazo de 40 días para el cumplimiento del contrato... Y el supuesto de que en la fecha de la inspección ocular una parte de la obra estuviere ejecutada, no cambiaría la suerte del litigio, porque la demanda fue presentada sobre la base del cumplimiento total de la obligación y ante ese planteamiento, la empresa asumió la posición procesal que consideró más conveniente y organizó conforme a él sus medios de defensa. Prospera la acusación, por lo cual la sentencia acusada habrá de casarse en su totalidad.

Lo expuesto anteriormente en el análisis del cargo, será tomado en cuenta por la Sala para su decisión en instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, y, obrando como Tribunal de instancia, REVOCA la de primer grado y, en su lugar, absuelve a la sociedad demandada de los cargos que le fueron formulados.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

ERROR DE DERECHO

De acuerdo con el art. 23 de la Ley 16 de 1968, "el error de derecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre el punto, demostrado haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo diecinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker P.). (Acta No. 33).

Conoce la Corte del recurso de casación concedido a la parte demandada contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yolombó, de fecha 15 de mayo de 1968, dictada en el juicio ordinario laboral de Eudoro Ballesteros contra la Frontino Gold Mines Limited.

Los antecedentes de la presente decisión son los que siguen:

- a) Eudoro Ballesteros, por medio de apoderado, demanda a la Frontino Gold Mines para
 que sea condenada a pagarle una pensión
 mensual de jubilación equivalente a las dos
 terceras partes del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios,
 para lo cual alega en su libelo haber comenzado a trabajar en dicha empresa minera desde
 el 10. de junio de 1921 y en forma discontinua
 hasta completar un lapso total de veinte (20)
 años y dos (2) días, factor al que se suma haber
 cumplido cincuenta años de edad el 11 de octubre de 1960 y cincuenta y cinco años el 11 de
 octubre de 1955. Agrega que la sociedad demandada posee un capital superior a \$ 800.000.
 - b) La compañía, demandada, también por

- apoderado, contestó la demanda negando los hechos fundamentales y aseverando que Ballesteros solo trabajó para la empresa por un tiempo de 18 años, 11 meses y 18 días, según los datos y constancias existentes en los archivos de la empresa.
- c) El Juzgado Municipal del Trabajo de Segovia (Antioquia), luego de confrontar la prueba de inspección ocular en los archivos de la empresa y el contexto de una carta enviada por el actor a la Frontino el 24 de mayo de 1947, probanzas estas aducidas por la demandada, con la prueba testimonial consistente de cinco declaraciones juradas con las cuales pretende el demandante completar el tiempo de servicios necesario para ganar el derecho a la jubilación, decide que la prueba oral es insuficiente para contrarrestar lo que resulta de la literal y en consecuencia absuelve a la compañía de los cargos de la demanda, sin imposición de costas.
- d) Instado en apelación el fallo del primer grado, el Tribunal Superior de Yolombó, dando preferencia a la prueba testimonial aportada por Ballesteros, con la cual éste logra completar un tiempo de servicios a la Frontino superior a veinte años, por sentencia dictada el 15 de mayo de 1968, revoca la del inferior y en su lugar condena a la sociedad demandada a pagar al actor una pensión mensual vitalicia de jubilación de \$315.00, a partir del 20 de enero de 1965, sin perjuicio de su reajuste legal, de acuerdo con las normas actualmente vigentes. el cual debe hacerse efectivo desde el 23 de septiembre de 1967; y declara configurada la excepción de prescripción, alegada por la parte demandada, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la fecha señalada para el pago de la pensión que se decreta. Condena a la misma demandada al pago de las costas de la primera instancia.
 - e) Contra la sentencia del Tribunal interpone

el apoderado de la Frontino Gold Mines Limited el recurso de casación, que le fue concedido previo el avalúo pericial de la acción, luego admitido y después sustentado en demanda presentada el 22 de octubre de 1968, con la cual se propone el recurrente que esta Sala decrete la infirmación del fallo acusado.

EL RECURSO

Con tal propósito se formulan dos cargos, ambos dentro de la causal primera de casación establecida por el art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, por ser violatoria la sentencia del art. 264 del C. S. T., de manera indirecta y por indebida aplicación y en razón de los errores de hecho en que incurriera el ad quem en la apreciación de las probanzas.

Según el primer cargo, el Tribunal debió tener en cuenta que el art. 264 numeral 1o. del C. S. T., dispuso que las empresas obligadas al pago de la jubilación debían conservar en sus archivos los datos que permitan establecer de manera precisa el tiempo de servicio de sus trabajadores y los salarios devengados; que esta prueba de carácter principal excluye los demás medios probatorios que pretendan aducirse en relación con el tiempo de servicio y la cuantía de la remuneración, de suerte que solo en ausencia de tal prueba principal pueden admitirse otras supletorias; que el ad quem, lejos de tener en cuenta la restricción establecida por el citado art. 264 numeral 10. del C. S. T., le dio apreciación a la prueba supletoria, analizándola con criterio pervertido; que el Tribuapreciar indebidamente al prueba de por sí inestimable en presencia de la prueba principal, que tiene el carácter de exclusiva, cometió un error de hecho evidente, violando de manera directa el referido art. 264 C.S.T: que este error de hecho hizo que el sentenciador declarara establecido el lapso de servicios que el actor pretende como realmente prestado con anterioridad a 1922, por lo cual aplicó al caso el art. 260 C. S. T., al conceder ilegalmente la pensión de jubilación, violando así dicho texto, de manera indirecta y por indebida aplicación, a consecuencia del error de hecho cometido; y que aunque el error del Tribunal, cometido en materia civil sería un error de derecho, por la violación del texto probatorio que reglamenta la solemnidad de la prueba, es lo cierto que en materia laboral, donde la expresión "error de derecho" designa sola-· mente los errores violatorios de textos legales

que consagran solemnidades sustanciales de los actos jurídicos, es preciso denominar como "error de hecho" al que se identifica con la apreciación indebida de una prueba regida por la solemnidad puramente probatoria.

Y según el cargo segundo, si el ad quem hubiera apreciado debidamente la prueba supletoria (la testimonial) habría tenido que darle más valor a la confesión hecha por el actor en la carta fechada el 24 de mayo de 1947 que a la declaración de dos testigos, "que en presencia del material probatorio restante aparece prefabricado"; pero que el Tribunal desvirtúa dicha confesión gratuitamente al suponer que el reclamante hubiera cometido un error de hecho acerca de la fecha de iniciación de sus labores en la empresa; que es un principio universal de derecho probatorio el de la presunción de veracidad de la confesión y más aún el de la confesión documental, siendo necesario para desvirtuar esta presunción que se establezca. por medios separados y distintos, la involuntaria comisión de un error de hecho, que en el caso presente no aparece explicado ni tan siquiera aducido por el confesante; y que el Tribunal cometió así un error de hecho evidente en su apreciación, a todas luces indebida, error que lo llevó à admitir la existencia de un imaginario lapso de servicios mayor de veinte años, que le dio báse para el reconocimiento de la pensión de jubilación, aplicando así indebidamente el art. 260 C. S. T., que el Tribunal violó a consecuencia del apuntado error de hecho, de manera indirecta y por indebida aplicación.

La Sala estudia ambos cargos.

El art. 23 de la Ley 16 de 1968, que gobierna el presente recurso a tenor del art. 1228 del C. J., por haberse promulgado desde el 29 de marzo de 1968, fecha señalada para su vigencia, anterior a la sentencia acusada y desde luego al recurso de casación contra ella interpuesto, dispone: "El error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico; pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre el punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que éste aparezca de manifiesto en los autos. Queda así modificado el inciso 20. del numeral 10. del art. 60 del Dcr. 528 de 1964".

Mas los errores de hecho de que el recurrente acusa al Tribunal en los cargos en examen no provienen, como surge a las claras de la sola lectura de la demanda sustentatoria, de falta de apreciación de ningún documento auténtico. El sentenciador tuvo oportunidad de cotejar con la prueba testimonial los demás instrumentos de carácter privado que obran en el proceso y que se refieren en alguna forma al tiempo de servicios prestado por el trabajador a órdenes de la empresa demandada, como son las certificaciones expendidas por ella bajo el epígrafe de "roll de servicios", que le sirvieron parcialmente de base para su decisión de condena, y en especial la carta enviada por el actor a la empresa, de fecha 24 de mayo de 1947, presentada en la inspección ocular que se practicó en los archivos de la compañía, cuyas constancias fueron igualmente examinadas por el ad quem. El ataque del recurrente al fallo se endereza contra la apreciación que hizo el ad quem de estos documentos, los mismos que sirvieron de soporte a su decisión condenatoria; sin que en ningún momento se le hava criticado por falta de apreciación de tales documentos o de otros distintos. Los cargos no tienen, por tanto, asidero alguno dentro del

régimen restringido de acusación por errores de hecho en casación laboral determinado por el art. 23 de la Ley 16 de 1968 y la circunstancia de haberse admitido la demanda que los sustenta, ni compromete, ni vincula a la Sala en forma que la obligue, contra legem, a examinarlos en su mérito intrínseco o sustancial.

Se rechazan los cargos improcedentes.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Sin costas en el recurso.

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

. Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

El recurrente habla en el cargo de "violación indirecta o de medio", y no se detiene a explicar cuál es la de medio; pero según las disposiciones que cita como infringidas, se entiende que ha confundido los conceptos de violación medio y violación indirecta; y esta sola confusión no obsta para que se estudie el cargo por simple violación indirecta de los preceptos, que se ha consumado, según pretende el recurrente, "por haber dejado el Tribunal de estimar en su verdadero valor probatorio determinadas pruebas".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente Abogado Asistente Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 26).

Ramón Sierra Redondo demandó por conducto de apoderado a la Industria Licorera del Magdalena, representada por su Gerente señor Julio Villa Carbonell, y con sede en Santa Marta, y al Departamento del Magdalena, representado por su Gobernador, pidiendo lo siguiente: indemnización por violación injusta del contrato de trabajo, indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales, pago de asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, indemnizaciones legales por enfermedades contraídas al servicio de la empresa, reintegro al antiguo puesto una vez que haya recuperado la salud, pago de perjuicios morales y materiales causados por despido injusto, pago del subsidio del transporte correspondiente a ocho meses, indemnizaciones por enfermedades profesionales y no profesionales adquiridas durante el tiempo de servicio, pago de gastos hechos para efectos de salud, primas semestrales y anuales no canceladas, e intereses legales causados. Subsidiariamente pidió pensión de invalidez desde la fecha del despido y por todo el tiempo que dure la incapacidad, en cuantía igual a la totalidad del último sueldo devengado, que fue de \$ 339.90 mensuales.

En apoyo de tales pretensiones se afirmó en la demanda que Ramón Sierra Redondo trabajó primero en la Fábrica de Licores de Santa Marta y después al servicio de la Industria Licorera del Magdalena, ambas de propiedad del Departamento, desde el 20 de octubre de 1947 hasta el 19 de abril de 1960, desempeñando las funciones de capataz de patio y devengando el sueldo que se indicó antes; que fue despedido injustamente, cuando se encontraba enfermo y sin previo examen médico; que en la época de ingreso se encontraba en perfectas condiciones de salud y con sus sentidos sanos, y hoy tiene setenta y cuatro años de edad y padece de daños en la vista; que no se le han pagado las prestaciones e indemnizaciones que reclama, no obstante haber agotado la vía gubernativa correspondiente.

En la contestación de la demanda el apoderado de la Industria Licorera del Magdalena admitió la existencia del contrato de trabajo entre las fechas indicadas por el actor, y que éste devengaba un salario de \$11.30 diarios como capataz de patio, puesto que ocupaba últimamente. Negó que hubiera ocurrido el despido injusto del trabajador, ya que el contrato terminó por vencimiento del plazo presuntivo. Dijo que en la carta sobre retiro se ordenó al trabajador presentarse al médico de la empresa, por cuva orden fuè sometido a exámenes de laboratorio, y que el Dr. Camilo Borrego dictaminó que no había incapacidad para el trabajo. Negó que se estuvieran debiendo prestaciones y atención médica y afirmó que el demandante rechazó una intervención quirúrgica en los ojos, por cataratas, que el médico indicó. Propuso, finalmente, excepciones de pago y de inexistencia de las obligaciones.

En la sentencia de primera instancia el Juzgado del Trabajo de Santa Marta condenó a la Industria Licorera del Magdalena a pagar al demandante la suma de \$1.189.65 de auxilio monetario por concepto de enfermedad no profesional; declaró probada la excepción de pago respecto del subsidio de transporte, absolvió a la empresa de los demás cargos y al Departamento del Magdalena de todas las peticiones formuladas.

Apelada la sentencia del Juzgado por el apoderado del demandante, el Tribunal Superior del Distrito la confirmó en todas sus partes en fallo del 26 de noviembre de 1963.

Contra la sentencia de segunda instancia interpuso el recurso extraordinario de casación el mismo apoderado. Concedido éste y admitido por la Corte, se procede a resolverlo una vez agotada la tramitación de rigor.

El recurrente fija así el alcance de la impugnación: "Que la H. Sala, obrando como tribunal de instancia revoque la sentencia de segunda instancia y consecuencialmente la de primera instancia, confirmando únicamente el punto primero (10.) de la de primera instancia sobre indemnización por enfermedad no profesional por 180 días: v en su lugar condene a la empresa demandada al pago de la pensión mensual de invalidez a favor del demandante, a partir del diez v nueve (19) de octubre de mil novecientos sesenta (1960); fecha ésta en que se vencieron los 180 días de la incapacidad por enfermedad no profesional ya decretada; tomando como base un salario de \$ 11.33 diarios o un sueldo de \$ 339,90 m/c. mensual, por haber quedado el actor incapacitado para desempeñar cualquier profesión u oficio o sea por la total (sic) de esta asignación o sueldo".

Con el propósito indicado formula su acusación en un cargo que concibe así:

"Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad quem, originada por error evidente de hecho al haber dejado de estimar en su verdadero valor probatorio las siguientes pruebas pedidas, decretadas y practicadas judicialmente: a) Certificado médico del folio cuarto (40.); b) Certificado médico del fl. quinto (50.); c) Diligencia de inspección ocular que obra a los fls. 72 y 73, en cuanto a: servicios del actor, salario devengado últimamente -3 años- tiempo de servicio del actor y certificados médicos: d) Diligencia de posiciones cumplida por el Gerente de la Empresa demandada en cuanto a la confesión o confesiones que hizo en relación con el caso del actor, salario, por ejemplo —fls. 93 y 94; e) Copia del Pacto Colectivo suscrito entre la

Empresa demandada y el Sindicato de la misma al cual está afiliado el actor- fl. 120; f) Dictamente (sic) número ochenta y nueve (89) de veintidos (22) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1963), suscrito por el Jefe de la Seccional de Medicina Industrial de la ciudad de Santa Marta— fl. 144, y, g) Diligencia de reconocimiento de firmas que obran a los fls. 172 y 182 de los Drs. Mantilla v Eduardo Núñez en relación con los certificados médicos que obran a los fls. 4 v 5 va aludidos: desestimaciones éstas que produjeron como consecuencia necesaria la violación indicada de orden indirecto y la cual se ve a primera vista, la cual implica la infracción de las siguientes disposiciones de carácter sustantivo laboral: Ordinal c) del art. 17 de la Lev 6a. de 1945, arts. 40. y 90. de la Ley 53 de 1945 y art. 80. de la Ley 77 de 1959"

En la sustentación del cargo dice el recurrente que el Tribunal fallador incurrió en la violación de la lev por cuanto no condenó a la demandada a pagar la pensión de invalidez que el actor reclamó en la petición subsidiaria. Dice que está probada la prestación del servicio por el actor, el salario que devengó, la incapacidad que padece para desempeñar cualquier oficio y la unidad de la empresa para la cual trabajó. Se ocupa luego del certificado que obra al fl. 4, según el cual Ramón Sierra R. padece de enfermedades cardiovasculares, por lo cual necesita vigilancia médica y tratamiento a largo plazo; al que figura en el fl. 5, en que se diagnostica la existencia de cataratas seniles incipientes para las cuales el único tratamiento eficaz es la cirugía. Y hace mérito especial del concepto emitido por el médico industrial de la Seccional de Trabajo (fl. 144), al cual atribuye valor de plena prueba, como documento oficial que es, sobre la invalidez que padece el demandante, y censura al Tribunal porque dejó de estimarlo con pretexto de que fue allegado fuera de audiencia.

Se considera:

1. Según se ha visto, la acusación se dirige a impugnar la sentencia de segunda instancia en cuanto negó el derecho a la pensión de invalidez.

Sobre este concreto tema el Tribunal fundamentó su decisión así:

"El numeral c) del art. 17 de la Ley 6a. de 1945 le concede derecho de pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo "para toda ocupación u oficio mientras dure la incapacidad.

"Se ha visto en esta sentencia que el demandante está incapacitado para trabajos materiales, pero no los intelectuales (sic). La disposición citada se refiere a toda ocupación u oficio y el actor no se encuentra en este caso".

Se refiere luego el Tribunal al concepto que obra el fl. 144 del expediente, emitido por el médico seccional del Trabajo, para decir que no puede aceptarse como prueba por haberse allegado fuera de audiencias, sin previa solicitud, en escrito separado, contraviniendo lo preceptuado por el art. 42 del C. P. L.

- 2) El recurrente habla en el cargo de "violación indirecta o de medio", y no se detiene a explicar cuál es la de medio; pero según las disposiciones que cita como infringidas (ord. c) del art. 17 de la Ley 6a. de 1945, arts. 4o. y 9o. de la Ley 53 del mismo año y art. 8o. de la Ley 77 de 1959, se entiende que ha confundido los conceptos de violación medio y violación indirecta; y esta sola confusión no obsta para que se estudie el cargo por simple violación indirecta de los preceptos, que se ha consumado, según pretende el recurrente, por "haber dejado el Tribunal de estimar en su verdadero valor probatorio" determinadas pruebas.
- 3) De los preceptos que en en el cargo se señalan como violados, solamente el art. 17 (literal c) de la Ley 6a. de 1945, que establece la pensión de invalidez para los trabajadores oficiales, y el 8o. de la Ley 77 del mismo año, que contempla un aumento de la misma pensión, guardan relación con el tema propuesto. Los de la Ley 53 de 1945 versan sobre la pensión de jubilación únicamente.
- 4) El recurrente dice que el Tribunal dejó de apreciar las pruebas "en su verdadero valor". Es preciso interpretar que quiere impugnar la sentencia porque en ella se dejaron de apreciar los medios de convicción que cita, pues no otra cosa ocurre con el dictamen del fl. 144, y los certificados de los fls. 4 y 5 no aparecen mencionados en la motivación que antes se resumió. Pero dado el propósito del cargo y el razonamiento de instancia, no viene al caso la censura por falta de apreciación de pruebas que no guarden relación con lo que se alega, que es la invalidez absoluta del trabajador. Tal sucede con las relativas a la existencia del contrato de trabajo, con el cargo ejercido por el demandante, con el

salario devengado, temas que tampoco resultan controvertidos por la parte demandada ni puestos en duda por los juzgadores. De las fuentes mencionadas por el recurrente, solo guardan relación con la cuestión de la invalidez los certificados médicos de los fls. 4 y 5 y el dictamen del fl. 144.

Concretado así el tema por considerar, se tiene:

- a) En la carta de retiro, fechada el 19 de abril de 1960, se le advierte al trabajador Ramón Sierra R. que se presente al médico de la Industria, Dr. Camilo Borrego, quien tiene orden de examinarlo. En el certificado del fl. 4 (fechado el día siguiente) el Dr. Eduardo Núñez P., especialista en cardiología, expresa: "El suscrito médico certifica que ha examinado al Sr. Ramón Sierra R. de 74 años quien padece de enfermedad cardiovascular inpertensiva (sic) coronaria con lesiones vasculares especialmente miocardiacas con insuficiencia coronaria crónica y ventricular. —Arterioclerosis (sic) generalizada—. Necesita vigilancia médica y tratamiento a largo plazo". En el fl. 5 el especialista en órganos de los sentidos Dr. Luis Mantilla Villamizar, da cuenta de que examinó a Ramón Sierra M. (sic) quien presenta "cataratas seniles incipientes, con agudeza visual insuficiente" (20/60 en el ojo derecho y 20/200 en el izquierdo). Y conceptúa que el único tratamiento para mejorar la agudeza visual en este caso es la cirugía.
- b) El Tribunal consideró fundamentalmente para decidir lo relativo a esta cuestión que la Ley 6a. de 1945 en su art. 17, literal c), establece la pensión de invalidez únicamente para el que haya perdido su capacidad "para toda ocupación u oficio"; y que según "se ha visto en esta sentencia", el demandante está incapacitado para trabajos materiales pero no para los intelectuales. Al hablar de lo que se ha visto en esta sentencia el Tribunal se remite sin duda al examen de pruebas que hizo al comienzo. Allí estudió las posiciones absueltas por el demandante (fl. 126) donde éste manifestó ser cierto que fue examinado por el Dr. Camilo Borrego Molina el 20 de abril de 1960 y haber hecho uso de las órdenes de examen que éste expidió; estudió la declaración del nombrado doctor Camilo Borrego M. (fl. 88), en la cual éste reconoció su firma en las órdenes de examen que se ven en los fls. 27 y 28, y dijo haber emitido el concepto que obra al fl. 26, que reza: "Ramón Sierra R. —Rechazó la operación de cataratas que se le indicó —. Es apto para trabajos no materiales que estén de acuerdo con su edad". En la misma declaración, al

ser preguntado sobre el particular, expresó el facultativo: "Cuando el señor Ramón Sierra Redondo fue retirado del trabajo en la Industria Licorera del Magdalena era apto para trabajos no materiales porque en esa época venía sufriendo de una hipertensión arterial esencial que fue el mal que lo traté mientra estuvo como trabajador de la industria".

Estas pruebas, que fueron las tenidas en cuenta o apreciadas por el fallador, justifican la conclusión de que no es aplicable la disposición de la Ley 6a. sobre pensión de invalidez, porque no hay una incapacidad para toda ocupación u oficio, sino limitada a los trabajos materiales.

El recurrente no se ocupó de acusar la apreciación que hizo el fallador de esas fuentes de convicción, pues se concretó a señalar pruebas dejadas de apreciar, según se ha visto. Bastará, entonces, examinar si los documentos que se dicen olvidados son suficientes para destruir aquella apreciación y la conclusión que en ella se basa.

Se observa en primer lugar que ninguno de los diagnósticos que se leen en los fls. 4 y 5 contiene un dictamen propiamente dicho, sobre incapacidad total. El del fl. 5 (que habla de cataratas seniles incipientes) da clara idea de una incapacidad apenas parcial por esa causa; y el del fl. 4, que habla de arterioesclerosis generalizada y de enfermedades cardiovasculares, nada concluye por sí sólo, o nada dictamina acerca de incapacidad total o parcial.

En segundo lugar se observa que el médico de la industria, Dr. Camilo Borrego M., en el documento del fl. 26 y en la declaración que rindió, se refiere a las dos clases de dolencias que padece el demandante; y con conocimiento de ellas dictamina que es apto para trabajos no materiales que estén de acuerdo con su edad. En un análisis racional de las pruebas, es viable completar el diagnóstico del especialista en enfermedades cardiovasculares con el dictamen del médico de la Industria, que dice haber tratado al demandante por hipertensión arterial esencial, no obstante lo cual descarta la total incapacidad para el trabajo. Si el primero no dic-

tamina y el segundo sí, en presencia de los mismos hechos, se justifica que el sentenciador acogiera el concepto que suministra una solución al problema planteado; tanto más cuanto que coordinado con el otro no lo contradice sino que lo concreta.

Las dos pruebas referidas no destruyen, pues, el juicio emitido por el Tribunal con base en el examen de las otras.

En cuanto al concepto del fl, 144, es un hecho cierto que fue allegado sin previa solicitud ni decreto, cuando ya se había clausurado el debate probatorio; además, fue expedido el 2 de octubre de 1962, es decir, más de dos años después de la fecha del retiro del trabajador. Por otra parte, si hubiera de tenerse en cuenta, ocurre que tampoco en él se habla de incapacidad total, pues dice: "tiene (Ramón Sierra) una enfermedad no profesional que lo incapacita para ganarse la tercera parte de lo que venía devengando".

No se ha demostrado, por tanto, que por falta de apreciación de las pruebas indicadas en el cargo el Tribunal fallador hubiera incurrido en error de hecho y que sea consecuencialmente errada la conclusión de que la incapacidad que se alega no se extiende a toda ocupación u oficio.

No prospera el cargo.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Marta.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoñp, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

PERDIDA DEL DERECHO AL AUXILIO DE CESANTIA

La facultad al patrono para retener, consagrada por el art. 250 del C. S. T., está circunscrita a la cesantía y no puede extenderse a prestaciones no contempladas por la permisión legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 29).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Country Club de Barranquilla S. A. contra la sentencia dictada el 25 de enero de 1966 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la dicha ciudad, en el ordinario de trabajo promovido por José María Samper Suárez contra la sociedad recurrente.

En la litis, el demandante afirmó haber servido para la demandada, como cobrador, desde el 4 de septiembre de 1958 hasta el 30 de junio de 1964, fecha en la que se le dio por terminado unilateralmente, por el patrono, el contrato de trabajo, sin liquidarle lo correspondiente a la remuneración del dicho mes y sin pagarle las prestaciones e indemnizaciones debidas. El sueldo fluctuaba entre mil doscientos y mil quinientos pesos y la terminación del contrato obedeció a un presunto faltante, nunca comprobado, por el que la demandada le inició acción penal que fue resuelta en primera instancia por fallo absolutorio y en la carta de despido se le comunicó la retención de aquel sueldo de junio de 1964, de la prima por el primer semestre de ese mismo año y del valor de las vacaciones acumuladas de tres años. Con fundamento en estos hechos, el libelo suplicó los derechos laborales mencionados así como la indemnización moratoria, a partir del 10. de julio de 1964.

La demandada aceptó los hechos relativos a la existencia del contrato de trabajo y a su duración; a la acción penal que instauró "para averiguar quién o quiénes eran los autores de un faltante de dinero" y al fallo absolutorio de primera instancia, agregando que éste fue apelado por el Country; a que la causal alegada para el despido fue la establecida por el art. 62, numeral 50., del C. S. T., y a que las prestaciones se le han retenido a Samper, conforme al art. 250 del mismo estatuto. Manifestó no constarle los hechos restantes y se opuso a las pretensiones del actor, alegando el derecho de abstenerse de pagarlas mientras la justicia penal no decida la situación de Samper.

Tramitada la controversia, el Juzgado Tercero Laboral Municipal de Barranquilla, que fue el del conocimiento, la desató, en fallo de 26 de noviembre de 1965, por el que condenó al Country Club S. A. a pagar al demandante Samper \$ 9.117.19 por cesantía, \$ 1.444.55 por vacaciones y \$ 1.240.63, valor del sueldo en la segunda quincena de junio de 1964, para un total por estos conceptos de \$ 11.802.37, más la indemnización moratoria del art. 65 del C.S. T., a partir del 10. de julio de 1964, a razón de \$ 52.20 diarios hasta que se efectúe el pago de aquellas cantidades. Absolvió por los demás extremos e impuso las costas a la parte vencida.

Por apelación del apoderado de la sociedad subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla entidad que por medio de su Sala Laboral y en fallo de la fecha ya indicada resolvió:

"Refórmase la sentencia de fecha 26 de noviembre del año pasado proferida por el señor Juez Tercero Laboral Municipal en el juicio de José María Samper Suárez contra el Country Club de Barranquilla S. A., la cual quedará definityamente así:

"a) Condénase a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 9.117.19 por concepto de cesantía. Pero esta condena no tendrá vigencia hasta cuando la justicia penal decida la suerte del denuncio criminal que entabló la demandada contra el actor, es decir, si éste es condenado penalmente perderá el derecho a la cesantía.

"b) Condénase a la demandada a pagar al actor inmediatamente ejecutoriada esta providencia la suma de \$ 2.685.18 por concepto de salarios y vacaciones, de acuerdo con lo estipulado en la parte motiva de esta providencia.

"c) Asímismo se condena a la demandada a pagar al actor desde el 10. de julio de 1964 la suma de \$52.20 diarios hasta el día que se le cancelen las prestaciones y salarios señalados en esta providencia, como indemnización por salarios caídos.

"d) Absuélvese a la demandada de los demás cargos.

"e) Sin costas".

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Recibido en legal forma persigue la casación

parcial de la sentencia impugnada en cuanto por los literales a), b) y c) transcritos acogió las condenas del ad quo por cesantía, vaciones, salarios insolutos e indemnización moratoria, con la reforma introducida a la primera de ellas, para que, en su lugar y como ad quem, la Corte suspenda el juicio hasta que la justicia penal adopte una decisión definitiva en la causa que se sigue a José María Samper Suárez y en la cual el Country Club S. A. se constituyó en parte civil y, una vez producida tal decisión penal, si ella fuere condenatoria, se revoque la sentencia de primera instancia, se declare la pérdida del derecho del auxilio de cesantía del demandante, se produzca un mandamiento de compensación respecto de las vacaciones y los salarios insolutos y, en consecuencia, se absuelva al demandado de todos los cargos que se le formularon o, si la tal decisión penal fuese absolutoria, se revoque de todas maneras

Para estos efectos, en cargo único formulado por la causal primera del art. 60 del Dcr. 528 de 1964, acusa interpretación errónea de los arts. 250, 59 numeral 1 y 149 del C. S. T., en relación con los arts. 19 ibídem, 80. de la Ley 153 de 1887, 1714 y 1716 del C. C., 11 del C. P. P., 27,

la providencia de primer grado en cuanto con-

denó al Country a pagar indemnización por

mora y se le absuelva de esta petición.

127, 57 numeral 4, 186, 249 y 65 de aquel estatuto laboral y 14 y 17 del Dcr. 2351 de 1965.

hechos indiscutidos del pleito que Samper des-

En su desarrollo, el recurrente expresa que son

empeñó el cargo de cobrador al servicio de la sociedad demandada; que fue despedido invocándosele como justa causa el hecho de aparecer como responsable del alcance de una fuerte cantidad de dinero; que se le sigue, por esta razón, un proceso penal por abuso de confianza, en el cual aún no se ha producido sentencia definitiva irrevocable; que, como consecuencia de la denuncia hecha oportunamente por la sociedad demandada, fue objeto de auto de detención en la etapa sumaria; que el Country se constituyó como parte civil en dicho proceso penal; y que, finalizado el contrato de trabajo que ligaba a los litigantes, la demandada retuvo el valor del auxilio de cesantía, la última quincena del sueldo y el de la compensación de las vacaciones causadas y no disfrutadas, en espera de que la justicia penal se pronuncie definitivamente sobre las obligaciones que resulten a cargo de Samper con causa en el ilícito sub judice. Enseguida transcribe el pasaje de la sentencia impugnada en que el Tribunal, con apreciación de que el Country ha retenido esos derechos laborales, entiende, en síntesis, que el artículo 250 C. S. T., solo faculta al patrono para retener la cesantía, para responder con su valor de cualquier perjuicio que el trabajador hubiese ocasionado con el ilícito cometido y sancionado de acuerdo con la ley penal, mas no para hacer lo mismo con el salario y las otras prestaciones debidos, que han de cancelarse a la terminación del contrato aunque haya denuncia penal y aun en el caso de condena por

Y el acusador concreta: "Este razonamiento envuelve una interpretación errónea no solo del art. 250 del C. S. T., pero también de los arts. 59, número 1, y 149 ibidem.

el delito.

"Respecto de aquella disposición porque ella lo que consagra en verdad es una pena, la pérdida del auxilio de cesantía, cuyo valor bien puede no guardar relación ninguna con el monto de los perjuicios derivados del ilícito: por ejemplo, en el caso sub judice el monto de la cesantía que, en principio, le corresponde al actor seguramente resultaría inferior, muy inferior, notoriamente inferior a la del alcance materia del proceso penal en curso. Además, porque tal disposición solo se refiere a la retención del auxilio de cesantía desde el punto

de vista de su posible pérdida, sin señalar prohibición alguna sobre retenciones de otros créditos laborales destinadas a producir efectos jurídicos diferentes".

Y agrega: "pero si el ad quem finca su interpretación sobre la imposibilidad de retener créditos laborales distintos del auxilio de cesantía en los arts. 59 número 1, y 149 del C. S. T., es evidente, entonces, que les da a estas normas un alcance que no tienen. Es que ellas rigen, con exclusividad, durante la vigencia del contrato de trabajo, mas no expirado este contrato, como en el caso sub judice. Así lo explicó esa Sala en sentencia de fecha 10 de junio de 1965, recaída en el juicio de Ernesto Trujillo Correa contra la 'Cooperativa del Personal de Telecom Limitada' ".

Con fundamento en lo expuesto, el acusador expresa que la condena por cesantía obedeció al mal entendimiento que ha señalado, pues lo correcto habría sido, no la suspensión de los efectos de la decisión, con la advertencia de que se perdería la prestación en caso de condena penal, sino suspender el juicio hasta que se conozcan los resultados del proceso criminal, y así se lo pide a la Corte; y que por el mismo mal entendimiento el Tribunal condenó a vacaciones, salarios insolutos e indemnización por mora, pues ha debido admitirse la retención de los valores correspondientes, aunque la deuda del actor con la sociedad demanda no es todavía exigible ni líquida. Alega de nuevo sobre el tema de la compensación judicial y termina su escrito así:

"Por último, para los casos de que la sentencia penal definitiva irrevocable encuentre a cargo del actor obligaciones cuyo importe total sea inferior al de sus créditos laborales, o pronuncie en su favor una decisión absolutoria, considero que debe seguir calificándose de lícita la retención en examen para los solos, efectos de no considerar a la sociedad demandada incursa en mora punible. Ciertamente, tanto en el uno como en el otro supuestos la Honorable Corte, como Tribunal de instancia, debe, en mi concepto, condenar a 'Country Club S. A.' a pagar la totalidad del auxilio de cesantía, de las vacaciones causadas y no disfrutadas y de los salarios insolutos o el saldo que quede a favor del demandante por concepto de vacaciones y salarios insolutos.

"No obstante, cualquiera que sea el resultado final, no puede negarse que la retención se hizo con fundamentos atendibles y, por lo mismo, generadores de buena fe exculpante. Este aserto surge evidente si el resultado es de mandamiento judicial de compensación parcial; y se torna irrefutable aunque el resultado sea de condena total por concepto de cesantía, salarios insolutos y vacaciones, si se toma cuenta, entre otras cosas, de que a pesar de la absolución impartida al actor —que es el antecedente de este supuesto—, se dictó un auto de detención preventiva en contra suya dentro de una investigación por el delito de abuso de confianza.

"Reitero, pues, mi solicitud ya singularizada en el 'Alcance de la Impugnación'".

El apoderado de Samper replica los argumentos sintetizados; defiende la decisión acusada y agrega copia auténtica del fallo del Tribunal de Barranquilla, que absolvió a Samper del ilícito que se le imputaba, advirtiendo que tal sentencia definitiva es anterior a la demanda de casación que no debió, por lo tanto, basarse en el hecho de una causa penal ya resuelta; que la suspensión del juicio pedida es improcedente; que el art. 250 C. S. T., solo faculta para retener la cesantía pero no los otros derechos que se le retuvieron a Samper y que la compensación alegada es inestimable.

Se considera:

1. El Tribunal de Barranquilla no interpretó equivocadamente el art. 250 del C. S. T., pues su providencia impone la pérdida del derecho de cesantía en el caso de que Samper resulte condenado penalmente. Que el ad quem hubiese expresado, en consideración que tampoco es desacertada, que tal pérdida atiende a los posibles perjuicios que sufra el patrono por el ilícito de que resulte responsable el trabajador, no contraría lo principal de su entendimiento ni incidió en la definición judicial de modo que equivocara el contenido sancionador del precepto. Que éste se hubiese aplicado en la forma vista, antes que se definiese la cuestión penal, significándose con ello que la condena no procedía y el juicio debía suspenderse, es asunto distinto, que no corresponde a la exégesis misma de la norma mencionada, y que aun en el campo de la aplicación indebida ofrecería, en el sub lite, otras consideraciones, determinadas por las condenas a vacaciones y sueldo insoluto. El asunto no es, pues, de interpretación errónea de la ley ya que, en lo examinado, el Tribunal no se equivocó acerca de su entendimiento, en el sentido de la pérdida del derecho de cesantía, en el caso de delito.

Como tampoco la hay en el otro aspecto censurado (de que la norma aunque faculta para retener la cesantía no prohibe la retención de los otros derechos laborales) pues el carácter restringido de esa autorización legal v su condición exceptiva -aquel porque el código la refiere de manera expresa a la cesantía y la otra porque el derecho causado debe satisfacerse- imponen claramente la prohibición que el cargo desconoce, esto es, que la facultad al patrono para retener, consagrada por el art. 250 C. S. T., está circunscrita a la cesantía y no puede extenderse a prestaciones no contempladas por la permisión legal. La Sala no comparte, por lo tanto, el criterio del acusador sobre este punto v estima acertado el del Tribunal acerca del mismo.

2. La acusación respecto de los arts. 59 y 149 C. S. T., aparece formulada para la hipótesis de que el Tribunal hubiese fundado en ellos la imposibilidad de retener los derechos laborales distintos de la cesantía. Del fallo no aparece el supuesto del acusador; pero si se le considerase implícito, tampoco aquí se configurarían las violaciones que se afirman. Pues la tal retención no está contenida en los textos ahora considerados, ni a ella puede llegarse con la doctrina sobre compensación judicial, que ni fue planteada en la litis, ni en ésta se comprobó que Samper fuese deudor de su patrono. El asunto es extraño al juicio, a las condiciones de ley y a la jurisprudencia invocada y aun debe descalificársele como medio nuevo en el recurso extraordinario.

3. El supuesto, en fin, de fallo penal condenatorio ni es base de la sentencia recurrida, ni se ha dado en el sub lite, como tampoco es fundada la opinión de que, en presencia de una decisión absolutoria, en el proceso criminal, deba absolverse a la sociedad demandada por los extremos de salario y compensación de vacaciones no disfrutadas, o decidirse que las condenas por estos derechos del trabajador sean violadoras de la ley. Ni siguiera en lo tocante a la mora, cuyos aspectos de hecho no pueden estimarse por la vía escogida por el recurrente, v los de derecho, en la censura, no son fundados, pues nada justifica, en el sub lite, la retención del sueldo y de las vacaciones a que condenó el ad quem, ni tal justificación puede buscarse, ahora en el recurso extraordinario, sin acción, sin excepción y sin alegación pertinentes en el juicio, en deuda alguna del trabajador para con la sociedad demandada.

Por todo lo expuesto, el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas al recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

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 el poder decisorio de los árbitros señala la denuncia de la convención.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 26).

Para su revisión ha llegado a la Corte, en virtud de recurso de homologación interpuesto por la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, S. A. (Anegrán), el laudo proferido el 18 de julio de 1968 por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo entre dicha entidad y la respectiva empresa.

Son antecedentes que deben mencionarse los siguientes: la Asociación Nacional de Empleados de la Flota denunció, en comunicación de 26 de diciembre de 1967, la convención colectiva vigente (laudo arbitral de 6 de mayo de 1966), que debía expirar el 5 de mayo de 1966), (sic) que debía expirar el 5 de enero de 1968, presentando en la misma fecha de la denuncia el respectivo pliego de peticiones. En la etapa de arreglo directo se negociaron los puntos concernientes al procedimiento para reemplazos y a permisos sindicales, y se acordó el pago de un suplemento al auxilio por enfermedad para los empleados de los puertos en tratamiento ambulatorio fuera de su sede (actas 6, 10 y 13 correspondientes a la mencionada etapa), pasando los demás a conciliación. Como durante esta segunda etapa no se llegase a acuerdo sobre los demás puntos del pliego —los no negociados en la anterior-, el Ministerio del Trabajo, en consonancia con lo previsto en el ordinal b) del art. 430 del C. S. T., convocó al Tribunal de Arbitramento obligatorio que debía dirimir el conflicto, por tratarse de un servicio definido como público en la expresada disposición, lo que hizo en resolución número 0816 de 6 de mayo de 1968. Por medio de la resolución número 0853 de 13 del mismo mes integró la mencionada corporación, la que se instaló el 20 siguiente, v después de veintidos sesiones que se prolongaron desde el 20 de mayo hasta el 18 de junio de 1968, por prórroga del plazo dispuesto a solicitud de las partes por el Ministerio del Trabajo, profirió en la última fecha enunciada el siguiente laudo:

"Primero: Los trabajadores que al 30 de junio de 1968 tuviesen salarios integrados (salario básico más prima de antigüedad más prima móvil) hasta tres mil pesos (\$ 3.000.00) mensuales, tendrán derecho a que la Flota Mercante Grancolombiana S. A. les aumente exclusivamente en el salario básico la suma de un peso (\$ 1.00) diario.

"Segundo: Los trabajadores a que se refiere el numeral anterior, o sea, los que tuviesen salarios integrados hasta \$3.000.00 mensuales al 30 de junio de 1968, pero en tal fecha no tuvieren prima de antiguedad, tendrán derecho a que la Flota Mercante Grancolombiana S. A., les aumente un peso (\$1.00) diario más sobre el salario básico, o sea, que recibirán un aumento total de dos pesos (\$2.00) diarios.

"Tercero: Los aumentos señalados en los puntos primero y segundo anteriores regirán a partir del 7 de enero de 1968.

"Cuarto: La Flota Mercante Grancolombiana S. A., establecerá en el término de noventa (90) días contados a partir de la ejecutoria de este laudo, el servicio de transporte de sus trabajadores a los lugares de trabajo, en la forma que estime más conveniente, y exclusivamente en la ciudad de Buenaventura.

"Para poder gozar de este servicio los trabajadores deberán adquirir una tiquetera representativa de cien (100) viajes cuyo costo deberán sufragar y que será de \$ 80.00.

"Ceșará dicha obligación cuando en la ciudad de Buenaventura se preste para el público en general, un servicio normal de transporte urbano.

"Quinto: Los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en Convenciones Colectivas de trabajo y Laudos Arbitrales, vigentes al 6 de enero de 1968, seguirán rigiendo en cuanto no hayan sido modificadas por el presente laudo.

"Sexto: Quedan negadas las demás peticiones del pliego de fecha 19 de diciembre de 1967, contenidas en los puntos marcados con los números 2, 3, 5, 6, 8, 9, 11, 12 literal a), y 13 de dicho pliego.

"Séptimo: El presente Laudo Arbitral tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir del siete de enero de mil novecientos sesenta y ocho (1968)".

Contra esta resolución interpuso la Asociación de Empleados el recurso de homologación que se procede a decidir.

SE CONSIDERA

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 el 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 de 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.

El laudo que ahora se revisa viene a modificar el de 30 de mayo de 1966, con vigencia hasta el 6 de enero de 1968; pero resulta que el pliego de peticiones con que se inició el respectivo conflicto no aparece adoptado por la asamblea general del sindicato que lo provocó, como lo exige el art. 376 del C. S. T., lo que ahora impide a la Corte tomarlo en consideración para confrontarlo con la decisión arbitral. Esta solamente puede por lo tanto ser examinada frente a la ley y a las normas convencionales vigentes.

De las decisiones del Tribunal, las que denegaron peticiones de los trabajadores mantienen virtualmente en vigor las condiciones laborales establecidas en convenciones y laudos anteriores, lo que quiere decir que en manera alguna pueden vulnerar derechos consagrados anteriormente en laudos o convenciones colectivas; ni podría hablarse de que violan disposiciones legales las que corresponden a laudos revisados u homologados en su hora por la Corte, por lo que han venido rigiendo las relaciones entre la Empresa y sus trabajadores. Y en cuanto a las que modifican anteriores condiciones de trabajo, si lo hacen es para mejorar. en forma alguna para deteriorar las ya establecidas. Así, se dirigen ellas a incrementar de modo extralegal salarios y servicios, por encima del nivel convenido entre las partes o dispuesto en laudos vigentes: aumento de un peso diario sobre el salario básico a los trabajadores que el 30 de junio de 1968 tuviesen hasta \$3.000.00 mensuales de salario integrado (básico más prima de antigüedad más prima móvil) y de dos pesos diarios a los que en la misma fecha tuviesen la misma suma por concepto de salario integrado solamente por el básico y la prima móvil (sin prima de antigüedad), la prestación de servicio de transporte hasta los lugares de trabajo en la ciudad de Buenaventura, v la prórroga de beneficios y prestaciones extralegales vigentes el 6 de enero de 1968. La de señalar hasta por dos años la duración en vigencia del laudo es facultad que a los árbitros otorga expresamente el art. 461 del C. S. T., por lo cual lo resuelto sobre este punto por el Tribunal no quebranta la regla legal pertinente, sino que, antes bien, se acomoda ella.

De ahí probablemente que la Asociación no se refiera, al sustentar la impugnación del laudo, a violaciones específicas de la ley distintas de las que atribuye al Tribunal respecto de los arts. 10., 90. y 100. del C. S. T., sobre las cuales se expresa así en la única parte de su extenso escrito en que la entidad impugnante concreta los preceptos que considera quebrantados:

"El fallo contraría los más elementales principios de justicia y equidad y lesiona sin atenuantes los preceptos constitucionales y legales

que consagran derechos a las organizaciones sindicales para buscar el perfeccionamiento de los sistemas de trabajo y remuneración, mediante los pliegos petitorios que conducen a la celebración de convenciones colectivas (...).

"La finalidad de la legislación laboral es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, según el claro mandato del art. 10. del C. S. T. Como el Tribunal se preocupa fundamentalmente por las utilidades de la Empresa v su situación financiera a tiempo que rechaza injustificadamente todas las aspiraciones de los trabajadores contenidas en el pliego de peticiones, se contraría abiertamente el espíritu y la letra de la disposición precitada. La coordinación económica y el equilibrio social que busca la norma legal se rompen al pretender el Tribunal consagrar en favor de la Empresa el statu quo en materia prestacional y negar a la Asociación de Empleados de la Flora Mercante Grancolombiana el derecho que tiene de solicitar aumentos de salarios y mejoramiento de condiciones de trabajo.

"La limitación que el laudo consagra al decretar los modestísimos aumentos de salarios (ords. primero y segundo) viola los preceptos noveno y décimo del C. S. T. por cuanto desvirtúa la protección que debe darse a los trabajadores y rompe el principio de que todos los asalariados son iguales ante la ley y tienen la misma protección y garantías.

"Al consignar el laudo un beneficio —así sea el más insignificante— para la mínima parte de los trabajadores y excluir a la gran mayoría, se trata de introducir un sistema discriminatorio que atenta contra los más elementales principios de justicia y equidad".

Los arts. 10., 90. y 100. del C. S. T., que se reputan violados no consagran derechos establecidos en favor de los trabajadores, sino que enuncian principios generales que han de tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de los textos.

Sobre el zarandeado tema de la equidad ha dicho recientemente la Corte:

"El art. 32 del C. C., consagra como regla general de interpretación de los pasajes obscuros o contradictorios de la ley la "equidad natural", y el 18 del C. S. T. establece como norma particular de interpretación del derecho laboral positivo la finalidad de éste según el art. 10. del mismo código, o sea, "lograr la justicia de las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económico y equilibrio social"; y el art. 19, también del C. S. T., dispone que "cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplica la que regula casos o materias semejantes (...) dentro de un espíritu de equidad". No cabe duda entonces de que los conceptos de "equidad", "coordinación económica" y "equilibrio social" son criterios que la ley misma dispone aplicar cuando el juzgador se ve en la necesidad de interpretarla o aplicarla".

"Pero, ¿qué es la equidad? Sobre ella dice Geny que es, de un lado, una especie de instinto o sentimiento, inconsciente y no razonado, que no difiere esencialmente de las revelaciones de la conciencia moral; de otro, la adaptación de la idea de justicia a los hechos, en consideración a las circunstancias individuales, teniendo en cuenta las ideas generales o bien modelándolas de conformidad con los elementos concretos (Derecho Positivo). (...) Este segundo concepto es el que se ha calificado por algunos doctrinantes como la justicia del caso concreto. porque permite adaptar los principios abstractos contenidos en las normas a las peculiaridades del supuesto de hecho, para de este modo "acomodar la ley especial a los diversos negocios que se presenten".

"Como simple sentimiento o conciencia de lo justo, la equidad escapa a las formulaciones de los jueces de derecho, estando reservada la solución de los conflictos que con ella toquen a los jueces llamados de equidad (porque fallan en conciencia), como son los tribunales de arbitramento" (Hom. 28 de marzo de 1969, en el conflicto laboral de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los Almacenes Generales de Depósito de Café con su Sindicato de Trabajadores).

Ahora, si el mejoramiento de las condiciones generales de trabajo por encima de los niveles mínimos establecidos en la ley o en laudos o convenciones colectivas anteriores es cuestión que depende —y no hay duda que lo es— de los dictados de la conciencia moral y del sentimiento que se tenga de lo justo según las particulares circunstancias del caso concreto (como las necesidades del trabajador, la naturaleza y consecuencias y el grado de aptitud y de esfuerzo que su realización requiera, la capacidad económica del patrono y su posibilidad inmediata de soportar las cargas, etc.), es obvio que ese

mejoramiento compete privativamente, en defecto de acuerdo entre las partes, a quienes tienen facultad de obrar en conciencia, atendiendo no solamente a las prescripciones generales que sobre derechos mínimos contienen las leyes sino también a las circunstancias particulares que configuran el caso concreto, mediante la apreciación de aquellos factores; es decir, a los árbitros, con exclusión de los jueces, a quienes no les corresponde armonizar o ajustar o conciliar opuestos intereses según principios de equidad natural, sino definir derechos según las normas legales. De ahí que la Corte haya mantenido invariablemente la doctrina de que la composición del conflicto de intereses es del resorte privativo del Tribunal de Arbitramento, mientras sus decisiones no rebasen los límites dentro de los cuales las leyes protejen al trabajo humano. Esos límites son los niveles mínimos de salarios, prestaciones e indemnizaciones que la ley señala y los derechos y facultades concretos reconocidos en preceptos legales o en convenios entre las partes, por lo cual no puede hablarse de violación del artículo 90. del C. S. T. mientras el laudo no desconozca esos niveles mínimos ni tales facultades o derechos. Como tampoco puede hablarse de procedimiento discriminatorio, y consiguientemente contrario a la equidad y a la protección que el Estado debe al trabajo, cuando se mejoran las condiciones laborales de un sector de asalariados sin extender los beneficios a los demás, pues la decisión bien puede encaminarse a corregir una esa sí injusta discriminación anterior: si con el procedimiento de equidad se persigue la aplicación de la idea de justicia a cada caso concreto, como lo piensan quienes se han ocupado y continúan ocupándose del tema, no es tomando en cuenta la universalidad ni buscando la uniformidad como debe realizarse esa justicia sino refiriéndola a los casos particulares según las peculiares circunstancias que los individualizan, que es como en el caso en estudio ha procedido el Tribunal de Arbitramento. Por eso está en lo cierto la Empresa cuando en el escrito en que se opone al recurso observa que "la política sindical 'progresista' se ha empeñado precisamente, y con razón, en favorecer de preferencia al personal más necesitado, aun dejando por fuera a los mejor remunerados, criterio compartido de buen grado por el sector patronal v cohonestado por el Gobierno y la jurisprudencia". No es siquiera discutible que la elevación del nivel de vida de los trabajadores que se encuentran en el estadio de la actividad laboral en que con menos beneficios se cuenta responde plenamente a las finalidades de justicia social, igualdad ante la ley y protección jurídica que de las leyes sociales predican los arts. 10., 90. y 100. del C. S. T., aunque el mejoramiento de los medios de subsistencia no comprenda a sectores que lo necesiten menos.

En la impugnación se invocan las Leves 187 de 1959 y 1a. de 1963 para realzar la falta de equidad que envuelve la negativa dada a la mayor parte de las peticiones de los trabajadores. La primera de estas leves crea el Consejo Nacional de Salarios, ordena al Gobierno reajustar "los salarios mínimos legales en vigencia, de acuerdo con las alzas registradas en el costo de la vida desde el momento en que esos salarios fueron promulgados" y provee al pago de una prima móvil con base en el costo de la vida según los índices del Dane, y la segunda dispone el reajuste semestral de los salarios por el Gobierno, cuando el índice total nacional de precios al consumidor demuestre un alza del 5% o más al final de cada semestre, habiendo quedado el Gobierno facultado para organizar el Consejo y verificar los reajustes y para determinar la fecha desde la cual debería pagarse la prima móvil. Con la mención de estas normas, cuya destinataria es la Administración Pública y no los patrones ni los tribunales de arbitramento, que no están obligados a cumplirlas mientras el Gobierno no obre conforme a los respectivos preceptos, la parte recurrente se propone demostrar que "el propio legislador encontró una situación crítica que afectó gravemente y sigue afectando con caracteres dramáticos a las clases trabajadoras", ya que "el costo de la vida aumenta sin controles" sin que siguiera sea dable "conocer la exactitud de los datos porque el Dane y el Gobierno se han negado a cumplir el mandato expreso del legislador que obliga a reestructurar los índices mensuales y los métodos para calcularlos con el objeto de corregir deficiencias y adecuarlos a la realidad", por lo cual "el Consejo Nacional de Salarios no funciona".

Como acertadamente se observa en el mismo escrito de impugnación, si el Gobierno no hizo uso de las facultades que respecto de reajuste de salarios y establecimiento de la prima móvil le otorgaron las Leyes 187 de 1959 y 1a. de 1963, fue porque entendió que tales medidas estimularían la espiral inflacionaria con su inevitable secuela de efectos perturbadores de la economía nacional; de suerte que cuando el Tribunal de Arbitramento se negó a ac-

céder a incrementos salariales que generalizados pudieran llevar a la temida espiral inflacionaria sin beneficio real alguno para el sector laboral, no solamente no quebrantó el principio de justicia en que deben inspirarse las relaciones entre patronos y trabajadores, sino que se acogió a una conducta prudente, acorde con el "espíritu de coordinación económica" con la orientación general de la Administración Pública que prescribe el art. 10. del C. S. T., va que el legislador reservó al juicio definitivo de ella la oportunidad para dar aplicación a aquellas medidas, con la mira de mantener el "equilibrio social" que pudiera resultar afectado por una incontrolada tendencia alcista de salarios y precios.

No observándose, pues, que el laudo vulnere alguna regla legal ni derechos o facultades reconocidas convencionalmente con anterioridad, y habiéndose tramitado el conflicto y pronunciado la expresada providencia con sujeción a la ley y acatamiento de los terminos que ésta prescribe, es el caso de homologarla sin salvedades, y así se hace.

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, HOMOLOGA el laudo proferido el dieciocho de julio de mil novecientos sesenta y ocho por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana, S. A. (Anegrán) y la mencionada empresa, y lo declara consiguientemente exequible.

Publíquese, notifíquese, cópiese, remítase con el expediente respectivo al Ministerio del Trabajo para los fines legales a que hubiere lugar e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía C., Secretario.

CARGA DE LA PRUEBA

La excepción de simulación debe probarla quien la formuló, conforme a principios y realas legales conocidos.

La alegación del recurrente pretende que al negar el demandado, la existencia del contrato de trabajo afirmando otros hechos constitutivos de excepciones, invirtió la carga probatoria, en forma que exoneró al demandante de la obligación de probar. Sobre este punto ha de decirse que el demandado no probó la simulación contractual que opuso al contestar la demanda; que el Tribunal dio por establecida la existencia del vínculo como debía hacerlo en razón de las probanzas que indicó expresamente en su fallo; pero que nada de todo ello obligaba al demandado a probar el tiempo de duración del contrato de trabajo cuya existencia negó, ni exoneraba al demandante de probarlo, ni cabía deducirla de la sola afirmación de éste. Que la excepción de simulación del sub lite debía probarla quien la formuló, conforme a principios y reglas legales conocidos; pero el hecho de que el demandado no lo hiciera así, no podía darse por establecido más que la existencia del vínculo, como la dio por demostrada el ad quem. Y la duración del contrato, dentro de fechas ciertas, no resultaba de su sola existencia, ni, por aquella falta de comprobación exceptiva, le incumbía demostrar al demandado, el tiempo realmente servido por su trabajador, porque ello no era materia de su excepción, ni por todo ello podía, en fin, el Tribunal, dar por probado el que afirmó el demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 31).

Según libelo que se radicó en el Juzgado Octavo Laboral Municipal de Bogotá, Raúl Fontana sirvió, en virtud de contrato escrito de trabajo, a la sociedad denominada Abraham Niño y

Compañía Ltda., desde el 10. de mayo de 1966 hasta cuando se vio obligado a dar por terminado el vínculo a causa de incumplimiento de las obligaciones del patrono. El cargo desempeñado fue el de Mecánico Electricista, en la fábrica de la sociedad situada en Bosa, mediante un salario de US\$ 400 mensuales, el cual le fue retenido en forma injustificada desde aquella fecha inicial hasta el 6 de noviembre del mismo año de 1966. Con base en los hechos anteriores demandó a la sociedad mencionada para que le cancelase US 2.478.78 por concepto de salarios causados y no pagados, correspondientes a seis meses y seis días de trabajo: US 600 a título de indemnización de perjuicios: US 207.12 por auxilio de cesantía; US 207,12 por prima de servicios; US 105 como compensación de vacaciones; los gastos de regreso a su país de origen y la indemnización moratoria a razón de US 13,33. Pidió, además, las costas del juicio.

La demandada se opuso a las pretensiones anteriores negando los hechos y sus fundamentos de derecho con la razón principal de que entre ellos no hubo contrato de trabajo, sino relaciones personales entre Fontana y el señor Abraham Niño, de las modalidades que relata el escrito de contestación de los fls. 15 a 17 del cdno. 10. del expediente, y, tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento la desató en fallo absolutorio de todos los cargos del libelo inicial, imponiéndole las costas al actor.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver la alzada que promovió el apoderado de Fontana, confirmó en todas sus partes el fallo del a quo. Declaró sin lugar a costas en la instancia. Sus razones principales fueron las de que si bien entre los litigantes existió un contrato de trabajo, el actor no probó el tiempo servido, extremo necesario para estimar las pretensiones de la litis.

Contra la sentencia anterior, dictada el 31 de octubre de 1968, el apoderado del actor interpuso el recurso de casación, que habiéndosele con-

cedido y tramitado en legal forma se va a resolver mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo escrito de oposición.

Se persigue el quebrantamiento del fallo impugnado para que, con revocatoria del de primera instancia, se acojan los pedimentos iniciales de la litis y, en subsidio, las peticiones relativas a indemnización por despido injusto, salarios insolutos, cesantía, gastos de regreso y mora en sumas de US 600, US 1.919,92 y US 160 respecto de las tres primeras, en su orden. Al efecto se formulan las siguientes acusaciones.

Primer cargo:

Por la vía indirecta acusa la violación de los arts. 55, 57, 59, 65, 132, 133, 134, 135, 149, 189, 249 y 306 del C. S. T.; 70., 80., 14, y 17 del Decr. 2351 de 1965; 70. y 80. del D. Regl. 1.373 de 1966, convertidos en legislación permanente por el art. 30. de la Ley 48 de 1968, al dejar de aplicarlos el Tribunal, que tampoco aplicó los arts. 49 y 51 CPT. 1757 y 1769 CC. y 593, 603, 604, 607, 609, 662, 663, 664 y 665 CJ. a consecuencia de errores de hecho manifiestos en los autos, provenientes de la falta de apreciación del documento auténtico que obró a los fls. 15, 16 y 17 del cdno. Epal. del expediente.

Los errores de hecho consistieron en dar por demostrado que Fontana trabajó para la sociedad demandada "sin precisar el tiempo de duración de la relación de trabajo"; en no dar por demostrado, estándolo, que el^o demandante trabajó para la demandada desde el 1o. de mayo de 1966 hasta el 6 de noviembre del mismo año; en no dar por demostrado, estándolo, que dicho contrato terminó en la fecha indicada al no permitirle el patrono al trabajador que continuara en la fábrica de Bosa; en no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad tan solo cubrió a Fontana por concepto de remuneración durante todo el tiempo de vigencia del contrato, las exiguas cantidades que registran los comprobantes de los fls. 11, 12, 13 y 14 del expediente; en no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad no canceló a favor de Fontana los 400 dólares mensuales estipulados en el contrato de trabajo de fl. 5 los cuales se causaron durante el tiempo de la vigencia contractual, y en no dar por demostrado, estándolo, que la sociedad demandada ha retenido injustificadamente los valores correspondientes a salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de su extrabajador.

El documento que se afirma no apreciado por el Tribunal es el escrito de contestación de la demanda, suscrito por el apoderado de la sociedad, el cual, según el recurrente, "contiene afirmaciones de la parte demandada que constituyen pleno reconocimiento de la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes y aceptación sin ambages ni reticencias sobre el hecho de que dicho contrato fue terminado por parte de la sociedad Abraham Niño y Compañía Ltda." Sobre el particular el recurrente examina el documento referido, alega en forma extensa acerca de él, reitera que los juzgadores de instancia no estimaron esta prueba para el esclarecimiento de los hechos, "habiéndose limitado a examinar el documento que obra al fl. 5 y las declaraciones de testigos visibles a fl. 37, 38, 39, 48, 49, 50, 51 del expediente, para concluír que si bien es cierto que aparece demostrada la existencia del contrato de trabajo no se acreditó plenamente el tiempo de su vigencia". Y en la alegación afirma: "En el caso sub lite se ve muy claro que la sociedad demandada, por intermedio de su apoderado, no se limitó a rechazar o negar los hechos fundamentales de la demanda de Raúl Fontana sino que hizo afirmaciones para tratar de desvirtuar tales hechos que constituven verdaderas excepciones, con lo cual invirtió la carga de la prueba sobre la existencia del contrato, su vigencia y la fecha de su terminación exonerando a la parte demandante de la obligación de probar".

Para resolver se considera:

Las violaciones de ley y los errores de hecho que afirma el acusador obedecieron, según este ataque, a que el Tribunal no apreció el escrito de constestación de la demanda (fls. 15, 16 y 17), pues de haberlo hecho habría encontrado establecido el tiempo de servicio, extremo necesario para acoger las peticiones de la litis. (La Sala precisa lo anterior respecto de las pretensiones sobre salarios insolutos, cesantía, vacaciones y primas, ya que la relativa al lucro cesante requería la demostración del despido injusto; los pasajes de regreso, los supuestos de la regla 8a. del art. 57 CST., y la mora, la mala fe patronal, hechos éstos que no aparecen cubiertos con la alegación del recurrente).

El escrito en cuestión es un acto procesal y no un documento en el sentido estricto de las pruebas judiciales, y aparece relacionado por el Tribunal al fl.71 al expresar el ad quem que la demanda "fue contestada por el apoderado de la sociedad demandada quien se opuso a las pretensiones del actor, como puede verse a los fls. 15-16 y 17 del expediente". No es admisible, pues, que se le señale como documento, ni, en el sub lite, como dejado de apreciar, para los efectos de la acusación conforme al art. 23 de la Ley 16 de 1968. Mas si se entendiera que la consideración transcrita del fallador no constituve propiamente un estudio probatorio y se acogiese el concepto con que se ha invocado la dicha pieza procesal en el recurso, claro es, porque así se desprende de su sola lectura, que en ella no se admitió el tiempo de la duración contractual, ni expresa ni implícitamente, como que la posición defensiva del demandado consistió en negar la existencia del contrato sin mostrar tampoco hecho alguno por el que pudiera deducirse el que los juzgadores no encontraron establecido. En consecuencia, el escrito de contestación de la demanda, si pudiera apreciarse por la Sala, no exhibiría el hecho afirmado por el acusador y no probaría el error que le abriese paso al examen de la violación de la lev.

Por otra parte, la alegación del recurrente pretende que al negar el demandado, en el dicho escrito, la existencia del contrato de trabajo afirmando otros hechos constitutivos de excepciones, invirtió la carga probatoria, en forma que exoneró al demandante de la obligación de probar. Sobre este punto ha de decirse que el demandado no probó la simulación contractual que opuso al contestar la demanda; que el Tribunal dio por establecida la existencia del vínculo como debía hacerlo en razón de las probanzas que indicó expresamente en su fallo; pero que nada de todo ello obligaba al demandado a probar el tiempo de duración del contrato de trabajo cuya existencia negó, ni exoneraba al demandante de probarlo, ni cabía deducirla de la sola afirmación de éste. Que la excepción de simulación del sub lite debía probarla quien la formuló, conforme a principios y reglas legales conocidos; pero del hecho de que el demandado no lo hiciera así no podía darse por establecido más que la existencia del vínculo, como la dio por demostrada el ad quem. Y la duración del contrato, dentro de fechas ciertas, no resultaba de su sola existencia, ni, por aquella falta de comprobación exceptiva, le incumbía demostrar al demandado el tiempo realmente servido por su trabajador, porque ello no era materia de su excepción, ni por todo ello podía, en fin, el Tribunal, dar por probado el que afirmó el demandante.

De todo lo anterior resulta que el escrito invocado por el recurrente ni responde a las exigencias de la Ley 16 de 1968, ni estudiado por amplitud, contiene el hecho que el fallador no dio por establecido, ni éste resultaba de la sola posición exceptiva del demandado.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Segundo cargo:

En forma subsidiaria acusa infracción directa de los mismos preceptos citados en el anterior, porque encontrándose probados, como lo consideró el ad quem, los hechos fundamentales sobre existencia del contrato de trabajo, la fecha de su iniciación, el salario devengado, la vigencia de dicho contrato, el Tribunal se abstuvo de hacer las declaraciones de los derechos que le asisten a Fontana y las condenas correlativas a cargo de la sociedad Abraham Niño & Cía. Ltda.

El recurrente transcribe pasajes de la sentencia acusada en que se reconoció la existencia del contrato y el sueldo pactado y se juzgó como necesario para la prosperidad de las pretensiones que el actor probase, sin que lo hubiese hecho, el tiempo de duración de los servicios, y alega, acerca de esto último, que por inversión de la carga de la prueba, determinada por las excepciones que formuló el demandado, quedaron acreditados todos los fundamentos fácticos de las acciones incoadas.

Manifiesta además el acusador que existe una jurisprudencia conforme a la cual si en un juicio no se han podido establecer exactamente las fechas de iniciación y de terminación del contrato de trabajo, debe fijársele un plazo razonable de duración con base en los elementos probatorios que obren en autos y mediante inferencia indiciaria. Finaliza pidiendo que si la Corte admite como fecha de terminación del contrato de la litis el último comprobante de pago que obra en ella se reconozcan las cantidades de dinero expresadas en subsidio.

Se considera:

Este ataque, formulado por la vía directa, desatiende la consideración principal del fallador de que no hubo prueba del tiempo de servicios. En otras palabras, para la aplicación de las normas que consagran los derechos pretendidos por el demandante, el Tribunal requirió, no solo los hechos que dio por establecidos y que el cargo enumera, sino otro que apreció inexistente y que sitúa la cuestión en el campo del ataque primero y la hace impropia del presente subsidiario. Por otra parte, el recurrente alega que el hecho de la duración del contrato sí está probado, debido al fenómeno de inversión de la carga probatoria. Pero además de que tal opinión es desacertada, conforme ya se explicó, el supuesto del recurrente lo obligaba a formular la acusación por error de hecho el dejarse de dar por establecido uno que, para él, sí lo estaba.

Que el asunto es fáctico lo muestra asimismo la aspiración subsidiaria conforme a una prueba que fijaría el hecho desconocido por el Tribunal en forma opuesta a su apreciación. Y de la jurisprudencia a que alude el acusador fácilmente se observa que ella requiere elementos probatorios que permitan inferir un plazo razonable de duración del contrato, los cuales no existieron para el Tribunal en el sub lite. Y si el recurrente estima lo contrario debió acusar aquí

también por error de hecho, y no escoger la presente vía directa, que se exhibe equivocada.

El cargo es inatendible.

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.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

En forma repetida ha dicho la jurisprudencia que cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquel, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 26).

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso, Alfonso Cárdenas. Pérez demandó a la empresa Acerías Paz del Río S. A. paraque, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenara a pagarle las cantidades que resulten probadas por los conceptos de auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, reajuste de salarios, recargo por trabajo nocturno, indemnizaciones por lucro cesante y por mora y las costas del juicio.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios a la demandada, en el cargo de Operador de 1a. de Trefilería (Estirador) y con un salario último de \$8,70 diarios, más una prima de alimentación de \$1,80, desde el 29 de abril de 1957 hasta el 1o. de enero de 1960, fecha en la que fue despedido injustamente. Trabajó en turnos rotativos que comprendían horas nocturnas, sin que se le hubiesen remunerado en legal forma. Devengó un salario inferior al de su compañero Jorge Henao, quien ocupaba el mismo cargo en igualdad de condiciones y eficiencia. No se le pagaron los aumentos consagra-

dos en el Decreto 0118 de 1957 y en la cláusula 1a. de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en julio de ese año.

La empresa contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros; se opuso a las pretensiones del actor y alegó las excepciones de pago e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia condenando a la demandada a pagar las sumas de \$1.412.70 por concepto de nivelación de salarios; \$16,20 por reajuste de cesantía, igual cantidad por reajuste de prima de servicio y \$13,40 diarios, desde el 1o. de enero de 1960 hasta cuando se cancele el valor de las otras condenas, como indemnización moratoria; la absolvió de los restantes cargos, declaró no probadas las excepciones y le impuso la mitad de las costas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo resolvió el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, en sentencia de primero de abril de mil novecientos sesenta y cinco, confirmando la del a quo y absteniéndose de hacer condenación en costas.

Contra esa decisión, el apoderado de la entidad demandada interpuso el recurso de casación que va la Corte a resolver, mediante el examen de la respectiva demanda y de los dos cargos que en ella se formulan. No hubo escrito de oposición.

Aspira el recurrente a que se case parcialmente el fallo impugnado, en cuanto condena a pagar nivelación de salarios, reajuste de prestaciones e indemnización por mora. No expresa qué debe hacerse con el proveído de primer grado, ni qué decisión debe adoptar la Sala en sede de instancia, pero la Corporación entiende que pretende su revocación en los mismos puntos y, en su lugar, que se absuelva a la demandada. Por ello, no obstante la deficiencia anotada, se procede al examen de los cargos.

Primer cargo.- La sentencia es violatoria, por aplicación indebida, del art. 65 del C. S. T., en relación con el 143, 249, 253 y 306 ibídem, a consecuencia de evidentes errores de hecho originados en la equivocada apreciación de la diligencia de inspección ocular y de la copia de la Convención Colectiva de Trabajo.

El error consistió en "no encontrar demostrada, estándolo, la buena fe patronal en la negativa justificada, acreditada y explicada por la demandada, a pagar salarios de antiguedad, experiencia y eficacia en un mismo oficio, a quien no lo tiene".

En su desarrollo, después de transcribir el aparte del fallo acusado en donde se dan las razones para aplicar el art. 65 del C. S. T., procede el recurrente a analizar las/pruebas que singulariza para deducir de ellas que, aunque prueban que el actor y el trabajador Jorge Henao Castrillón desempeñaron durante un mismo lapso idéntico cargo, también demuestran que sus clasificaciones fueron diferentes y consecuencialmente sus remuneraciones, no solamente en su cuantía sino en su forma de pago, pues mientras el primero trabajaba a jornal, el segundo devengaba un sueldo pactado por meses. Y agrega que, "no obstante ser igual el cargo, la clasificación fue distinta, por simples razones de equidad y eficiencia, no tanto en la empresa como sí en el cargo y en el Departamento donde cumplió su labor". Ese tratamiento diferente está autorizado en la cláusula 19 de la Convención Colectiva, que dice: "Cuando a juicio de la empresa haya dos o más trabajadores con iguales condiciones de aptitud, preparación, eficacia en el trabajo y que llenen las condiciones requeridas para ocupar competentemente una posición más alta y para la cual haya vacante, la empresa preferirá para efectos de ascenso al trabajador más antiguo".

Hubo error —continúa el impugnante— al subordinar la calificación de una conducta, de la buena fe como principio esencial, al entendimiento o aceptación de principios de administración de empresas que, entendidos o no por el fallador, fueron acreditados en autos. Y no menos grave es la afirmación errónea, que da lugar a la aplicación indebida del art. 65 del Código, de que éste opera en forma mecánica, cuando se produce una condena por prestaciones y salarios.

Se considera:

Las razones en que el sentenciador apoyó la

condena por indemnización moratoria, aparecen expresadas así:

"El señor apoderado de la Empresa demandada ha alegado y citado jurisprudencia acerca de
la buena fe conque ha actuado Acerías en el aspecto de las reclamaciones contenidas en la demanda. Sin embargo la Sala encuentra que la
sanción del art. 65, en el presente juicio, cae en
una forma mecánica sobre la parte demandada,
porque se ha demostrado que es deudora de
valores ciertos y determinados, y porque con la
sola afirmación de que la empresa procede de
buena fe no se desvirtúa la negativa que desde
el comienzo del juicio y especialmente en la respuesta de la demanda ha dado la empresa a
las peticiones y derechos del trabajador".

Como fácilmente se observa, el fundamento de la decisión discutida, o al menos su principal soporte, lo constituye la afirmación de que la sanción que consagra el aludido art. 65 debe imponerse automáticamente a la parte demandada cuando en los autos aparece acreditado que adeuda al trabajador cantidades ciertas y determinadas. El sentenciador adoptó este criterio considerando la norma en sí misma y fijándole el alcance o contenido que estimó más apropiado. Pero no vinculó su razonamiento a los medios probatorios allegados al proceso. por lo cual no pudo hacer una equivocada apreciación de ellos, ni incurrir en el error de hecho que se le atribuye. La vía escogida por el impugnador no era, por lo tanto, la adecuada para formular su ataque.

Cuando el fallo expresa que "la sola afirmación de que la empresa procede de buena fe no desvirtúa la negativa que ha dado a las peticiones y derechos del trabajador", no está admitiendo el elemento "buena fe" como factor integrante de la norma y exonerante de la sanción, como sí lo ha entendido de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte, pues sostiene el criterio de que su aplicación debe ser automática o mecánica, según su propia expresión, sin que sea preciso atender a la buena o mala fe en la mora.

Mas si se estimara que la falta de demostración de la buena fe es otro fundamento de la condena y que el recurrente, en el evento más favorable para él, logra demostrar el error de hecho que imputa al fallador, el cargo no sería suficiente para producir el quebrantamiento de la sentencia, puesto, que, aún así, quedaría sostenida por el otro soporte no atacado en el recurso. Para desquiciarla, en el supuesto de que la decisión descansara sobre los dos pilares a que se ha hecho referencia, era necesario que se la impugnase por ambos aspectos, mediante la formulación de dos cargos distintos, cada uno por su vía, complementarios entre sí.

El ataque, tal como ha sido presentado, es ineficaz y se rechaza, en consecuencia.

Segundo cargo.- Acusa el fallo de ser violatorio, por aplicación indebida, del art. 143 del C. S. T., en relación con los arts. 249, 253 y 306 ibídem, causa del evidente error de hecho de no haber dado por demostrado, estándolo, "que el demandante Cárdenas devengó por un trabajo igual al cumplido por Jorge Henao un salario igual a éste". El error provino de la equivocada apreciación que hizo el sentenciador de la diligencia de inspección ocular y de la Convención Colectiva de Trabajo.

Admite el casacionista que el actor y Henao desempeñaron, durante un mismo tiempo, idéntico cargo en la empresa. Y afirma que ambos devengaron igual salario, o sea el asignado a la Clasificación E-I, pero que Henao recibía una mejor remuneración, por su eficiencia, experiencia o preparación, en cumplimiento de la Clausula 19 de la Convención Colectiva, pues sus clasificaciones en el escalafón de la empresa eran diferentes, como aparece comprobado en la diligencia de inspección ocular.

Concluye diciendo que el Tribunal violó el art. 143 al aplicarlo en el caso de autos, pues desconoció que la empresa le había dado cumplimiento, "agregando unos valores para las situaciones no reguladas por dicho texto, como el incentivo salarial, que es la forma patronal de estimular la superación de los trabajadores".

Se estudia:

En forma repetida ha dicho la jurisprudencia que cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmar-la que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apoyar la solución a que llegó aquel, ni tampoco que se hayan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas.

El presente cargo adolece del defecto apuntado, pues en él no se hace referencia alguna a
los testimonios rendidos por Januario Rengifo
y Luis Ignacio Palencia, pruebas en las cuales
aparece apoyada, de manera muy especial y categórica, la decisión del ad quem en lo relacionado con la condena por concepto de nivelación
de salarios. Se ataca, en cambio, predicándose
de ella equivocada apreciación, la copia de la
Convención Colectiva de Trabajo, cuando la realidad fue que el juzgador no la tuvo en cuenta
para definir el punto a que alude la censura. Si
no la apreció, mal puede decirse que fue erróneamente estimada.

Por consiguiente, esta acusación también merece el rechazo de la Sala por ser absolutamente ineficaz.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo con fecha primero de abril de mil novecientos sesenta y cinco.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

PRESCRIPCION

La prescripción opera solamente en beneficio de quien la alega expresamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 34).

Saúl Miguel Pinto Jiménez, obrando por conducto de apoderado, pidió ante el Juzgado del Circuito de Cereté que se condenara a la sucesión ilíquida de José Antonio Padilla Polo, representada por sus herederos Sol Padilla de Padilla, Elor Padilla de Martínez, José Padilla Velásquez, Mireya Padilla de Espinosa, Blanca Padilla Martínez, Parmenio Padilla Martínez, Elizabeth Padilla Martínez, Jorge Eliécer Padilla Torres y Miguel Enrique Padilla Torres, a pagarle auxilio de cesantía correspondiente a catorce años de servicio, vacaciones no disfrutadas en el mismo tiempo, primas de servicio, valor de calzado y overoles, dominicales y días feriados, trabajo nocturno, subsidio familiar y salarios caídos.

Afirmó el demandante haber trabajado al servicio del finado Padilla Polo (alias el Blanco) desde el año de 1945 en las fincas denominadas Panamá, Chuchurubí, Los Cañitos, El Caño del Padre, El Quemado y Wilches, donde desempeñó labores de vaquería, postura y composición de cercas, desmontes, corte, recolección y acarreo de leñas y plátanos, celaduría y limpieza de plataneras, y administración de las fincas El Quemado y Wilches donde actualmente vive. Aseveró que no hubo convenio sobre salarios en dinero y que solo recibió salario en especie consistente en alimentación y vivienda; que trabajó también los domingos y días feriados y tuvo que desempeñar múltiples tareas durante las horas de la noche; que no ha recibido el pago de las prestaciones, remuneraciones e indemnizaciones que reclama y que la relación de trabajo terminó el 18 de octubre de 1959 con la muerte del señor Padilla Polo.

Corrido el traslado de la demanda, solamente la heredera Mireya Padilla de Espinosa dio contestestación a ella, por medio de apoderado, haciendo las siguientes manifestaciones:

"Los hechos de la demanda, los niego todos, por la sencilla razón que entre el señor José Antonio Padilla y Saúl Miguel Pinto Jiménez no existió relación laboral alguna. Sucedió que el señor Padilla, quien tiene un parentesco con Pinto, condolido porque éste carecía de habitación con los suyos, más que todo por caridad, le dio para que viviera en una casa situada en una finca de propiedad de Padilla. Fue a este título que en derecho civil se llama comodato, que en el presente caso es precario, porque no se le fijó término, que Pinto se encuentra en la propiedad del finado señor Padilla. De allí que salía Pinto a trabajar por su cuenta y en fincas de distintos propietarios. Niego también el derecho que se invoca y pido consecuencialmente, la absolución de los demandados".

Concluída la tramitación del juicio el señor Juez del Circuito de Cereté, en sentencia pronunciada el 15 de diciembre de 1960, condenó a la sucesión de Padilla Polo a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: por cesantía, \$3.904.60; por vacaciones, \$1.838.00; por primas de servicio, \$2.504.60; por dominicales, \$6.751.08; por días feriados, \$1.825.29; y por salarios caídos, \$9.23 a partir del 18 de octubre de 1959 hasta cuando se produzca el pago respectivo. Condenó además a la sucesión a cubrir los honorarios del abogado gestor y las costas causadas.

La sentencia de primer grado fue apelada por el representante judicial de Mireya Padilla de Espinosa y por los apoderados de Elizabeth Martínez de Castro y Genera Torres, quienes figuran en el juicio como representantes legales de los menores Blanca Padilla Martínez, Jorge Eliécer y Miguel Enrique Padilla Torres. Al resolver la apelación, el Tribunal Superior de Montería, Sala Civil-Laboral, en fallo pronunciado el 5 de julio de 1961, la reformó en el sentido de suprimir la condenación por salarios de dominicales y días feriados, dejando en firme las demás decisiones.

Contra el fallo de segunda instancia interpusieron el recurso de casación los apoderados de los demandados Elor Padilla de Martínez y Genara Torres Rozo, reconocidos en el juicio. Concedido el recurso extraordinario, admitido por esta Sala y sustanciado en debida forma, se pasa a resolverlo con base en la demanda presentada por el apoderado de Jorge y Miguel Enrique Padilla Torres y en el alegato de oposición formulado por el apoderado del demandante.

El recurrente fija así el alcance de la impugnación:

"Persigo el quebrantamiento total del fallo recurrido, en cuanto decretó las condenas que serán objeto de las acusaciones que adelante formularé v en cuanto se abstuvo de absolver en forma expresa por algunos de los extremos de la litis como ya lo anoté, para que en lugar de aquella resolución judicial, esa honorable Sala, en función subsiguiente de instancia, absuelva a la parte demandada en el juicio de todas las acciones instauradas por el demandante. En subsidio, solicito la casación parcial respecto de cada uno de los ordenamientos condenatorios por los extremos de cesantía, vacaciones y primas de servicios, para que se les reduzca a los valores que se consideren legalmente debidos, y absolución por indemnización moratoria".

Con el propósito indicado formula cinco cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer cargo:

Expresa el recurrente: "La sentencia ya mencionada la acuso de ser violatoria, por aplicación indebida de los arts. 22, 23, 65, 186, 189, 249, 253, 306 del C. S. T.; 40. del Decr. 1160 de 1947, 10. del Decr. 0118 de 1957 y 12 de la Ley 6a. de 1945, infracciones en que incurrió el Tribunal por vía indirecta, a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras, todas las cuales analizaré adelante".

Explica que el error de hecho en que incurrió el Tribunal consistió en dar por demostrado que el demandante trabajó para el señor José Antonio Padilla Polo bajo dependencia laboral y mediante salario, por lo cual está amparado por la legislación laboral, siendo así que las pruebas tenidas en cuenta no establecen tal cosa, y otras dejadas de apreciar demuestran que no hubo contrato de trabajo o que no hay derecho a las prestaciones que se reclaman.

Como pruebas mal apreciadas señala los testimonios de Domingo Romero Nisperuza (fls. 27-28), Nicolás Rivero Jiménez (fl. 28), Ismael Espitia Contreras (fl. 41), José Hernández Ruiz (fl. 55) y Pablo Espitia Contreras (fl. 56), y las posiciones absueltas por José Padilla Velásquez (fl. 51). Como pruebas no apreciadas señala la comunicación del Juez Municipal de Cereté que obra al fl. 35 que da cuenta del adelantamiento de diligencias penales en averiguación de un delito de daño en bienes ajenos (de la sucesión demandada) en que figura como sindicado el demandante, y el testimonio de Ricardo Pérez Blanquicet (fl. 30).

En relación con la prueba testimonial censura el recurrente al Tribunal porque le atribuye suficiente credibilidad a las declaraciones primeramente citadas en lo relativo a la existencia del contrato de trabajo, v sin embargo no las encuentra lo bastante claras, explícitas v afirmativas para demostrar la prestación de servicios en domingos y días festivos o en horas nocturnas. Alude a otro juicio, adelantado por Nicolás Rivero Jiménez contra la misma sucesión, en que el Tribunal descalificó por interesados los testimonios de las personas nombradas, en relación con las mismas pretensiones de trabajo extraordinario, y dice que por igual tacha deberían ser descalificados en este juicio.

Se refiere a las posiciones absueltas por José Padilla Velásquez (uno de los herederos que figuran en la demanda), a las cuales tanto el Tribunal como el Juzgado atribuyeron valor de confesión plena, para observar que tal prueba no vale ni como declaración de parte (confesión) ni como simple testimonio. No es confesión porque el absolvente no habla de hechos personales propios, sino de hechos del finado José Antonio Padilla Polo: además, dice que el absolvente no estaba en posibilidad de ser perjudicado por los hechos que confiesa, ya que enajenó sus derechos y acciones en la sucesión, como le consta al mismo recurrente. Explica que tampoco, se trata de una simple declaración de testigo, porque el deponente se limita a responder que es cierto el contenido de cada pregunta, contra lo que exige el art. 688 del C. J.

Dice que no podía descalificarse por ningún motivo la declaración de Ricardo Pérez Blanquicet, quien expresa muy claramente que el demandante no servía al finado Padilla Polo en virtud de dependencia laboral que se retribuyera con criterio de salario, sino que recibía de él, por alguna relación de parentesco, el tratamiento de hijo, así como techo y alimentación; actitud muy propia del finado, que se distinguió por su generosidad con propios y extraños. Deduce que si todo era liberalidad, desaparece la noción de salario.

Termina el recurrente solicitando "la casación parcial del fallo recurrido, para que en su lugar y convertida la Sala en tribunal de instancia, mediante la correcta apreciación del material probatorio, declare que no hubo contrato de trabajo entre el demandante Pinto Jiménez y Padilla Polo y absuelva a la parte demandada de todas las pretensiones del libelo inicial".

Se considera:

El Tribunal, en las consideraciones que hace sobre el aspecto que se contempla en el cargo. o sea la existencia del contrato de trabajo. sienta el principio de que la falta de estipulación de un salario no se opone aquella realidad, porque "de autos viene demostrado, con abundancia de pruebas, que el demandante Pinto Jiménez sí prestó sus servicios en diversos menesteres agrícolas y ganaderos al finado Padilla Polo", y porque de acuerdo con el art. 27 C. S. T. "todo trabajo dependiente debe ser remunerado". Y expresa luego: "La Sala considera que sí existe en el caso que se revisa el contrato de trabajo, el que se encuentra probado en los testimonios de los señores Domingo Romero Nisperuza, Nicolás Rivero Jiménez, Ismael Espitia Contreras, José Hernández Ruiz, Pablo Espitia Contreras, y además con la confesión de José Antonio Padilla Velásquez (fl. 51), cuyo carácter de heredero le da gran fuerza probatoria a lo dicho en la absolución de posiciones respecto de la relación laboral entre el demandante v el demandado Padilla Polo".

El recurrente, como lo observa el opositor, no se ocupó realmente de demostrar por qué fueron mal apreciados los testimonios relacionados por el Tribunal, o que ellos impongan conclusiones distintas. Se limitó a censurar que el Tribunal les diera pleno valor probatorio en cuanto afirman la prestación del servicio personal subordinado, durante determinado tiempo, y no los encontrara suficientes para demostrar el trabajo nocturno y el de los domingos y días feriados. En su opinión, debía atribuírles igual mérito en uno y otro aspecto; y como así no lo hizo, cometió un error manifiesto.

La crítica del recurrente no es fundada. En efecto, los testigos afirman con toda claridad que Pinto Jiménez trabajó desde el año de 1945 al servicio de Padilla Polo desempeñando en varias de sus fincas diversos oficios propios del campo; que no recibió por su trabajo sino alimentación y vivienda y que dejó de ser trabajador en las mismas fincas al sobrevenir la muerte del señor Padilla Polo. Pero los mismos testigos, cuando fueron interrogados acerca del trabajo extraordinario, no fueron igualmente afirmativos. Así, Domingo Romero dice: "No era con frecuencia que trabajaba los domingos días de fiesta (sic) sino cuando se ofrecía, también se trabajaba horas extras cuando se ofrecía el caso" (fl. 28); Nicolás Rivero afirma apenas que "había veces" que se trabajaba de noche (fl. 29); Ismael Espitia habla de trabajo extraordinario por lo que le ovó decir al mismo demandante (fl. 41); José Hernández Ruiz (fl. 56) dice que no sabe si el demandante trabajaba los domingos y días feriados permanentemente, ni que trabajara horas extras; y Pablo Espitia para referirse al trabajo en domingos y feriados habla de "algunas ocasiones" y de que no tiene conocimiento de servicios prestados durante la noche (fl. 57).

Los testigos asumieron, pues, actitudes distintas para referirse a los dos aspectos en cuestión. Se justificaba, entonces, la distinta apreciación del fallador.

El recurrente censura, además, al Tribunal por haber tomado en cuenta los testimonios aludidos siendo así que provienen de quienes fueron compañeros de trabajo del demandante, y presuntos demandantes de la misma sucesión. Pero constante jurisprudencia enseña que el hecho de que los declarantes sean compañeros de trabajo no es razón para desechar sus testimonios, porque tales personas son las que tienen información más directa y completa sobre extremos como la labor desarrollada, las condiciones de trabajo y la duración del mismo. Por lo demás, en autos no está demostrado que alguno de los testigos dichos haya instaurado acción judicial contra la sucesión de Padilla Polo.

En cuanto a las posiciones absueltas por José Padilla Velásquez, basta observar que no constituyen prueba única; que ellas confirman lo aseverado por los testigos en tal forma que si el Tribunal hubiera omitido su mención, todavía sus conclusiones tendrían sólidos fundamentos probatorios.

La declaración de Ricardo Pérez Blanquicet no alcanza a desvirtuar por sí sola la conclusión del fallo recurrido. De una parte, el testigo se refiere apenas al tiempo transcurrido entre 1938 y 1948, y ni siquiera niega la prestación de servicios en tal época, pues habla de que Padilla Polo "lo ocupaba (el demandante) para hacer diligencias o más mandados de la casa"; de otra parte, dice que no era propiamente trabajador porque "yo entiendo que una persona es trabajadora de otra cuando por su servicio se le paga un sueldo determinado"; explicación que no tiene importancia ante lo que prevén los arts. 24 y 27 del C. S. T.

En conclusión, no está demostrado que el fallador de segunda instancia hubiera incurrido en manifiesto error de hecho al afirmar que se encuentran probados en autos los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Expresa el recurrente:

"En el fallo del Tribunal se expresan estos conceptos (fl. 20): Resulta igualmente inadmisible por extemporánea, la excepción de prescripción de algunas prestaciones, presentada por el doctor Patrón, porque el art. 32 del C. de P. L., dispone que las excepciones tanto perentorias como dilatorias deben ser propuestas en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, lo que no ha ocurrido en el caso sub judice, ya que los apoderados de la parte demandada, dejaron precluir las oportunidades legales para formular excepciones".

"Por este aspecto acuso la sentencia de ser violatoria, por errónea interpretación del art. 32 del C. P. del T. y subsiguiente falta de aplicación de los arts. 341 y 343 del C. J., 145 y 151 del CPT y 488 CST., violaciones que produjeron la indebida aplicación de los arts. 249, 253, 186, 189, 306, del CST., y 40. del Decr. 1160 de 1947, 12 de la Ley 6a. de 1945 y 10. del Decr. 0118 de 1957".

Aduce el hecho de que el apoderado de uno

de los herederos propuso ante el Tribunal la excepción de prescripción, según se ve en el fl. 13 del cuaderno de segunda instancia. Dice que el fallador entendió mal el art. 32 del C. P. L., porque las excepciones perentorias pueden proponerse en cualquier oportunidad, según lo ha definido la jurisprudencia. Y solicita, en consecuencia, la casación de la sentencia en este aspecto, para que se declaren prescritas las obligaciones que tengan como causa hechos acaecidos con anterioridad a los tres años, según las previsiones de los arts. 151 del C. P. L. y 488 del C. S. T., reduciendo las condenas por vacaciones y primas de servicio en consonancia con esta demostración.

El opositor considera que el cargo debe rechazarse por cuanto el art. 32 del C. P. L. es de mero orden procesal. Observa además que la prescripción empieza a correr desde que las obligaciones se hacen exigibles, lo cual ocurre respecto de las vacáciones luego de transcurrido el año y que por lo mismo esta prestación se debe desde cuatro años atrás, y las primas de servicio desde tres años y medio.

Se considera:

Contra lo que opina el opositor, la formulación del cargo es correcta, pues la violación del art. 32 C. P. L. por errada interpretación, se acusa en conexión con otras normas de indiscutible carácter sustantivo, las que se consideran consecuencialmente mal aplicadas.

No obstante, la acusación debe rechazarse porque quien la formula no representa interés en el derecho que se pretende agraviado. En efecto: la prescripción opera solamente en beneficio de quien la alega expresamente; y de todos los interesados solamente Elor Padilla de Martínez, por medio de su apoderado, manifestó en la instancia su voluntad de acogerse a ella (V. fl. 13 cdno. de segunda instancia).

Es cierto que también el apoderado de Elor Padilla de Martínez interpuso el recurso extraordinario. Pero el demandante en casación solamente tiene poder de Genara Torres, representante legal de los menores Jorge Eliécer y Miguel Padilla Torres.

No se diga que por tratarse de una deuda hereditaria y por haber sido demandados todos los herederos que representan la sucesión, las defensas se comunican entre los varios sujetos citados al juicio.

De un lado, el art. 1411 del C. C. dice que las

deudas hereditarias "se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas"; de otro, el art. 2513 ibídem establece: "El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio". Por la primera de estas disposiciones se puede concluír que tratándose de deudas divisibles, el litis consorcio que se forma entre los herederos demandados no es necesario; y por la segunda que el proponer la excepción de prescripción es un acto de voluntad puramente individual. Por similitud de los temas viene al caso citar lo que expresó la Corte (Sala Civil de Casación) en sentencia de 24 de septiembre de 1963 (Juicio de Francisco Vernaza contra los herederos de Mercedes Sierra de Pérez por servicios médicos):

"Precisamente, tratándose de las deudas hereditarias que no son indivisibles, dispone el art. 1411 del C. C. que ellas "se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas", lo que significa que, por el solo hecho de la muerte del acusante, sus deudas se dividen ipso iure entre los herederos, de modo que cada acreedor tendrá en lugar de un deudor único, que lo era el de cuius, varios deudores, que lo son sus herederos, cada uno de estos en la porción correspondiente a su cuota de la herencia. Así la cuota de deuda que a cada heredero le quepa es personal e independiente de las que corresponden a los demás y sólo afecta a la cuota de herencia que al mismo le toque en la sucesión".

"Y nada modifica la situación el hecho de que el actor hubiera demandado conjuntamente a todos los herederos de la primitiva deudora, optando por la acumulación de acciones contra personas colocadas en litis-consorcio pasivo facultativo,... porque la acumulación de tal especie, que es un sistema de economía procesal, no implica la unificación sustancial de las acciones acumuladas, sino que deja a cada una su identidad propia, de modo que cada demandado es independiente de los demás respecto de las defensas y medios de contrataque reconocidos por la ley".

En relación con la excepción de prescripción propuesta en el mismo juicio por dos de los herederos y no por otro, y con la incidencia de este hecho en el recurso de casación, expresó la Corte en la misma sentencia:

"Mas resulta que el representante de la demandada Clara Sierra no propuso tal excepción en el juicio y, como según lo dicho, ésta tenía que ser interpuesta singularmente por su parte, ninguna eficacia al respecto pudo tener el que el apoderado de los demandados Alvaro y Olga González Sierra, en su alegato de segunda instancia, la hubiese invocado también en favor de "la sucesión"; ni efecto alguno tiene el que el mandatario de la recurrente intente prevalerse de esas defensas en casación, pues esta no es una tercera instancia, de modo que los hechos que no se ventilaron en el juicio no pueden ser traídos al recurso extraordinario, por constituír medios nuevos extraños al mismo".

En el presente caso uno solo de los herederos alegó la prescripción; y quién la alegó no es el que ha presentado la demanda de casación.

No se acepta el cargo.

Tercer cargo:

Expresa el recurrente: "Igualmente acuso la sentencia objeto del presente recurso de ser violatoria por aplicación indebida de los arts. 249, 252 y 253 del C. S. T., en relación con el 40. del Decr. 1160 de 1947, sobre cesantía; 186 y 189 del C. S. T., en relación con el ord. e) del art. 12 de la Ley 6a., de 1945 sobre vacaciones; 306 del C. S. T. sobre primas de servicios; y 65 del C. S. T. sobre indemnización por mora, y del art. 10. del Decr. 0118 de 1957, sobre aumento de salario, infracciones indirectas en las que incurrió el Tribunal a consecuencia de errores de hecho, manifiestos en los autos, que provinieron de la mala apreciación de las pruebas que adelante anotaré.

"Estas pruebas son la demanda inicial, transcrita por el fallador; los testimonios de Domingo Romero Nisperuza, Nicolás Rivero Jiménez, Ismael Espitia Contreras, José Hernández Ruiz, Pablo Espitia Contreras y la absolución de posiciones de José Padilla Velásquez y el dictamen pericial sobre salarios en especie que obra a fls. 53 a 55 del cdno 10."

Transcribe el recurrente la parte de la sentencia impugnada que acoge la liquidación de prestaciones hecha por el Juzgado, con un salario base de \$ 280,00 mensuales y de \$ 9,23 diarios para efecto de la indemnización moratoria. Habla de que el nombramiento del perito y su posesión se cumplieron fuera de audiencia, por lo cual la actuación correspondiente está viciada de nulidad. Luego expone:

"Si llegara a aceptarse que el demandante trabajaba recibiendo como remuneración por su trabajo, la alimentación y habitación, ya que por parte alguna aparece tampoco que ganara más y que en consecuencia si lo fijado por el perito fuera la correcta deducción del salario para un campesino en la región del Sinú, ese salario excede al salario mínimo fijado por los Decretos citados y en consecuencia no puede agregarse a esa suma del salario base de la liquidación a que se refiere el Juez otra suma por concepto de salario mínimo. Si aquella primera suma deducida por el perito no alcanzara al salario mínimo, se justificaría aumentarlo hasta este, pero no agregarle el valor del salario mínimo al salario ya deducido por el perito, por lo cual se llega al absurdo de aquellas crecidas condenaciones, que resulta repulsiva al fiiarse en \$ 9.93 diarios por salarios caídos en varios años, en que se discute el derecho alegado.

"Aparte, pues de la nulidad observada en relación con aquel dictamen pericial, que por otra parte no se halla fundamentado en forma legal, ya que solo lo asisten vaguedades, por lo cual resulta caprichoso a todas luces, resaltan aún más las erróneas apreciaciones del juzgador para aumentar el salario diario del actor hasta aquella cantidad que resulta fantástica en relación con lo que ganan nuestros campesinos del Sinú, región cuyos campos son productores de todo lo que constituye precisamente la base de esa diaria alimentación".

Termina pidiendo, en consecuencia, que se case el fallo recurrido para que se fije el verdadero salario, y con base en él se liquiden las prestaciones e indemnizaciones, si hubiera lugar a ellas.

El opositor, por su parte, hace la observación de que la censura relacionada con el nombramiento y posesión del perito contempla una cuestión de mero orden procedimental y por ello no es motivo de casación; y que el recurrente no ha demostrado el error de apreciación de pruebas que imputa al juzgador, porque no ha explicado en qué consistió esa mala apreciación ni la incidencia que ella haya tenido en la sentencia.

Se considera:

1. Ni la sentencia del Tribunal ni la de primer grado contienen especiales razonamientos acerca del salario básico. El Juzgado se limitó a hacer una liquidación de las prestaciones, distinguiendo dos períodos: para el primero, anterior a la vigencia del Decr. 0118 de 1957, sumó al salario en especie estimado pericialmente (\$ 160,00 mensuales) el salario mínimo vigente en la época (\$ 120,00 mensuales)

suales), fijando así una base de \$280,00 mensuales; para el segundo período, posterior al lo. de julio de 1957, sumó a aquellos dos factores el aumento establecido por el mencionado Decr. calculado sobre el valor del salario mínimo, adoptando así una base de \$298,00 mensuales. El Tribunal, por su parte, apenas expresó sobre el particular: "La Sala encuentra fundada y acoge en consecuencia la condena hecha por el a quo respecto de las siguientes prestaciones: cesantía, vacaciones, prima de servicios y salarios caídos".

2. Las pruebas que el recurrente señala como mal apreciadas son: la demanda inicial, el dictamen pericial y las declaraciones de Domingo Romero, Nicolás Rivero, Ismael Espitia, José Hernández y Pablo Espitia.

Por lo que se refiere a la demanda inicial y a los testimonios, el recurrente no hace ninguna consideración sobre lo que tales pruebas dicen en relación con el tema planteado en el cargo. No expresa por qué fueron mal apreciadas ni cómo han debido apreciarse, ni qué error se produjo a través de su apreciación. Por lo demás, el Tribunal tampoco mencionó ni utilizó esas pruebas para liquidar las prestaciones y la indemnización moratoria en la medida en que lo hizo.

Pudiera pensarse que hayan sido relacionadas en la formulación del cargo por cuanto se desprende, tanto de la demanda inicial como de los testimonios, que aparte del salario en especie, consistente en alimentación y vivienda, el demandante no recibió otra remuneración. Pero esto no es un hecho controvertido, y el Tribunal no afirmó lo contrario, ni cosa distinta, pues como ya se vio, en torno al salario básico no hizo ninguna especial consideración, limitándose a acoger las condenas hechas por el a quo en lo tocante a cesantía, primas de servicio y salarios caídos; y el Juzgado, a su vez, al liquidar tales condenas sumó, sin dar tampoco explicación ninguna sobre su proceder, el salario mínimo vigente en la época al salario en especie avaluado por el perito.

En lo tocante a los referidos medios de prueba la acusación carece, por consiguiente, de fundamentación o demostración.

3. Respecto del dictamen pericial se tiene:

En la primera audiencia de trámite dispuso el Juzgado que se hiciera el avalúo de lo recibido por el demandante en especie, y en el mismo acto nombró perito al señor Joaquín Gómez Reinero; como el nombrado manifestara más tarde (fl. 48) que no estaba en posibilidad de cumplir su cometido, fue reemplazado por el señor Jesús Burgos Burástegui, quien tomó posesión del cargo y rindió el dictamen que se lee en fls. 53 a 55. Tanto el nombramiento como la posesión del nuevo perito se cumplieron fuera de audiencia, como observa el recurrente. Pero el dictamen fue recibido en audiencia pública y puesto en conocimiento de las partes en forma regular, sin que se produjera ninguna objeción a su resultado ni a sus fundamentos.

El perito, ciñéndose a lo ordenado por el Juzgado desde un principio, fijó el valor del salario en especie así: valor de la vivienda, \$40.00 mensuales; valor de la alimentación, \$120,00 mensuales: total recibido en especie. \$ 160.00 mensuales. El dictamen contiene la siguiente fundamentación: "Me he basado para hacer el presente avalúo en diversos factores como son: el conocimiento directo que tengo de la cantidad y calidad de la alimentación suministrada en esta región a los trabajadores del campo, el valor de estos alimentos en relación con el poder de compra del peso colombiano, y por último el medio ambiente y forma en que viven los trabajadores de esta región del país".

El recurrente censura que tanto el nombramiento como la posesión del perito Jesús Burgos Burástegui se hubieran cumplido fuera de audiencia, y considera que por ello hay un motivo de nulidad. Pero, como objeta el opositor, este equivale a asomar en el recurso un error de procedimiento que ha debido discutirse en las instancias y que según reglas conocidas no constituye motivo de casación.

Habla también el recurrente de que el perito no fundamentó su concepto. Pero aparte de que la observación no es justa, según se vio, ella equivale a formular al dictamen una objeción que tampoco se asomó en las instancias, donde era oportuno. Por otra parte el dictamen, en cuanto fijó el valor de los salarios en especie, fue acogido por los juzgadores en su exacto contenido; no se entiende entonces, ni se explica en el cargo, por qué se afirma que fue mal apreciado el dictamen pericial.

Además, según la fundamentación que atrás se vio, lo que el recurrente censura es que al avalúo pericial se hubiera agregado el valor del salario mínimo. Si aquella primera su-

ma deducida por el perito no alcanzara el salario mínimo, expresa, se justificaría aumentarlo hasta éste, pero no agregarle el valor del salario mínimo al salario ya deducido por el perito. En esta forma, el cargo no enfoca un caso de errada apreciación de pruebas, sino de indebida aplicación de la ley por errada interpretación de las normas relativas al salario en general, al salario en especie y al salario mínimo. Pero es claro, entonces, que la acusación no debía dirigirse por la vía indirecta, como lo hizo el recurrente.

No prospera la acusación.

Cuarto cargo:

Se formula así: "El fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, materia del recurso, aplica indebidamente el art. 65 del C. S. T., al producir condenación por el extremo de indemnización moratoria, a partir del 18 de octubre de 1959. Esta violación se produjo como bien puede apreciarse por vía indirecta a consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas".

Las probanzas que se señalan como mal apreciadas son: la demanda inicial, los testimonios de Domingo Romero Nisperuza y Diego Díaz, las posiciones absueltas por José Padilla Velásquez, el dictamen pericial y la partida de defunción de José Antonio Padilla Polo. Dice luego el recurrente: "El error de hecho a que ahora me refiero consistió en dar por acreditado, cuando ninguna prueba así lo demuestra, que todos los sucesores del patrono o algunos de ellos despidieron al trabajador el día siguiente a la muerte de Padilla Polo".

Para sustentar el cargo dice el recurrente: "La conclusión condenatoria que de allí se desprende, por el extremo que impugno se fundamentó en el hecho que dio por establecido el Tribunal de que hubo despido del trabajador y que este despido lo produjeron todos los herederos. A este hecho se le atribuve carácter de causa para la condenación como es fácil deducirlo". Y observa luego que ninguna prueba demuestra el despido, ni de él habla siguiera la demanda inicial. Y sienta la siguiente conclusión: "Por consiguiente resalta que el juzgador dio por establecido un hecho que no tiene existencia en el proceso, y esto constituye un error de hecho manifiesto que impone el quebrantamiento de su fallo, ya que sobre él se apoyó para producir la condena por indemnización moratoria como salta a la vista".

Pide luego a la Corte que al convertirse en Tribunal de instancia atienda a que el art. 65 del C. S. T., según constante jurisprudencia, solo se aplica cuando el patrono incurre en mala fe, y expone las razones por la cuales tal mala fe no puede imputarse al causante ni los sucesores podían heredarla.

Se considera:

El Tribunal expresó acerca de este tema:

"Finalmente, y en cuanto al reclamo formulado por el mismo abogado y consistente en que en este juicio no se justifica el pago de salarios caídos, o sea, la indemnización por falta de pago, por tratarse en concepto del reclamante de una sucesión en liquidación en la cual no se había adjudicado a cada heredero su respectiva cuota hereditaria, la Sala estima que la sanción establecida en el art. 65 del C. S. del T., sí tiene aplicación en el caso de autos, porque según las disposiciones que regulan la sucesión en materia civil, los herederos suceden al causante en sus derechos y obligaciones, es decir, que la personalidad del causante para los efectos de derechos y obligaciones queda radicada en cabeza de los herederos. siendo responsables éstos en el carácter anotado de los beneficios y cargas de la sucesión".

Dice luego el Tribunal que según interpretación jurisprudencial, el único caso en que no procede la condenación por salarios caídos es aquel en que de buena fe se controvierte la existencia de la obligación, esto es, cuando el patrono considera que no está obligado a cubrir prestaciones por no existir el contrato de trabajo.

Como fácilmente se advierte, el recurrente señala como error de hecho causante de la resolución sobre salarios caídos, un fundamento de hecho que el Tribunal no tuvo en mientes. La razón que se aduce en la sentencia es la de que los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones; y en el cargo se habla de que el Tribunal dio por establecido que hubo despido del trabajador y que este despido lo produjeron todos los herederos. El impugnador no ataca, pues, la sentencia, en su verdadero soporte y por eso la acusación resulta ineficaz.

Quinto cargo:

Dice el recurrente: "La sentencia del Tribunal

Superior de Montería objeto del presente recurso la acuso igualmente de ser violatoria, por interpretación errónea del art. 65 del C. S. T., en relación con el 1.008 del C. C., que también aplicó indebidamente, fuera de todo error de hecho o de derecho en la apreciación de las probanzas en este proceso". Y para sustentar el cargo hace el siguiente razonamiento:

"El párrafo pertinente de la resolución judicial acusada, en que el fallador concreta sus razones para estimar la pretensión de indemsolo nización moratoria. contempla condiciones formales del precepto 65 citado. esto es las relativas a la terminación del contrato y a la falta de pago, en ese momento de los derechos laborales causados. Pero no repara ni material y substancialmente en que el texto en cuestión contiene también el elemento mala fe, en que debe haber incurrido el patrono para no cancelar lo debido, según lo tiene larga y constantemente explicado esa honorable. Corporación, en interpretación correcta de dicho artículo. Al no considerar este otro elemento del derecho reconocido, el Tribunal incurrió en la violación que acuso; y fuera del error de hecho que creo haber demostrado en el cargo anterior, existe esta infracción de tipo indirecto, que también obliga al quebrantamiento de la sentencia".

Dice luego que en el caso de que haya derechos laborales que reconocer; lo trasmitido a los herederos fue la obligación de cancelarlos, pero no la de indemnizar una mora injustificada, ya que en ella no alcanzó a incurrir el causante; y que "mucho menos cabría decir que el causante transmitió su mala fe pues esta no aparece en el juicio ni en verdad el juzgador ha llegado a afirmarlo".

Hace después el recurrente la siguiente acusación:

"Finalmente, alego la violación del art. 250 del C. S. T. En efecto al contestar la demanda el doctor Manuel Mendoza Herrera en su carácter de apoderado de alguno de los demandados, expresó que por el actor Pinto Jiménez se había cometido un delito en contra de la sucesión de José Antonio Padilla Polo y en oportunidad se hizo llegar al proceso la comunicación del señor Juez Municipal de Cereté que demostraba aquella afirmación (Véase fl. 45 del cdno 10.)".

Se considera:

' a) En ninguna parte de su fundamentación

habló el Tribunal de que el causante Padilla Polo hubiera incurrido en mora injustificada o en mala fe. No viene, pues, al caso la observación del recurrente, de que lo heredado fue simplemente la obligación de pagar, y no la de indemnizar tal mora o tal mala fe.

b) Si la censura de errada interpretación se formula porque el Tribunal desconoció que la buena fe opera como causa eximente de la sanción, no es justa. En la motivación de la sentencia el Tribunal admite esa causa de justificación, aunque descarta su presencia en el caso de estudio. Y la descarta limitando la operancia de la buena fe al caso en que se discute razonablemente la existencia del contrato. Pero no es este aspecto del razonamiento el que resulta atacado en el cargo. Por lo demás, puesto que el recurrente sostiene que hubo buena fe eximente de la sanción, ha debido demostrarlo con base en las constancias del proceso. es decir, aduciendo circunstancias de hecho establecidas en los autos. Pero en este sentido no se dirigió la acusación.

No es fundada, por consiguiente, la censura de que se trata.

La acusación final por violación del art. 250 del C. S. T. no puede estimarse. Si se trata de un cargo separado, faltó al recurrente indicar qué modalidad de violación se cometió. Si la cuestión se involucra dentro del quinto cargo, no debe considerarse porque enfoca una situación de hecho y la impugnación está formulada por violación directa de la ley, en la forma de interpretación errónea.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Montería.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnica)

El ataque debe expresarse con absolutas claridad y exactitud respecto al concepto de la violación e indicarse, cuando la violación se formula a través de error de hecho o de derecho, cuáles pruebas fueron mal apreciadas y cuáles se dejaron de estimar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 34).

Por medio de escrito que fue radicado en el Juzgado Primero del Trabajo de esta ciudad, Efraín González Rojas demandó, por conducto de apoderado, al Distrito Especial de Bogotá, para que, mediante los trámites propios de un juicio ordinario, fuese condenado a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando en el momento del despido y a pagarle los salarios, prestaciones e indemnizaciones causados durante el tiempo en que estuvo cesante. En subsidio, que se le condene al pago de las sumas que resulten por concepto de salarios insolutos, auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, indemnizaciones por lucro cesante y por mora, perjuicios morales y al suministro de calzados y overoles.

Relató en el libelo que había prestado sus servicios a la entidad demandada, como Mecánico 2o. en los Talleres Distritales y con una remuneración última de \$ 12.30 diarios, desde el 3 de febrero de 1957 hasta el 7 de octubre de 1958, fecha en la que fue despedido intempestiva e ilegalmente. La vía gubernativa fue agotada, sin que se le hubiera dado respuesta a la reclamación correspondiente.

En su oportunidad, el Distrito se opuso a las pretensiones del actor, alegando las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y carencia de acción.

El Juzgado del conocimiento puso fin a la pri-

mera instancia en sentencia de cuatro de octubre de mil novecientos sesenta y dos, condenando al Distrito Especial de Bogotá a pagar al demandante las cantidades de \$ 293.10 por salarios insolutos y \$ 8.121.30 como indemnización moratória; declarando probada la excepción de pago respecto de la cesantía y absolviéndolo de los restantes cargos.

Contra ese proveído interpusieron recurso de apelación los apoderados de ambas partes, y el Tribunal Superior de Bogotá lo desató disminuyendo el valor de la condena por indemnización moratoria a la suma de \$7.855.65 y confirmándolo en lo demás.

Sobre ese fallo, proferido el dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta, versa el recurso de casación que va a decidirse y que fue interpuesto por el procurador judicial del municipio demandado.

Aspira el recurrente a que sea casado parcialmente, en cuanto absolvió por lucro cesante y concretó la condena por mora en la cantidad expresada, para que, constituída la Corte en Tribunal de instancia, revoque la sentencia del a quo en los mismos puntos y, en su lugar, condene por esos extremos en la forma pedida en el libelo inicial.

El ataque lo formula a través de tres cargos con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L. Se examinará en primer término el último, debido a la incidencia que pueda tener la solución que se le dé en la definición de los otros dos.

Tercer cargo. El fallo acusado violó indirectamente el parágrafo 20. del art. 10. del Decr. 797 de 1949, en concordancia con el 10. y 11 de la Ley 6a. de 1945, 3o. de la Ley 64 de 1946, 4o., 43 y 51 del Decr. 2127 de 1.945; 2o., 61 y 145 del C. de P. del T.; 1757, 1758, 1759 y 1761 del C. C.; 593, 594, 632, 636, 637, 668 y 693 del C. J., a consecuencia de evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal, "por haber apreciado mal o no haber apreciado" las pruebas de fls. 6, 7, 16 a 21, 22, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40. El error consis-

tió en haber tenido como demostrado, sin estarlo, que el trabajador fue despedido por justa causa.

Arguye que el sentenciador, al llegar a esa conclusión y absolver a la entidad demandada de la petición por lucro cesante, "no solo apreciaba mal o no apreciaba tales pruebas, sino que además, por dicho error probatorio, no aplicaba, o aplicaba mal, también, los preceptos enunciados, sobre vigencia del contrato de trabajo, su terminación, las consecuencias del despido injusto, la indemnización por lucro cesante, la indemnización por no pago y el equívoco concepto de la acepción jurídica de prueba documental, confundiéndola lamentablemente con un testimonio escrito".

Y agrega que "con la lectura atenta del documento de fl. 38 tiene que concluírse que tal prueba no es un documento, ni público ni privado, ya que, en ningún caso, contiene una declaración de voluntad que sea autorizada o expedida por quien haya percibido los hechos, ni porque lo aseverado por él se ajusta a la categoría de los sucesos que por razón de su cargo son susceptibles del amparo de la fe pública, ni su atestación se refiere al tiempo y al espacio en que sucedió el hecho afirmado, y menos aún contiene una declaración de voluntad originaria de Efraín González".

Finalmente, hace notar que el Distrito Especial no alegó en la contestación de la demanda que hubiera despedido al trabajador por mala conducta, sino que trató de justificar ese hecho invocando el artículo único del Decr. No. 73 de 1950.

El representante del demandado formula reparos de carácter técnico a la demanda y se opone, en consecuencia, a su prosperidad.

La Sala considera:

El recurrente no distingue si la violación de las normas que menciona en el cargo se produjo por falta de aplicación o por aplicación indebida y se conforma con aludir a las dos modalidades para que la Corte se decida por cualquiera de ellas. De igual modo, al referirse a las pruebas que singulariza, manifiesta que fueron mal apreciadas o se dejaron de apreciar, mas sin indicar sobre cuáles recayó la errónea estimación del Juzgador y sobre cuáles no hizo consideración alguna. El ataque, así presentado, no satisface las exigencias técnicas del recurso, de conformidad con las cuales debe expresarse con absolutas claridad

y exactitud el concepto de la violación e indicarse, cuándo la acusación se formula a través de error de hecho o de derecho, cuáles pruebas fueron mal apreciadas y cuáles se dejaron de estimar. El planteamiento que hace el impugnante repugna a la lógica más elemental, ya que el fallador no pudo aplicar y dejar de aplicar a un mismo tiempo la regla de derecho. Como tampoco cabe la manifestación de que unas mismas pruebas fueron mal apreciadas y dejadas de apreciar simultáneamente, pues las dos actividades son distintas e inconfundibles: en la primera, la sentencia enjuicia el medio probatorio y lo valora; en la segunda, lo ignora y no emite concepto alguno sobre él.

Los defectos apuntados conducen a la ineficacia del cargo y a su consiguiente rechazo.

Primer cargo. Violación directa, por defectuosa aplicación, del art. 10., parágrafo 20., del Decr. 797 de 1949, en concordancia con el 10. y 22 del Decr. 0118 de 1957; 10. y 11 de la Ley 6a. de 1945; 30. de la Ley 64 de 1946; 40., 26, numeral 30., y 52 del Decr. 2127 de 1945 y 24 de la Ley 83 de 1931.

En su demostración, sostiene el recurrente que el Tribunal llegó a la conclusión de que el demandado no pagó oportunamente el auxilio de cesantía que correspondía al trabajador y que aún le adeuda una determinada suma por concepto de reajuste de salarios. No obstante, limitó la condena por indemnización moratoria al tiempo transcurrido entre la fecha del vencimiento de los 90 días de que disponen las entidades oficiales para el reconocimiento y pago de las deudas laborales y la en que se canceló la cesantía. De este modo, resultó aplicando el aludido precepto del Decr. 797 de 1949, pero sin hacerle producir todos sus efectos, pues la condena, de conformidad con su texto, debió extenderse hasta cuando se efectuara el pago de los salarios debidos. Por lo tanto, hubo quebrantamiento de la citada norma, por incorrecta aplicación.

Se estudia:

Realmente la sentencia acusada encontró acreditado que la entidad demandada no pagó al trabajador, durante los meses de julio y agosto de 1957, el aumento de salarios que dispuso el Decr. 0118 de ese año, y, en consecuencia, la condenó a cancelarle, por dicho concepto, la suma de \$293.10. Y como hubo mora también en el pago del auxilio de cesantía, despachó favorablemente la súplica por indemnización morato-

ria, pero únicamente hasta el día en que esa prestación fue cancelada, concretando la condena, por este extremo, en la cantidad de \$7.855.65. De donde deviene evidente la indebida aplicación que hizo del art. 10. del Decr. 797 de 1949, en su parágrafo 20., como lo predica el cargo, al no ampliar las consecuencias que él prevé a todo el tiempo de la mora, es decir, hasta la fecha en que el demandado solucione la deuda por salarios. La impugnación se halla, pues, justificada.

Empero, no tiene el mérito de producir modificación en el resultado del litigio, ya que la Sala, al quebrar el fallo y entrar a proferir la correspondiente decisión de instancia, llegaría a idéntica conclusión, por no encontrar afectada de mala fe la mora en que ha incurrido el demandado. Tal criterio se sustenta en el hecho de que el Distrito pudo creer que nada debía al actor por el concepto expresado, por cuanto desde el 10. de septiembre de 1957 comenzó a pagarle los aumentos ordenados por el citado Decreto, sin que se le hubiese hecho reclamación alguna al respecto; y porque al cancelar la cesantía, el 20 de octubre de 1960, pagó lo que de buena fe estimó deber.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Segundo cargo. Acusa la violación de las mismas normas del anterior, por interpretación errónea, y persigue idéntica finalidad, o sea el desquiciamiento del fallo en lo relacionado con el monto de la condena por indemnización moratoria. Pero ya se dijo que aquel, si bien no daba lugar a la modificación de lo resuelto por el ad quem, tenía fundamento; luego éste, que obedece a un planteamiento distinto, y aún opuesto, no puede ser igualmente fundado. La aplicación indebida por vía directa parte de la base de que la norma ha sido correctamente entendida por el juzgador; la interpretación errónea, en cambio, supone su equivocado entendimiento. Por consiguiente, no pudieron operarse los dos fenómenos, contradictorios entre sí, con respecto a la misma disposición.

Tampoco prospera, en consecuencia, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y dos.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

PAGO DE LA COMISION, EN CASO DE PERMUTA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y nue-

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 34).

Por medio de apoderado y ante el Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá, los señores Fabio Estrada González y Jorge E. Gutiérrez demandaron a la sociedad denominada "Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A." (Almacenar), con domicilio en esta ciudad y representada por su gerente Ernesto Latorre Hoyos. para que previos los trámites de un juicio ordinario laboral se la condene a pagarles solidariamente la comisión del dos por ciento (2%) sobre novecientos mil pesos (\$900.000.00) suma en que se fijó el precio de venta de las Bodegas y lotes de Almacenar, negociación realizada por intermedio de los demandantes; los intereses legales por la mora en el pago de la comisión sobre su valor, señalado en diez y ocho mil pesos (\$18.000.00); las demás indemnizaciones a que hubiere lugar y por último, las costas del juicio.

Los hechos en los cuales apoyan las anteriores peticiones indican que los demandantes en el mes de agosto de 1960 iniciaron las gestiones tendientes a lograr la venta de un lote de terreno de propiedad de la sociedad "Urbanizadora Moras & Syro S. A.", situado en el Distrito Especial de Bogotá, cuya cabida y nomenclatura se incluyen en la demanda; que en cumplimiento de la misión que les fue conferida por la firma últimamente citada, se pusieron en comunicación con los señores Alfredo Holguín Pombo y Roberto García Paredes, subgerente y miembro de la Junta Directiva del Banco de Colombia, respectivamente, entidad que se hallaba interesada en la adquisición de un lote de terreno con destino a la sociedad "Almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A.", (Almacenar), filial del mencionado banço; que hecha la oferta a las mencionadas personas, éstas a nombre del Banco de Colombia, la pusieron en conocimiento del Comité de "Almacenar", el cual, luego de un estudio cuidadoso de la propuesta y habida consideración de su conveniencia, autorizó a los ya mencionados Holguín Pombo y García Paredes para adelantar la negociación; después de varias conversaciones, se concretó una fórmula de negocio consistente en la permuta del lote ofrecido por "Moras & Syro S. A." por conducto de los demandantes y las Bodegas y lote de propiedad de "Almacenar"; por ausencia de Fabio Estrada González, continuó adelantando las negociaciones Jorge E. Gutiérrez, las que culminaron en un acuerdo sobre la permuta; ocurrido esto, los comisionados del Comité y especialmente el Dr. Holguín Pombo, manifestaron al señor Ramón Syro y a los demandantes, que continuaran entendiéndose con el señor Ernesto Latorre Hoyos, para todos los efectos de firma de escritura y pago en efectivo de la diferencia del precio convenido, y que en efecto, la escritura fue firmada en la Notaría 5a. de esta ciudad bajo el número 7459 el día 30 de noviembre de 1960; que una vez firmada la escritura concurrieron a la gerencia de "Almacenar" los señores Syro, Estrada y Gutiérrez, y el gerente le hizo al primero entrega del cheque respectivo; que la comisión que corresponde a los corredores de finca raíz, "según la costumbre comercial", es del dos por ciento (2%) sobre el valor de la transacción y que en caso de permuta "la comisión se paga por parte del vendedor en cada una de las ventas"; que la firma "Moras & Syro S. A." pagó a los demandantes la comisión indicada sobre la suma de un millón ciento cincuenta mil pesos (\$ 1.150.000.000) pero que en cambio la demandada no ha hecho lo propio sobre la cantidad de novecientos mil pesos (\$ 900.000.00) valor del bien por ella entregado en permuta y por último, que pese a los sucesivos cobros efectuados por los demandantes, no les ha sido cubierto el valor correspondiente y que el Comité ha aducido para no efectuar el pago respectivo que los señores Estrada González y Gutiérrez "no eran afiliados a la Lonja de Propiedad Raíz S. A.".

La parte demandada desde la contestación de la demanda se ha opuesto a las pretensiones de los demandantes y adujo, entre otras razones, que ella no celebró con estos contrato de ninguna naturaleza, como quiera que se limitó a adelantar una gestión iniciada por los señores Estrada González y Gutiérrez a nombre de "Moras & Syro S. A.".

El Juez del conocimiento con fecha 15 de febrero de 1962 puso fin a la primera instancia en sentencia por medio de la cual absolvió a "Almacenes de Depósito Mercantil, Almacenar", de todos los cargos que les fueron formulados y condenó en costas a la parte actora. Recurrida que fue esta providencia, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, agotados los trámites procesales, confirmó en todas sus partes la decisión del a quo y a su vez condenó en costas a la parte demandante.

Contra esta sentencia el apoderado de los señores Estrada González y Gutiérrez interpuso recurso de casación el que concedido y admitido, se procede a estudiar.

El recurrente presenta así el Alcance de la impugnación: "El recurso se dirige a impugnar la sentencia recurrida para solicitar su casación y que en su lugar se dicte sentencia condenatoria en favor de la parte que represento". Y acto seguido expresa que apoya la demanda en la causal primera del art. 87 del C. P. L. "por ser la sentencia recurrida violatoria de la Ley Sustantiva".

Formula el recurrente un cargo concebido en los siguientes términos:

"La sentencia del Tribunal que acuso, viola indirectamente, por falta de aplicación, los arts. 2142, 2143, 2146, 2149 y 2152 del C. C. en concordancia con los arts. 1850, 1955, 1957 y 1958 del mismo texto, por errores de hecho derivados de falta de apreciación de algunas pruebas".

Y en la sustentación del cargo expresa: "El error de hecho consiste en dar por establecido en la sentencia que la permuta celebrada entre la entidad demandada y la firma Moras & Syro S. A. fue propuesta por los demandantes cuando en realidad, estos solo propusieron, de acuerdo con el mandato que les había conferido su comitente, la venta pura y simple de un lote de terreno situado en la calle 13 No. 60-50 de la nomenclatura urbana de esta ciudad". Hechos que se demuestran, agrega el impugnador, con las declaraciones de los señores Roberto García Paredes y Alfredo Holguín, quienes dicen, en su orden: "Entiendo que los señores Moras & Syro ofrecieron directamente en venta a los almacenes Generales de Depósito Mercantil S. A., el lote de terreno..." y, "a principios de agosto de 1960 se presentó don Fabio Estrada, caballero a quien yo no conocía, para manifestar el deseo de la firma Moras & Syro S. A. de reiniciar conversaciones para venderle a Almacenar el lote de su propiedad...". Continúa el recurrente: en el curso de las conversaciones entre los comisionados de Moras & Syro y los representantes de Almacenar, estos contrapropusieron dar como parte de pago las Bodegas que a esta entidad por entonces pertenecían, contrapropuesta que los comisionistas debían consultar con su mandante Moras & Syro, firma que la aceptó y a la letra dice el impugnante: "... sería inaceptable, no habiendo referencia alguna en el expediente de que los demandantes propusieran, al iniciarse las conversaciones, recibir en pago las Bodegas de Almacenar, y estando a su vez probada la oferta que estos hicieron para la venta exclusiva del lote de propiedad de Moras & Syro, que se llegara a las conclusiones a que llegó el Tribunal y que se citan al comenzar este cargo".

Afirma además, que "la demandada comisionó a su vez a los mismos comisionistas Estrada v Gutiérrez para gestionar con Moras & Syro la venta de las Bodegas de su propiedad como parte del precio" y expresa en seguida: "Hay, un error de hecho en el juzgador de segunda instancia por falta de apreciación de estas pruebas, cuando afirma: El problema aquí planteado es precisamente el de resolver si la sociedad demandada, por cuanto aceptó la permuta propuesta por los demandantes, está obligada a su vez a pagar comisión a cuenta de esta permuta'. y más adelante dice: o sea la firma que le concedió la comisión de vender o permutar el lote de terreno' aseveración que no tiene respaldo en las pruebas, que por el contrario, como ya fue examinado, demuestran que la comisión se limitó a la sola venta del lote..." Y sobre el mismo punto indica el recurrente que sobre tal error de hecho se edifica todo un andamiaje que lleva a conclusiones erróneas, como consecuencia de las violaciones señaladas en el cargo que ha formu-

Y para concluír expresa el impugnador que el fallador dejó de apreciar las siguientes pruebas: a) Las declaraciones de García Paredes y Holguín Pombo, que demuestran que la oferta de Estrada a nombre de Moras & Syro S. A., "fue de venta pura y simple de un lote de terreno"; b) Las copias de las cartas que obran a (fls. 3, 6, 7 y 8), que fueron reconocidas por su destinatario en el juicio (fl. 65) y en donde se prueba que la oferta de Estrada (fl. 6) "fue de una venta pura y sim-

ple"; c) "En el documento que obra a (fl. 8), puede verse claramente que hubo una contrapropuesta del Banco para Moras & Syro por conducto de los comisionistas para la venta de sus Bodegas como parte del precio"; d) el documento del fl. 2 del expediente de la Lonja de Propiedad Raíz, y f), el experticio (fls. 121 a 125).

La parte demandada formuló escrito de oposición, por medio de apoderado, el cual, refiriéndose al planteamiento hecho por el recurrente dice: "El planteamiento además de ser injurídico resulta a mi modo de ver profundamente inmoral, como ya lo dije en alegato anterior, 'Quien recibe un encargo de una persona. no puede recibir encargo de otra sobre el mismo asunto, máxime cuando esas dos personas tienen legítimos pero contrapuestos intereses reales o potenciales. De tal manera, que al buscar una ventaja para unos, estarían buscando una desventaja para otros. La lealtad para con un mandante implicaría la deslealtad para con el otro'. Insisto, continúa indicando el opositor, en que un contrato celebrado en estas condiciones perdería toda validez, por poseer un objeto ilícito o una causa ilícita". Pero, agrega el opositor, Almacenar no funda ni ha fundado su defensa exclusivamente en tal hecho. Ha sostenido enfáticamente que no celebró el contrato de que hablan los demandantes, "que no confirió encargo ni mandato en forma expresa o en forma tácita a los representantes de Moras & Syro v que por lo tanto ni siquiera habría necesidad de estudiar la licitud del presunto contrato. En ningún instante el representante legal de Almacenar confirió tal encargo". Y adelante expresa que no se ha probado que exista costumbre comercial que obligue a uno de los permutantes a volver a pagar (no habiendo contratado los servicios de los comisionistas) lo que ya han recibido de parte del mandante, que es al mismo tiempo el otro permutante y que ni siquiera se acreditó en el juicio la existencia del contrato de permuta.

Y en relación con las pruebas que el recurrente señala como no apreciadas, dice el opositor que de ellas no se colige contrato de mandato alguno, sino que por el contrario "se reafirma la actuación de los demandantes en cumplimiento de la misión que les fue encomendada por Moras & Syro, conclusión a la que llega después de un estudio muy somero de tales elementos probatorios:

Se considera:

Conviene en opinión de la Sala, antes de proceder al estudio del cargo formulado, conocer los

argumentos en los cuales el sentenciador apova su decisión absolutoria. Dice así el ad quem: ... El problema aquí planteado es precisamente el de resolver si la Sociedad demandada, por cuanto aceptó la permuta propuesta por los demandantes, está obligada a su vez a pagar comisión a cuenta de esta permuta. Alega la parte actora que en la permuta, por cuanto se trata de una doble venta, no solamente Moras & Syro S. A., o sea la firma que les concedió la comisión de vender o permutar el lote de terreno, debe pagarles, sino también la firma que aceptó la permuta, es decir que tienen derecho a un doble pago de comisión y no solamente al que les hizo la Compañía que primitivamente les había conferido el mandato para llevar a cabo la negociación.

"Pero la argumentación de que la permuta es una doble venta, no puede deducirse, como quiere la parte actora, que en una negociación de permuta la comisión deba pagarla no solamente la parte que confirió el mandato para permutar, sino también la que acepta la permuta. Consta de autos v a través de todos los diversos medios probatorios que, los actores intervinieron siempre como mandatarios o comisionistas de la firma Moras & Syro S. A. y sin vinculación ninguna contractual con la firma demandada, ante la cual precisamente desarrollaban sus actividades para que tuvieran éxito el encargo que les había sido encomendado. No aparece, pues, evidente que la sociedad demandada tenga obligación de pagar una comisión por el solo hecho de haber aceptado la permuta hecha por Moras & Syro S. A., por intermedio de los demandantes. Tal cosa se pone más en evidencia si en lugar de haber dado en cambio del lote de propiedad de Moras & Syro S. A., otro lote, la Sociedad demandada hubiera dado una suma de dinero, un lote de acciones, etc.

"También debe considerarse la posibilidad de un doble mandato, —continúa diciendo el sentenciador— y que la negociación se hubiera realizado entre mandatarios, lo cual, de aceptarse la tesis de la demanda implicaría un pago de doble comisión por parte de cada uno de los permutantes, lo cual pone de presente la inconsistencia de la tesis sustantada por la parte actora.

"Tampoco es admisible el argumento de la demandante en el sentido de que según la costumbre, la comisión en caso de permuta la pagan ambas partes permutantes y en la cuantía del 2% sobre el monto de la transacción y, separadamente, porque, como lo dice con todo acierto el juzgador de primera instancia, la comisión como contrato mercantil se refiere a operaciones que los comerciantes realizan sobre venta o permuta de bienes muebles, pero no sobre venta o permuta de bienes raíces, según lo enseñan los arts. 20 y 22 del C. de Co.".

Y agrega a continuación el fallador, que aún en el supuesto de que tal tesis pudiera tener aplicación en el caso de autos, lo cierto es que "tal costumbre no se demostró porque de conformidad con el art. 700 del C. J., los usos y costumbres a que la lev se refiere en ciertos casos, se comprueban con el dicho de siete testigos hábiles que afirmen su existencia..." lo que no se hizo en el caso de autos, y también —dice el ad auem—, con la certificación expedida por el presidente de la respectiva Cámara de Comercio, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 20 de la Ley 28 de 1931, certificación que se echa de menos en el expediente, en el cual figura tan solo la certificación de una entidad particular, como lo es la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, que no puede suplir aquella.

Antes de seguir adelante, preciso es observar, que el alcance de la impugnación ha sido presentado de manera incompleta, como quiera que no se dice, en caso de prosperar la acusación, de qué manera deberá reemplazarse el fallo recurrido. El recurso de casación, como lo ha dicho repetidas veces la Corte, tiene su causa petendi propia y distinta de la del juicio, como lo es la violación por alguno o algunos de los conceptos establecidos en el Código, y por no ser una tercera instancia, en él no se controvierten las mismas pretensiones de la litis. Pese a esto, procede la Sala a estudiar el cargo formulado:

El primer grupo de disposiciones que acusa el recurrente está conformado por los arts. 2142, 2143, 2146, 2149 y 2152 del C. C. y el segundo, por los arts, de la misma obra distinguidos con los números 1850, 1955, 1957 y 1958. El primer texto define el mandato; el segundo, indica que éste puede ser gratuito o remunerado; el tercero, señala que hay mandato si el negocio interesa conjuntamente al que hace el encargo y a quien lo acepta, o a cualquiera de estos dos o a ambos y un tercero, o a un tercero exclusivamente; el cuarto, enseña el procedimiento como puede hacerse el encargo objeto del mandato y el quinto, dice que puede haber uno o más mandantes y uno o más mandatarios. Ninguno de estos textos legales, como puede apreciarse, son creadores de los derechos que reclaman los demandantes. Se limitan simplemente a enseñar en qué consiste el contrato de mandato y algunas modalidades que puede revestir en determinadas circunstancias. La Corte sobre este punto ha expresado que la norma legal de carácter sustantivo que el recurrente considera violada, debe señalarse con absoluta precisión, y utilizando sus propias palabras, ha dicho: "... que en la censura en ningún caso debe dejar de indicarse como violados los preceptos que crean, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce en contravención a ellos" y adelante agrega que de no procederse así, el cargo queda incompleto v no permite el estudio de fondo. Y lo mismo puede predicarse del otro grupo de disposiciones que relaciona como violadas el impugnador. En efecto, el art. 1850, enseña que cuando el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, si esta vale más que aquel, se entenderá permuta y venta, en el caso contrario; el art. 1955, indica en qué consiste la permutación o cambio; el art. 1957, dice que no pueden ser objeto de permuta las cosas que no pueden venderse y el art. 1958 enseña que las disposiciones relativas a la compraventa se aplicarán a la permutación en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato.

Pero aún haciendo caso omiso de los aspectos relacionados con las faltas de técnica que ostenta la demanda, que le restan eficacia al cargo formulado, encuentra la Sala que la acusación no podría prosperar ya que, con las pruebas destacadas por el acusador, no se demostró que la Sociedad demandada hubiera confiado gestión alguna a los demandantes Estrada González y Gutiérrez en relación con la permuta de las Bodegas y el lote, que fueron materia del contrato, como bien lo dice el Tribunal sentenciador, amén de otras circunstancias a las cuales el mismo se refiere, que como aquella quedaron sin comprobación en el proceso, como por ejemplo, la costumbre comercial alegada.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte actora.

Cópiese, publíquese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 33).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales contra la sentencia dictada el 26 de octubre de 1968 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el ordinario de trabajo promovido por Daniel Lorza Ayora contra la entidad recurrente.

En la litis, el demandante afirmó haber celebrado un contrato laboral con el dicho Fondo, establecimiento público descentralizado, con personería jurídica y funciones de mejoramiento y desarrollo de las vías públicas del país, vínculo en cuya ejecución prestó servicios, como Administrador de la Seccional del Valle, en actividades de las exceptivas del art. 40. del Decr. 2127 de 1945, desde el 21 de julio de 1965, con asignación de \$ 4.200 mensuales, la cual le fue aumentada a \$ 4.500, a partir del 10. de enero de 1966. El 30 de marzo de este último año la entidad demandada lo suspendió en el ejercicio de sus funciones y no volvió a cancelarle su salario ni le pagó las prestaciones sociales. Tal suspensión no se ajustó a los preceptos laborales y la entidad le impidió que prestara sus servicios, como él estaba dispuesto a hacerlo, por lo cual hubo culpa exclusiva de la demandada. El 22 de septiembre de 1966 ésta le dio por terminado el contrato de trabajo, comunicándole el despido a partir del 31 de agosto del mismo año, en forma unilateral e ilegal. Finalmente, no le han cancelado la cesantía, las primas de servicio correspondientes, en proporción, a lo trabajado en 1965 y 1966, la compensación en dinero de las vacaciones, la indemnización por lucro cesante ni la mora y las demás acreencias laborales, como los salarios devengados a partir de abril de 1966 hasta la fecha del despido, a pesar de haberse vencido los 90 días para hacerlo. plazo de que gozaba la entidad demandada, derechos todos que demandó con base en los hechos referidos, previo agotamiento de la vía gubernativa, y con invocación de las leyes aplicables al trabajador oficial.

Se opuso el demandado a las pretensiones del actor aceptando solamente el hecho relativo a su condición de establecimiento público y sosteniendo, en lo fundamental, que la relación que los vinculó fue del régimen de los funcionarios públicos, que la suspensión del empleado obedeció a orden de la Contraloría General de la República; que la cesantía la debe pagar, si así no lo ha hecho, la Caja Nacional de Previsión Social: que no hubo servicios por un año completo y, respecto del lucro, además, que el demandante, que está jubilado, continuó recibiendo, a partir de la suspensión del vínculo, la pensión correspondiente, la cual no puede concurrir con la dicha indemnización. Formuló las excepciones de declinatoria de jurisdicción, inepta demanda, inexistencia de las obligaciones y la "ge-

Tramitada la controversia, el Juzgado Tercero Laboral Municipal de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató en fallo totalmente absolutorio del Fondo demandado, por juzgar que entre los litigantes no existió contrato de trabajo sino relación estatutaria del régimen administrativo. Impuso las costas al vencido.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá apreció, en cambio, al resolver la alzada que provocó el demandante, que el vínculo fue del orden laboral, de trabajador oficial con contrato de trabajo, y acogió las súplicas sobre prima de navidad, lucro cesante e indemnización moratoria. De la relativa a salarios insolutos, entre la suspensión del contrato y la terminación del mismo, estimó que no se causaron, pues ella obedeció a orden de la Contraloría General de la República y no a culpa de la demandada, como se la afirmaba; de la cesantía, que su pago corresponde a la Caja Nacional de Previsión y de las vacaciones, que no se prestó el servicio por el año completo. Declaró sin costas la segunda instancia.

1

presada, interpuso el recurso de casación el apoderado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales que, en seis cargos, persigue su quebrantamiento para que, en sede de instancia, la Corte confirme el fallo absolutorio del ad quo. En subsidio, la modificación de la condena por prima de navidad y la absolución por lucro cesante e indemnización moratoria. Se les estudia en el orden en que fueron formulados, así como las correspondientes réplicas del opositor.

Contra la sentencia anterior, de la fecha ya ex-

Primer cargo:

Acusa interpretación errónea del art. 1o. de la Ley 6a. de 1945 y 2o., 3o. y 4o. de su Decr. R. 2127, "en consideración a que produjeron efectos no queridos por el legislador, por un equivocado concepto de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho, que llevó al Tribunal a comprender indebidamente dentro de la noción del contrato de trabajo a una auténtica relación de derecho público". Explica el recurrente que el fallador, sin reparar en el verdadero contenido de los preceptos citados. aplicó a un empleado público, como lo es el Administrador del Fondo Departamental de Caminos Vecinales del Valle, el régimen jurídico de los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo y "como resultado de errónea interpretación condenó a dicha entidad a pagar considerables sumas de dinero por indemnizaciones propias de la existencia de este contrato". Agrega que, en tal forma, una situación que no encaja dentro de las definiciones generales consagradas en los preceptos indicados y que, por el contrario, figura expresamente excluída de las mismas, por el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945, produjo consecuencias contrarias a la voluntad del legislador.

Al desarrollar este ataque el impugnador expresa que el Tribunal "para definir la cuestión relativa al contrato de trabajo únicamente tuvo en cuenta algunos de los objetivos consignados en los estatutos de la entidad demandada, para llegar fácilmente a la conclusión de que ellos en su esencia conllevan labores complementarias o anexas a las de obras públicas, lo cual le permitió considerar la actividad de todos sus trabajadores, y entre ellas la del demandante Lorza Ayora, entre las excepciones del decreto referido, con la consecuencia del contrato laboral". Agrega "que no es posible negar que los trabajadores vinculados al Fondo Nacional de Caminos Vecinales, que cumplan o desarrollen funciones

de la naturaleza considerada por el Tribunal

mantienen con él una relación regida por el contrato de trabajo, pero que ello no implica que necesariamente todos los trabajadores, sin una sola excepción, figuren vinculados en aquella forma con la dicha entidad. En seguida alega que existen, además de los analizados por el Tribunal, otros objetivos exclusivamente de carácter fiscal y administrativo, que no dejan que el Fondo se identifique o confunda con los particulares ni constituyen actividades de las excepciones apreciadas; que, consecuencialmente, la estructura de la entidad demandada se basa en un régimen de distribución de funciones, que permite la presencia de empleados públicos propiamente tales, regidos por el derecho público, y trabajadores oficiales del orden contractual de trabajo, y que para clasificarlos "basta examinar el régimen de funciones imperantes". Concluye manifestando que el Juez a quo, en la providencia revocada por el Tribunal, "luego de un juicioso análisis (fls. 110 y 111) con base en la tesis anteriormente esbozada" apreció que no hubo contrato de trabajo entre los litigantes; que la asignación de funciones a los Administradores de los Fondos Departamentales se hizo por Decr. 1084 de 1961, en ejercicio del poder reglamentario conferido por el art. 128 del D. L. 1650 de 1960 y que se impone el quebrantamiento del fallo que acusa para absolver subsiguientemente al Fondo demandado.

El opositor replica que el cargo adolece de falta de técnica, por cuanto plantea dos conceptos de violación de la ley y no contiene los textos consagratorios de las condenas que impugna, además de que la situación de Lorza Ayora sí encajaba dentro de los supuestos que apreció el fallador.

Se considera:

El cargo parece confundir, como lo entendió el opositor, dos conceptos de violación de la ley que la doctrina y las regulaciones del derecho positivo separan lógicamente; pero precisado con detenimiento, a través de sus razones, lo que plantea es acusación por interpretación errónea, a consecuencia de la cual se aplicaron las mismas normas que cita, en forma que, para el recurrente y con independencia de toda cuestión de hecho, les hacen producir efectos no queridos por el legislador. No hay en esto, por lo tanto, defecto técnico, aunque el ataque no muestra, fuera de la consecuencia apuntada, en qué consistió el equivocado entendimiento de las reglas legales, en sí mismas consideradas, y la manifes-

tación de que se involucró una relación de derecho público en la noción de contrato de trabajo no consulta debidamente el juicio del ad quem. que calificó al demandante como trabajador oficial en razón de las probanzas y no por mala comprensión de los textos legales. Tampoco vale la censura del opositor acerca de que no se señalaron, como violados, los textos que consagran los derechos a que condenó el Tribunal, pues éstos, que son necesarios para integrar la proposición jurídica cuando el ataque los procura, no lo son respecto de fallò que los acoge y se impugna la base contractual, pues, en este caso, si se logra la destrucción de ella desaparecen también los derechos que la requieren como fuente generadora.

Con todo, el concepto de violación de la ley que predica el recurrente es inconciliable con el planteamiento que adelantó para sustentarlo, que claramente no es el de que las normas tengan un sentido distinto del que les atribuyó el juzgador, sino el de que la situación del demandante, en razón de sus funciones y de los objetivos del Fondo demandado es diferente de la apreciada por el ad quem. En efecto, lo que se sostiene, por el acusador, después de advertir que "no es posible negar" que en el Fondo hay o puede haber trabajadores oficiales, del régimen contractual de trabajo, es que Lorza Ayora, debido a otras funciones de la entidad demandada no apreciadas por el Tribunal y que son de carácter exclusivamente fiscal y administrativo, y a sus funciones de Administrador Departamental, era un empleado público, sujeto del derecho administrativo, calificación que reposa en las probanzas, como lo indica su referencia a los estatutos de la entidad demandada, a su estructura orgánica y al Decr. 1084 de 1961, y que como tal no puede estudiarse por la vía escogida, que es independiente de toda cuestión de hecho. Y en el campo que le era debido ni fue propuesta legalmente ni exhibe demostración del error a través de las pruebas.

Es que, concretamente, para el ad quem, Lorza Ayora fue trabajador oficial y no empleado público, según las pruebas que apreció, y para el recurrente la calificación debida es la contraria, también por razón de las pruebas, lo que exhibe la diferente apreciación como cuestión de hecho, que no puede estudiarse por la vía escogida, y no de interpretación de los textos legales, que el fallador no equivocó.

Por los motivos expresados, el cargo debe rechazarse.

Segundo cargo

Acusa violación, por infracción directa, del art. 128 del D. L. 1650 de 1960, en relación con el artículo 1o. del Decrt. 247 de 1962. "por medio del cual se aprobó el Acuerdo No. 2 de 1962 expedido por la Junta Directiva de la entidad demandada, cuyo art. 31 dispuso que 'los Fondos Departamentales de Caminos Vecinales tendrán un Administrador, el cual será de libre nombramiento y remoción de la "dicha Junata". El recurrente afirma que hubo tal violación porque el fallo contiene resoluciones en abierta pugna con los textos citados, los cuales son absolutamente claros y no admiten interpretaciones o conceptos equívocos sobre su contenido y para sustentarlo alega que el Tribunal negó el derecho consagrado por esas disposiciones a pesar de que reconoció que de acuerdo con los estatutos el cargo de Lorza era de libre nombramiento v remoción de la Junta. Transcribe el párrafo de la sentencia que contiene esa conclusión contradictoria y advierte que por ella se condenó a lucro cesante e indemnización moratoria, agregando que "sin entrar a discutir la tesis de la existencia del contrato de trabajo. la facultad desconocida algún fin persiguió, sin que, conforme a la hermenéutica, las reglas legales que la instituyen concluyan en que solo existe cuando termine el contrato, en los casos de su existencia".

El opositor critica este ataque por razones semejantes a las que formuló al anterior y acerca de la cuestión de fondo defiende el criterio del Tribunal.

Se considera:

La casación laboral ha sido instituída para unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. conforme al art. 86 C. P. T. y para lograr tal objeto es necesario que la proposición jurídica que se someta a estudio de esta Sala, por la causal primera, contenga normas de carácter laboral. El ataque que ahora adelanta el acusador, por el motivo indicado, se limita a normas sobre la organización administrativa del Fondo demandado y a la condición de sus administradores, de libre nombramiento y remoción; pero no incluye ninguna de las específicas de la casación laboral, ni los textos consagratorios de las condenas despachadas por el ad quem, ahora sí indispensables, por cuanto no se impugna la existencia del contrato de trabajo. Inclusive no se presenta de modo debido el alcance del cargo, que afirma en el fallo resoluciones "en abierta pugna" con los textos que cita, pero sin que tal presentación, concrete las normas debidas ni a través de sus referencias al lucro, a la mora y a la prima de navidad, explique cómo el desconocimiento de la facultad de libre nombramiento y remoción viola todos esos extremos de la litis.

Por las exigencias técnicas del recurso, conforme a las reglas legales que lo gobiernan, elcargo, que padece los defectos anotados, no es atendible. Se le rechaza, en consecuencia.

Tercer cargo.

Ha sido formulado así: "En el supuesto de la existencia del contrato de trabajo, el fallo acusado viola los arts. 2o. de la Ley 64 de 1946 y 11 de la Ley 6a. de 1945, y en relación o consecuencia de tal violación, los arts. 47, lit. g), 48, ords. 40. y 80., y el 51 del Decr. 2127 de 1945, por aplicación indebida, por cuanto el Tribunal, por un error de hecho no apreció los documentos auténticos que obran en el proceso, de los cuales se desprenden las causas o motivos que justificaron el despido del trabajador, y por tal circunstancia, consideró que la entidad que represento separó de su cargo al demandante sin justificación legal y en tal virtud, la condenó a pagarle la indemnización por lucro cesante".

Con mención del art. 23 del Decr. 528 de 1964, el recurrente concreta que los documentos de los fls. 81 a 89, 96, 69 a 71 y 63, prueban las causas del despido del demandante Lorza Ayora, quien fue separado, del empleo que desempeñaba, por la Contraloría General de la República, mediante providencia, dictada conforme al art. 7o. del Decr. 2119 de 1960, que lo suspendió "sin que hasta la fecha se tenga noticia cierta acerca de si en el respectivo proceso penal se ha dictado o no sentencia definitiva". Recalca que la suspensión se decretó por la Contraloría mencionada, sin petición o intervención del Fondo de Caminos Vecinales, y de la apreciación de aquellos documentos surge base sólida para absolver a la entidad demandada.

El opositor sostiene que el recurrente confunde la suspensión del contrato de trabajo con su terminación; que lo dispuesto por la Contraloría fue la primera; que las pruebas que menciona el acusador no solo no fueron desconocidas por el Tribunal, sino que por ellas absolvió de la súplica sobre salarios insolutos; que el auto de detención que dictó el visitador fiscal fue revocado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, por lo que la entidad demandada debía reintegrar al demandante al mismo cargo que venía ocupando, por haber cesado la causa de la suspensión, y que la demandada no solo no alegó sino que no demostró haber tenido causa justa alguna para despedir al demandante.

Se considera:

La cita del recurrente para precisar la causal por la que formula su acusación ha de corregirse con indicación del art. 23 de la Ley 16 de 1968. El cargo parte del supuesto de la existencia del contrato de trabajo y se contrae a la condena por lucro cesante, que estima indebida porque la entidad demandada sí tuvo justa causa para despedir, planteamiento que es distinto del anterior sobre facultad de libre nombramiento y remoción. Y en cuanto a los documentos que estima dejados de apreciar, tiene razón el opositor al observar que sí lo fueron por cuanto en razón de ellos se absolvió al Fondo de la súplica sobre salarios insolutos, como la tiene también al decir que ellos se refieren a la suspensión del contrato de trabajo, por orden de la Contraloría General de la República, y no a la terminación del mismo, que produjo la demandada en acto distinto al de aquella suspensión. Los documentos citados, pues, ni dejaron de apreciarse ni al ser estimados por el fallador, con referencia a la suspensión y no a la terminación del contrato, lo fueron con error, por cuanto ellos se refieren a aquella y no a la última. Y si lo que se pretende es que en los motivos de la una se halla la justa causa para la otra, no puede acogerse tal pretensión pues ni el Fondo los invocó para terminar el contrato ni legalmente podía hacerlo después de haber sido absuelto el Dr. Lorza Ayora por la justicia penal,

Se observa, además, que el Tribunal fundó el acto del despido ilícito en el Acuerdo No. 036 de 1966, del fl. 10, por el que la Junta Directa del Fondo demandado declaró insubsistente el nombramiento del promotor de la litis y la apreciación de tal probanza no aparece impugnada en forma alguna, ni relacionada siquiera con el error que se pretende de aquellos documentos, el cual tampoco aparece demostrado.

En las condiciones anteriores, el cargo que afirma falta de apreciación de documentos que que sí fueron apreciados; que alega como causa de la terminación, la suspensión ordenada por la Contraloría; que confunde los dos fenómenos y no puede justificar el acto del Fondo demandado y que no prueba error alguno en el juicio del ad quem no es fundado.

No prospera en consecuencia.

Cuarto cargo

Acusa violación de los arts. 11 y 14 de la Ley 4a. de 1966 y del art. 1o. de la Ley 31 de 1964, por infracción directa, al haber condenado el Tribunal, a pagar al demandante, la suma de \$3,000 por concepto de prima de navidad correspondiente al último trimestre de 1965 y al primero de 1966, con base en el sueldo del mes de marzo de este último año y los factores de liquidación de la dicha ley 4a., que no tiene carácter retroactivo y no puede comprender aquel trimestre de 1965. Se agrega que hubo aplicación de la ley 4a. con violación ostensible de sus preceptos, y que si no hubiera sido por ello la condenación habría sido diferente, conforme a la Ley 31 de 1964, que dejó de aplicarse al último trimestre de 1965.

El cargo contiene, además, alegación acerca de que por la prima de 1966, por tres doceavas partes, no puede imputarse mora al Fondo, sino después de la primera quincena de diciembre de ese año, y el demandante era el ordenador en la época en que se causó la prima de 1965 y si por su culpa o falta de diligencia no se produjo el pago, no puede aprovecharse de sus propias deficiencias en el servicio público, y que para el pago de las primas ha debido demostrar que presentó la solicitud concreta, acompañada de la cuenta respectiva.

El opositor encuentra defectos técnicos en la formulación del ataque y acerca de su fondo estima que la prestación fue bien liquidada.

Se considera:

El cargo impugna la condena por prima de navidad, por cuanto se la liquidó conforme a la Ley 4a. de 1966, que no era aplicable, dejándose, en cambio, de hacerla de acuerdo con la Ley 31 de 1964, que era la que gobernaba la prestación sub lite. Se entiende, sin contrariedad técnica porque todas las violaciones se afirman por la vía directa, que se trata de aplicación indebida de los textos citados de la primera y de infracción directa, por falta de aplicación, de los de la segunda.

Y en lo acusado, sobre las mismas bases de hecho de que partió el sentenciador, aparece que, ciertamente, la prima de navidad por el tiempo servido en 1965 y en 1966, hasta el día de la suspensión del contrato de Lorza Ayora, el 30 de marzo de 1966, se liquidó conforme a la Ley 4a. de 1966, que empezó a regir el 23 de abril de este último año, fecha de su sanción, aplicación de lev que la violó según su art. 14. citado por el recurrente. La prestación claramente se regulaba por la Ley 31 de 1964, como lo afirma el cargo, y hubo también falta de aplicación de los textos debidos. Se impone, por lo tanto, la casación del fallo en el aspecto considerado para que en la decisión de instancia subsiguiente, se liquide la prima de navidad del demandante Lorza, sobre las bases del tiempo indicado, del sueldo que devengó durante el mismo y el valor asignado por la dicha ley. En consecuencia se reducirá la condena a la suma de \$899,14.

Nada procede disponer, en cambio, acerca de la alegación final del recurrente, pues el tema de la mora no es objeto de la acusación, en las normas pertinentes, no incluídas en la proposición jurídica, ni en la comprobación de las violaciones consideradas. Como tampoco lo son, por la vía escogida, y por su involucración en cargo directo, las apreciaciones del acusador acerca de la condición de ordenador del demandante, en 1965, su propia culpa y la necesidad de formular cuentas. En estos aspectos, asiste razón al opositor al estimar que el primero es inocuo y los otros, agrega la Sala, de hecho y sin comprobación en el recurso, son igualmente inatendibles.

Prospera el cargo, en los términos expuestos.

Quinto cargo

Violación del art. 11 de la Ley 6a. de 1945, en relación o consecuencia con el art. 10. del Decr. 797 de 1949. Se afirma que "obedece a una interpretación errónea en virtud de la cual se le hace producir a la norma legal efectos no queridos por el legislador, extraños, además. a su letra y a su espíritu". Y se la desarrolla alegando que el Tribunal condenó a indemnización moratoria cuando de los términos del fallo se colige que la entidad demandada sostuvo de buena fe y ha seguido sosteniendo con razones atendibles la inexistencia del contrato de trabajo; que habiéndose absuelto por los extremos de salarios, vacaciones y cesantía, que no tenían ningún fundamento, aparece como única obligación insoluta, en la fecha del despido, la de prima de navidad de 1965 (3) docenas (sic) que no ascienden a \$325.00) cuya falta de pago se desconocía en ese momento (agosto 31 de 1966) porque el demandante no se la cubrió y no llegó a cobrarla formulando cuenta con los documentos de ley y, lo que es más grave, sin explicar por qué no la reclamó ni que se le adeudara; que si se tiene en cuenta la finalidad del Decr. 797 de 1949, se concluye que no hubo mora consentida ni conocida por parte de la entidad demandada; y que, por el contrario, el Dr. Lorza Ayora es el único responsable de la falta del pago correspondiente, como ordenador que era en su calidad de Administrador del Fondo Departamental de Caminos Vecinales del Valle. Se agrega que hubo también infracción directa de la ley al disponer el Tribunal que los salarios de la sanción empezaran a contarse a partir del 10, de diciembre de 1966 cuando la Ley 4a. de dicho año ordena que la prestación se causa en la primera quincena del mes de diciembre; que, por otra parte, debido a esa causación surge duda sobre la fecha que debe servir de base para el cómputo de los 90 días de gracia, pues el 31 de agosto de 1966, fecha de la terminación del contrato no se podía pagar "la prima de navidad por ese año, y no eran procedentes otros pagos"; que el Tribunal sancionó por mora hasta cuando se pague la prima de navidad y la indemnización por lucro, y esta prestación es discutible y solo puede hacerse exigible con respaldo en una cuenta que lleve adjunta la copia de un fallo; que la terminación del contrato "por una causa cuya justificación debe analizar la justicia", no puede dar lugar automáticamente a la suspensión y consiguiente reanudación del contrato, dentro de los 90 días siguientes a dicha terminación, sanción que no se les impone a los particulares que solo incurren en mora, según el art. 65 C. S. T., cuando no pagan o depositan las prestaciones ciertas y definidas y que no se puede perder de vista el hecho de que entidades como la demandada están impedidas por razones de manejo de presupuesto para pagar o depositar prestaciones inciertas.

Por todo lo cual se pide la casación para que "se confirme el fallo del juez a quo, que dispone la absolución de la parte demandada".

El opositor anota defectos técnicos al cargo formulado, sostiene la mala fe del demandado y pide el mantenimiento de las condenas.

Se considera

El cargo está mal formulado y no guarda proporción siquiera entre lo que acusa y el alcance final, de absolución que comprendería extremos distintos de la indemnización moratoria y de confirmación de un fallo, el del a quo, que desconoció la existencia del contrato de trabajo, no impugnada en este ataque, no demostrada en el primero que se dedicó a este tema, y que no es objeto del presente, que, por el contrario, la supone y parte del mismo, como lo hace el acusador en todos los demás que ha propuesto.

En lo que toca con el concepto de la infracción es claro, por una parte, que la interpretación errónea no puede consistir, como se la presenta, en hacerle producir a la norma legal efectos no queridos por el legislador, lo cual constituye otro tipo de violación de la ley; y, por otro lado, tal equivocación no se da en la sentencia recurrida, que al resolver sobre el extremo indemnizatorio de mora, no entendió las reglas en forma distinta a su verdadero significado, en ninguno de sus elementos o condiciones de la voluntad legal, ni siquiera en el factor mala fe, que parece ser el que motiva la censura. Por el contrario, el Tribunal se detuvo en ella y hasta expresó que en el sub lite habría exonerado a la demandada de la condena indemnizatoria, por razón del lucro cesante y de las razones atendibles sobre inexistencia del contrato de trabajo, si no hubiese sido porque ninguna justificación hubo para no pagar, la prima de navidad. El asunto es, pues, de mala fe acerca de esta prestación y, mejor expresado, acerca de lo correspondiente por este concepto, en diciembre de 1965, y de lo causado por los servicios del primer trimestre de 1966. Nada tiene que ver, en consecuencia, con la norma legal, en sí misma considerada, como se requiere para el examen por la vía directa, sino que es un cuestión de hecho acerca de la cual ni se acusa por el concepto debido, ni se señalan las pruebas que hubiesen determinado el error de hecho, ni este se exhibe en forma alguna. Pues la alegación que al respecto adelanta el acusador, ni si hubiese sido atendible habría podido acogerse. En efecto, como atendibles, para que el Fondo no hubiese pagado la prestación debida, y más concretamente lo correspondiente a la prima de navidad de 1965, ni hubiese consignado dentro de los 90 días siguientes a la terminación del contrato, no pueden calificarse las razones aducidas en el recurso, que no en la litis donde se negaba la existencia del contrato, de que Lorza no formuló la cuenta, o era el ordenador y no se pagó por su culpa, ni que había duda acerca de la fecha para empezar a contar el término de gracia, ni que la entidad no puede pagar o depositar prestaciones inciertas, carácter que no tenía la prima de 1965. Como tampoco lo es que el lucro cesante fuese discutible, porque el fallo no sancionó por su falta de pago, ni que para pagar lo debido se requiera copia de un fallo, pues la sanción precisamente obedece a que no se pagó ni se consignó oportunamente la prima debida de modo cierto. Todo lo anterior exhibe que el cargo, mal formulado, carece también de fundamento.

Se le rechaza.

Sexto cargo

Con carácter subsidiario, acusa aplicación indebida de los arts. 60. de la Ley 1a. de 1963 y lo Decr. 933 de 1965, a consecuencia de error de hecho en que incurrió el Tribunal "al acceder a las pretensiones de la demanda", a pesar de que a fl. 106 obra un certificado conforme al cual el Dr. Lorza Ayora viene recibiendo una pensión de jubilación de \$1.016,58 desde mayo de 1966 y de \$4.125,00 desde el 23 de octubre del mismo año, lo que establece su imposibilidad para recibir dos o más emolumentos del Tesoro Público, según la Ley 151 de 1959, y concretamente jubilación y sueldos en cantidad superior a. \$1.600.00. Se pide, finalmente, la absolución en forma plena de la entidad demandada.

El opositor formula reparos técnicos; señala que la incompatiblidad de ley es entre sueldo y pensión mas no entre ésta y las prestaciones a que condenó el ad quem, y que el documento invocado lo que prueba es que cuando Lorza se vinculó al Fondo demandado se suspendió el pago de la pensión oficial de que disfruta, que mientras devengó salarios no volvió a percibirla, que a partir de la suspensión a que se le sometió la recibió notablemente disminuída, a partir del 10. de mayo de 1966, porque el Fondo no le pagó salarios y que mucho menos le ha pagado estos después de la terminación del contrato.

Se considera

Es impertinente la aspiración a una absolución total del demandado, como se solicita al final de este cargo, pues él no se encamina a destruir la existencia del contrato de trabajo, ni se refiere a la prima de navidad ni a la indemnización moratoria, ni aún al lucro cesante, con el que podría tener relación, cuyas normas consagratorias, tampoco contiene.

En lo que acusa concretamente, el art. 60. de la Ley 1a. de 1963 eleva a \$ 1.600 la concurrencia entre sueldo y pensión de jubilación, sin que el fallador haya dispuesto nada por lo que el sueldo de Lorza concurre con su jubilación o pueda relacionarse directamente con estos temas. Y si lo que se sugiere es que, a través del lucro cesante despachado, se violaría tal precepto porque Lorza recibe pensión de jubilación, tal asunto, que no bastaba sugerir, requería necesariamente el señalamiento, como violados, de las normas legales respectivas.

Finalmente, el art. 10. del Decr. 933 de 1965, decreto por el que se reglamentó el art. 13 de la Ley 1a. de 1963, versa sobre materia completamente ajena a la controversia y a su definición judicial y de la Ley 151 de 1959, cuya mención integral es inadmisible, en lo que parece sugerir tampoco basta para considerar si las condenas decretadas violan alguno de sus preceptos.

Por todo lo anterior el cargo se exhibe inestimable.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso, en cuanto condenó al Fondo Nacional de Caminos Vecinales a pagar al demandante Daniel Lorza Ayora la suma de tres mil pesos (\$ 3.000) por concepto de prima de navidad y en su lugar reduce dicha condena a la cantidad de ochocientos noventa y nueve pesos con catorce centavos m/l. (\$ 899,14). NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, publíquese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Para que pueda deducirse la confesión ficta e presunta consagrada en el art. 617 del C. I., se requiere, al tener de los diáfanos términos de esta norma, que el juez que recibe la exposición del absolvente, al darse cuenta de que está dando respuestas evasivas e inconducentes, la amoneste para que conteste de un modo precisa, previniéndolo que si no la hace así, se derá por cieto la prequentada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, veintidós de mayo de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 34).

Agotada la tramitación correspondiente procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra el fallo con que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario laboral adelantado por el Teniente en retiro Luis H. Moreno G. contra la "Cooperativa de Militares en Retiro Ltda.".

ANTECEDENTES

En la demanda con que se inició este proceso se solicitó se condenara a la "Cooperativa de Militares en Retiro: Ltda.", representada por su gerente, a pagarle al demandante, Teniente en retiro Luis H. Moreno G., diversas sumas de dinero por los conceptos de reajuste de auxilios de cesantía y de primas de servicios y compensación de vacaciones, aquellas y esta correspondientes al contrato de trabajo por el año lectivo de 1960, y lucro cesante, todo lo extra o ultra petita que resultara y "salarios caídos" correspondientes al contrato de trabajo por el año lectivo de 1961, con base en los siguientes hechos:

En virtud de dos contratos de trabajo, el ac-

tor le prestó sus servicios a la entidad demandada como "instructor militar, educación fisica y régimen interno" del Colegio Militar Cooperativo de su propiedad, que funciona en Usaquén, primeramente en el año lectivo de 1960, del 5 de mayo al 30 de noviembre de ese año, y luego en el año lectivo subsiguiente, del 8 al 11, inclusive, del mes de febrero de 1961, con una asignación mensual básica de quinientos pesos (\$500.00), más alimentación y alojamiento. En el citado mes de noviembre de 1960, la demandada le liquidó al demandante la cesantía y la prima de servicio "sin tener en cuenta el valor de las prestaciones en especie que se le suministraban y olvidando, además, que su capital es mayor de \$200.000,00 m/c" y omitiendo, al propio tiempo, el pago de las "correspondientes vacaciones de fin de año". "La demandada en forma intempestiva e injusta y por motivos ajenos a su conducta o voluntad", terminó unilateralmente el último contrato de trabajo, sin pagarle los salarios correspondientes a los cuatro días que le trabajó, los cuales solamente le canceló el 16 del mentado mes de febrero de 1961. Y la entidad demandada se ha negado a pagarle al actor "los salarios equivalentes al tiempo que hizo falta para cumplir el plazo presuncional" del último contrato de trabajo, "o sean nueve (9) meses, veintiséis (26) días", el auxilio de cesantía de los cuatro días que le trabajó durante esta segunda relación laboral y "los salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales que le adeuda".

Se invocaron, asimismo como disposiciones legales aplicables los arts. 22, 23, 24, 27, 29, 32, 38 modificado por el 10. del Decr. 617 de 1954, 55, 64, 65, 66, 101, 102, 127, 129, 133, 134, 249, 253, 306 y concordantes del C. S. del T.

En la contestación de este libelo, el apoderado que constituyó la Cooperativa demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenaciones impetradas; negó el derecho y la acción del demandante; manifestó, en relación con los hechos, que se atenía a lo que se probara en el juicio, pero que "desde ahora" negaba aquellos "en los cuales pretende el demandante apoyar sus temerarias peticiones"; y propuso las excepciones perentorias de pago, cobro de lo no debido, falta de título y de causa en el demandante, falta de obligación en la demandada, inexistencia de las obligaciones reclamadas, ilegitimidad de personería de la parte demandada, prescripción "y otras que resulten de los hechos oportunamente demostrados en el curso del juicio".

Concluído el debate, el señor Juez Primero del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, decidió el negocio en sentencia de 31 de julio de 1961, condenando a la Cooperativa demandada a pagar, una vez en firme esa providencia, a más de las costas, la cantidad de cuatro mil novecientos treinta y un pesos con sesenta centavos (\$ 4.931,60), por concepto de indemnización por la ruptura ilegal e intempestiva del contrato de trabajo, y la de cinco pesos con cincuenta y cinco centavos (\$ 5.55) por cesantía "respecto al contrato de trabajo que terminó el once de febrero de mil novecientos sesenta y uno"; y absolviéndola de las demás súplicas de la demanda.

Apelada esta sentencia por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, a través de su Sala Laboral, resolvió la alzada en fallo de 12 de diciembre de 1961, en la siguiente forma:

"10. Se revoca el numeral primero de la parte resolutiva del fallo apelado, y en su lugar, se absuelve a la Cooperativa de Militares en Retiro Ltda., por concepto de cesantía y lucro cesante, respecto a los servicios prestados por el demandante entre el 8 y el 11 de febrero de 1961.

- "2. Se confirman los numerales Segundo y Tercero del fallo apelado.
- "3. Se revoca el numeral cuarto, y en su lugar, se condena en costas a la parte actora.

"Sin costas en esta instancia".

Contra esta decisión interpusieron ambas partes el recurso de casación, que les concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte, no obstante lo cual solo la actora presentó su demanda extraordinaria, absteniéndose de hacerlo la demandada, por cuyo motivo se declaró desierto su recurso. Por esto, y por estar surtido en legal forma el trámite respectivo, se procede a decidir el oportunamente sustentado, sin tener en cuenta la réplica del opositor por haberse allegado extemporáneamente a los autos.

EL ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente se "case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto, por su numeral 10., revocó el mismo del fallo del a quo y absolvió a la "Cooperativa de Militares en Retiro Ltda." de pagar a Luis H. Moreno G. el auxilio de cesantía y el lucro cesante por el contrato de trabajo correspondiente al año lectivo de 1961 y en cuanto, por su numeral 20., confirmó el mismo fallo del a quo que absolvió a la "Cooperativa de Militares en Retiro Ltda." de pagar a Luis H. Moreno G. indemnización moratoria v. en su lugar, convertida en Tribunal de instancia, confirme los literales a) v b) del numeral 10. de la sentencia de primera instancia y adicione este numeral con un tercer literal, el c), para condenar también a la "Cooperativa de Militares en Retiro Ltda." a pagar indemnización por mora a Luis H. Moreno G. Y no la case en lo demás".

MOTIVOS DE CASACION

En orden a este fin formula un solo cargo, con invocación de la causal primera de casación del art. 87 del C. P. del T., en la siguiente forma:

"Acuso la sentencia recurrida de infringir, indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 22, 23, 24, 253, y 65 del C. S. T. y 64 de este mismo Estatuto, en relación con los 101, 61, 62, 63, 48 y 66 ibídem. A esta violación llegó el sentenciador como consecuencia de evidente error de hecho, por falta de apreciación de una prueba y mala apreciación de otra, que lo llevó a no dar por demostrado, estándolo, que entre los litigantes existió un contrato de trabajo de término presuntivo de diez meses que fue roto ilegalmente por la sociedad demandada.

"La prueba dejada de apreciar es la absolución de posiciones a que fue sometido el Gerente de la sociedad demandada (fls. 23 a 30) y la mal apreciada es la diligencia de inspección ocular en lo relativo al pago por "caja menor" que aparece a fls. 57".

En el desarrollo de esta impugnación se asevera que si bien la certificación del fl. 6, no obstante su reconocimiento por quien la suscribe, nada puede probar, desde luego que la ley no la admite como medio de convicción y que otro tanto cabe predicar de las declaraciones de Roberto Rengifo y Edmundo Morales B., en lo que respecta al debatido contrato de tra-

bajo por el año lectivo de 1961, también es evidente que de aquí no se sigue, como concluye el ad quem, la inexistencia de dicho pacto, porque en la mentada inspección ocular se verificó que la demandada le pagó al actor, por caja menor, a título de gastos efectuados en el Colegio Militar Cooperativo del 10 al 17 de febrero de 1961, la cantidad de \$66,64 por "cuatro días jornal por servicios" a dicho Colegio, con lo cual se demuestra no solo la relación de trabajo personal que tuvo el demandante con la sociedad demandada en el citado año, sino también el jornal devengado por aquel, por lo cual el Tribunal ha debido presumir el contrato cuya existencia no encontró acreditada.

Luego se agrega textualmente lo siguiente: "Es más, este contrato de trabajo de término presuntivo de 10 meses se encuentra demostrado, ya no por presunción, pero por demostración directa. Lo propio es dable predicar del sueldo mensual de \$500.00 que el actor devengó —equivalente al jornal de que ya se habló—, de la fecha de terminación de sus servicios -11 de febrero de 1961-, de donde se colige que comenzaron el 8 inmeditamente anterior -por haber trabajado apenas cuatro días como atrás quedó expresado— y del despido de que fue objeto el mencionado 11 de febrero. Porque el Gerente de la sociedad demandada eludió, en forma manifiesta, contestar categóricamente las preguntas décimaquinta, décimasexta, décimaséptima y décimaoctava del pliego de posiciones a que fue sometido. contentivas de los hechos que se acaban de exponer. Es que el ad quem, ante las elusivas respuestas del representante legal de la sociedad demandada, ha debido dar aplicación al art. 617 del C. J., que recoge una regla de sana crítica probatoria, según el cual si "el absolvente elude sin motivo razonable la contestación categórica, el Juez, al estimar el mérito probatorio de la diligencia, tiene por cierto el hecho preguntado".

Para resolver, la Corte considera:

1. En el fallo impugnado el Tribunal no dio por establecido el segundo contrato de trabajo que el actor alega celebró con la Cooperativa demandada, para la prestación de los mismos servicios que fueron materia de la primera relación laboral que vinculó a los contendientes, porque la certificación expedida por el General Rafael Calderón Reyes, Rector del Colegio Militar Cooperativo, que obra en autós, "no tiene valor probatorio suficiente"; porque en "la ins-

pección ocular se comprobó que el demandante no figura en la nómina de empleados del establecimiento demandado, correspondiente a febrero de 1961, figura sí un pago por Caja Menor, de la cantidad de \$ 76.64 hecho al actor". "Por cuatro días jornal por servicios al Colegio"; y porque las declaraciones que figuran en el proceso "tampoco contribuyen a esclarecer los extremos del mismo".

2. El recurrente admite de estos razonamientos los relacionados con la certificación y las declaraciones referidas. Discrepa únicamente del que versa sobre la inspección ocular, porque la verificación en ella del hecho de haber pagado la Cooperativa demandada al demandante, por caja menor, por cuatro días de jornal por servicios prestados en el Colegio aludido, evidencia la relación de trabajo personal que tuvo Moreno G. con la citada sociedad y el jornal devengado por aquel, elementos estos estructurantes del contrato desconocido por el ad quem.

Al reparar el impugnador exclusivamente en el pago memorado, olvida que el Tribunal no le dio el alcance que le está atribuyendo a ese hecho, por que en esa misma diligencia también "se comprobó que el demandante no figura en la nómina de empleados del establecimiento demandado", por lo cual bien podía deducir de allí, en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 61 del C. P. del T. para la formación de su racional convencimiento, que el pago en comento no pudo corresponder a los servicios que se alegó en la demanda fueron objeto de estipulación en el contrato de trabajo correspondientes al año lectivo de 1961, sino a los de relación diferente, alrededor de la cual no ha versado el debate judicial. En estas condiciones, al no presumir el ad quem de ese pago, comó el propio recurrente dice, el pretendido contrato de trabajo, no incurrió en un grosero o manifiesto error, único que incide en casación.

3. En cuanto a las posiciones absueltas por el Gerente de la sociedad demandada, las que expresamente no se invocan en la sentencia impugnada para no dar por demostrado el contrato de trabajo de que se viene hablando y que el recurrente considera lo establecen directamente, porque al eludir el absolvente, "en forma manifiesta, contestar categóricamente las preguntas décimaquinta, décimasexta, decimaséptima y décimaoctava", contentivas de los hechos que lo configuran, hay que dar por ciertos estos, con aplicación de la regla de crí-

tica probatoria recogida en el art. 617 del C. J., ocurre que del contexto de las respuestas mencionadas no se desprende en forma clara la calidad de evasivas que se les atribuyen, pues unas y otras están concebidas así:

"Décimaquinta,- ¿Diga Ud, bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, como es cierto, sí o no, yo lo afirmo, que mi poderdante Teniente Luis H. Moreno, envirtud del contrato verbal celebrado con la demandada, por conducto del Rector del Colegio Militar Coop., le prestó sus servicios, los mismos del año pasado, hasta el once, inclusive, del mes de febrero el pasado? Contestó: "No es cierto y aclaro que el suscrito Gerente de la Coop., de Militares en Retiro haya contratado en la forma que que se me pregunta al Teniente Luis H. Moreno". Leída la aprobó. Décimasexta. Diga ud. bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar, como es cierto, sí o no, yo lo afirmo, que la demandada, en la misma forma del año pasado, se comprometió a pagarle a mi poderdante, Teniente Luis H. Moreno, como remuneración por sus servicios. \$500.00 mensuales, más la alimentación y el alojamiento? Contestó: "No es cierto que el suscrito Gerente de la Coop., de Militares en Retiro haya hecho ningún contrato con el señor demandante". Leída la aprobó. Décimaséptima: Diga Ud. bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar. como es cierto, ¿sí o no, yo lo afirmo, que la demandada, en forma intempestiva e injusta y por motivos ajenos a su conducta o voluntad dio por terminado, unilateralmente, el contrato de trabajo que había celebrado con mi poderdante, el día 11 de febrero del presente año? Contesto: "No es cierto". Leída la aprobó, agregando "que no existiendo contrato entre el suscrito Gerente de la Cooperativa de Militares en Retiro y el Teniente Luis H. Moreno én el presente año de 1961, se haya podido cancelar lo inexistente. Décimaoctava.- Diga Ud. bajo la gravedad del juramento que acaba de prestar. como es cierto, sí o no, yo lo afirmo, que la demandada le quedó debiendo a mi poderdante los días que le trabajó en el mes de febrero del presente año, los cuales solamente le vino a cancelar el 16 de febrero pasado, por medio del cheque del Banco Comercial Antioqueño. Sucursal de San Martín, Serie A-1 No. 289132, girado el 15 del mismo mes, por la cantidad de \$66.64 moneda corriente? Contesto: "No es cierto. Algún personal ocupado a jornal por unos pocos días para efectos de preparación del Colegio para la reorganización que se le imprimió para 1961 y mientras se hacía la selección del personal de planta y docente que debía quedar para el presente año lectivo, fue cancelado el valor de sus jornales por la Administración del Colegio en planillas o recibos que debieron firmar quienes sirvieron a jornal por unos pocos días, en la forma indicada anteriormente". Leída la aprobó.

Y no son claramente evasivas las transcritas respuestas del absolvente, porque como acaba de verse se contraen a negar lo que se pregunta, sin que lo agregado a esas negaciones las haga contradictorias o imprecisas, como que, por lo contrario, tienden a explicarlas, con los hechos pregonados de no haber suscrito quien responde, que como Gerente es el representante de la sociedad que se da como contratante, el pacto porque se le interroga, y de no haber realizado tampoco, en ese mismo carácter, los otros actos que se le preguntan. Equivale a decir: no es cierto por las circunstancias anotadas, de las cuales la consignada en la décimaoctava descarta, por lo demás, el alcance que el recurrente le confiere al pago hecho afirmado en la pregunta.

De otro lado, para que pueda deducirse la confesión ficta o presunta consagrada en el art. 617 del C. J., se requiere, al tenor de los diáfanos términos de esta norma, que el Juez que recibe la exposición del absolvente, al darse cuenta de que está dando respuestas evasivas o inconducentes, lo amoneste para que conteste de un modo preciso, previniéndole que si no lo hace así, se dará por cierto lo preguntado; que tome nota de esta amonestación en la diligencia, y que a pesar de ella persista, al responder de nuevo, en su imprecisa posición originaria. Nada de esto ha sucedido aquí, pues ni el Juez del conocimiento que recibió las posiciones cuestionadas, al convencerse de que el Gerente de la sociedad demandada estaba eludiendo las respuestas categóricas, lo amonestó para que contestara con precisión; ni le hizo la prevención indicada, ni de tales circunstancias dejó constancia en la diligencia, ni naturalmente el reconvenido volvió a responder en la forma imprecisa observada por el citado funcionario. Más todavía: el interesado que pidió dichas posiciones, no solicitó dentro del término del traslado que se le dio de ellas, se realizaran los mentados actos para que se le diera cumplimiento al invocado precepto legal. En estas condiciones y en el supuesto de que a la Corte le fuera dable suplir directamente la misión de los falladores de instancia al respecto, no se podría deducir en el recurso la confesión presunta o ficta pretendida, con base en las respuestas calificadas de evasivas por el recurrente del representante de la sociedad demandada, para en apoyo de la misma dar por demostrado el contrato de trabajo desconocido en el fallo acusado.

No prospera, por lo tanto, la impugnación estudiada, conclusión que no apareja al propio tiempo la condenación al pago de las costas del recurso extraordinario, por no haberse causado, pues, como ya se vio antes, si bien hubo oposición, ella se llegó a los autos extemporáneamente, por lo que es inestimable.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justi-

cia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por conducto de su Sala Laboral.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

CASACION (Técnico)

El recurso de casación no es una tercera instancia, sino un medio extraordinario por medio del cual se hace una confrontación entre la ley y la sentencia acusada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta No. 34).

Luis Torres P. mayor y vecino de Santa Marta, demandó por medio de apoderado al Departamento del Magdalena, representado por su Gobernador, para que se le condene al pago del auxilio de cesantía por el tiempo trabajado, así como también por el término que debió durar el contrato de trabajo; "indemnización por violación unilateral, injusta e intempestiva del contrato presuntivo de trabajo"; indemnización por mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales; "los perjuicios derivados del imcumplimiento del término de su contrato presuntivo de trabajo"; las costas del juicio y los intereses legales.

Según los hechos de la demanda, Luis Torres P. trabajó "bajo contrato presuntivo de trabajo al servicio de la entidad demandada" en la Secretaría de Agricultura y Ganadería, como obrero de la Sección de Recursos Naturales, desde el 26 de enero de 1955 al 2 de febrero de 1957, fecha en que fue despedido en forma unilateral, intempestiva y sin justa causa; el salario devengado fue de siete pesos (\$ 7.00) diarios; sus funciones eran las de Oficial de Construcción: con fecha 24 de septiembre de 1957, en nota dirigida al Secretario de Ganadería y Agricultura, se agotó la vía gubernativa, habiendo dado respuesta dicha Secretaría el 8 de octubre del mismo año, desconociendo la situación jurídica del demandante, a quien no se le han pagado sus prestaciones sociales, ni ninguno de los derechos que se reclaman; tampoco se le dio el preaviso que ordena la ley para dar por terminado el contrato de trabajo.

Notificada la entidad demandada, contestó la demanda negando los hechos.

Cumplido el trámite de primera instancia, el Juez Unico del Trabajo de Santa Marta, quien conoció del juicio, lo decidió mediante sentencia por medio de la cual absolvió al Departamento del Magdalena de los cargos impetrados en la demanda. Apeló el apoderado del demandante. El Tribunal Superior de Santa Marta, al resolver la alzada, confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia.

Recurrió en casación la parte demandante. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal Superior de Santa Marta, fue admitido por esta Sala. El recurrente formuló oportunamente la demanda de casación, habiéndose opuesto el Departamento del Magdalena. Cumplido el trámite de rigor, se decidirá el recurso, previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación.

El actor precisa así el alcance de la impugnación: "Que la H. Sala, obrando como Tribunal de Instancia, revoque la sentencia dictada por el ad quem que confirmó la absolución del Departamento del Magdalena hecha por el a quo, y, en su lugar condene a este a:

- "1. Por auxilio de cesantía la suma de seiscientos treinta y tres pesos ochenta y cinco centavos (\$ 633.85) M/cte. por haber trabajado para tal entidad como obrero —Oficial de Construcción— desde el veintiséis (26) de enero de 1954 al dos (2) de febrero de 1957, o sean tres (3) años y siete (7) días, con un jornal de siete pesos (\$ 7.00) m/cte.
- 2. A pagarle al actor la suma de un mil doscientos once pesos (\$ 1.211.00) m/cte. por concepto de indemnización por haber violado el contrato de

trabajo —presuntivo ficcionado— que tenía el Departamento demandado con el actor, al haberlo terminado en forma incausada e intempestiva y teniendo en cuenta que se había iniciado hacía siete días el último término presuntivo con el actor, o sea que tal suma corresponde a cinco (5) meses y veintitrés (23) días de sueldo con un salario de siete pesos (\$ 7.00) m/cte.

"3. A pagar al actor, como indemnización moratoria la suma de siete pesos (\$ 7.00) m/cte. diarios, desde el tres (3) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957) hasta el día en que se haga el pago total por los conceptos anteriores y causada aquella, precisamente por no haberle pagado el demandado al actor suma alguna por prestaciones sociales".

En relación con el alcance de la impugnación expuesto por el recurrente, conviene hacer algunas observaciones.

Ha dicho esta Sala que "en el escrito del impugnador debe determinarse el alcance de su acusación, esto es, si persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido, o su casación parcial y, en este caso, cuál o cuales de los ordenamientos del ad quem son violatorios de la ley y en qué forma deben reemplazarse". (Sentencia de 22 de octubre de 1956).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino un medio extraordinario por medio del cual se hace una confrontación entre la ley y la sentencia acusada. Si ésta es violatoria de la primera, debe producirse su casación, su quebrantamiento, en forma total si toda ella está en oposición con la ley, o parcial, si solamente una o algunas de sus decisiones la violan. Producido el quebrantamiento de la sentencia acusada, la Corte sustituye al Tribunal Superior para dictar la sentencia que la reemplace, pues con la casación desaparece procesalmente, total o parcialmente, la dictada por el fallador de segunda instancia.

No se ajusta a las previsiones de la técnica la forma como el recurrente presenta el alcance de la impugnación. Pide que esta Corporación obre como Tribunal de instancia, sin solicitar que previamente se quebrante la sentencia acusada, y que se revoque la sentencia de segundo grado, es decir, que se convierta la Corte en un tribunal de tercera instancia, pues sólo a través de ésta es posible revocar o confirmar la sentencia dictada por el inferior.

Sin embargo, después de un detenido estudio,

llega la Sala al entendimiento de que el recurrente persigue el quebrantamiento total de la sentencia acusada, para que la Corte, como tribunal de instancia, revoque la de primer grado y en su lugar condene al Departamento del Magdalena a pagar las sumas a que se refiere el alcance de la impugnación y por los conceptos allí señalados. Sólo por esta interpretación de la demanda se estudiará la acusación.

El ataque se hace a través de un cargo único, con fundamento en la causal primera del art. 87 del C. S. T.

Cargo Unico

Se acusa la sentencia por "Violación indirecta o de medio por error evidente de hecho en que incurrió el ad quem de las siguientes disposiciones sustantivas laborales: arts. 10., 40. v 20 del Decr. 2127 de 1945. art. 7o. de la Ley 24 de 1947, arts.: 1o. y 2o. del Decr. 2767 de 1945, art. 17 de la Ley 6a. de 1945, art. 11 del Decr. 1.600 del mismo año, Decr. 797 de 1949, arts. 30., 40., 491 y 492 del C. S. T., arts. 10. de la ley 6a. de 1945, arts. 2o. y 3o. del Decr. 2127 de 1945 y el art. 52 de este Decr.; causada dicha violación por la interpretación errónea que hizo dicha Corporación de las disposiciones y al haber estimado mal --erróneamente--, las siguientes pruebas: a) El certificado del fl. dos (2); b) Las declaraciones de: Pedro Villarreal (fls. 30 a 31) y Antonio María Mendoza Jiménez (fls. 63 a 65). Igualmente por haber dejado de estimar las siguientes pruebas: 1a. La copia del escrito por medio del cual el actor reclamó directamente o por la vía administrativa del Departamento demandado el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones (fl. 3o. 2a.). La nota número 229 de ocho (8) de octubre de 1957, dirigida al actor y suscrita por el Secretario de Agricultura y Ganadería del Departamento demandado (fls. 4 y 5)".

En la demostración del cargo, dice el recurrente que el ad quem acepta la prestación personal del servicio del actor a la entidad pública, y que afirma que este hecho está probado por las pruebas que interpretó erróneamente en su fallo. Pero que no obstante tales pruebas y el desconocimiento de las otras dos, hace suyas las motivaciones del a quo, desconociendo la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, de la Sala de Casación Laboral de la Corte y del Consejo de Estado. Luego dice que el ad quem resolvió afirmar que se trataba de un empleado público, pero que no tuvo en cuenta que se trata de un

servidor oficial, distinción que se ha manifestado desde la vigencia del art. 12 de la Ley 10a. de 1934 y el art. 4o. del Decr. 652 de 1935, pasando por el Decr. 2350 de 1944 hasta llegar a las normas que cita en la enunciación del cargo. Que el certificado expedido por un representante del Departamento demandado expresa claramente qué servicio prestó el actor; qué tiempo trabajó al servicio de la entidad pública demandada y qué jornal devengaba. Que el error fundamental de la sentencia acusada es que desconoció completamente la presunción que obra probada dentro del proceso; que el ad quem no entró a investigar si tanto las obras públicas como las actividades de agricultura, ganadería y bosques son o pueden ser también actividades de los particulares.

Continúa diciendo que sentada la prueba de la prestación del servicio, del tiempo trabajado y del salario devengado por el actor, correspondía a la entidad pública desvirtuar la presunción consagrada en el art. 20 del Decr. 2127 de 1945, cosa que no hizo; que la actividad desarrollada por el actor al servicio del Departamento es la de un obrero común y corriente que en nada se diferencia de la que ejecutan los obreros al servicio de los particulares; que el ad quem calló completa y absolutamente sobre la prueba que obra a los fls. 4 y 5, porque era mejor limitarse a transcribir el fallo del a quo, saliéndose por la tangente al decir que no puede aceptarse la petición del actor, pues el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945 se refiere a obras públicas y la Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento del Magdalena no está dedicada a desarrollar actividades de construcción y obras públicas; que la interpretación no puede ser más errónea de una norma tan clara como lo es dicho artículo, en relación con el 20 del mismo Decreto.

Agrega que el Tribunal plantea un absurdo al transcribir al a quo, en la parte que este afirma que no existen pruebas sobre que las actividades de la Secretaría de Agricultura son susceptibles de ser fundadas o manejadas por los particulares, ni que las desarrolle con ánimo de lucro, pues todo el mundo sabe cuáles son dichas actividades entre nosotros.

Concluye el recurrente en la siguiente forma: "el a quo, transcrito por el ad quem, en gran despliegue de fundamentación alegorica dice: No existen pues, pruebas que den la firmeza al Juzgado de que entre Luis Torres P., y la Administración Departamental, Secretaría de Agricultura y Ganadería del Departamento del Magdalena, hubiera existido contrato de trabajo. En consecuencia, así debe resolverse. De nada sirvió al ad quem todas las pruebas, dos (2) de las cuáles están expedidas por los representantes de la entidad pública demandada —fls. dos, cuatro y cinco-, porque esa es su conclusión. Las consecuencias son otras. Las mismas pruebas reafirmaron la presunción de la existencia del contrato de trabajo posteriormente establecida en forma muy clara y elocuente con las declaraciones de los testigos de los folios treinta, treinta y uno, sesenta y tres a sesenta y cinco (30, 31, 63 a 65). Tal presunción está en pie no ha sido ni puede ser desvirtuada por la inercia del Departamento; para el ad quem, ésta fue la única prueba que estimó: la inercia y esta no tiene ningún efecto en derecho. Está igualmente acreditado que el actor fue despedido en forma intempestiva e incausada —declaraciones de los dos testigos citados—, por lo cual también ha debido entenderse la indemnización correspondiente; como también la cesantía y la condena en salarios caídos en virtud del art. 52 del Decr. 2127 de 1945 y del Decr. 797 de 1949".

La Oposición

Según el opositor, el recurrente, en lugar de una demanda de casación, ha hecho una especie de alegato de instancia. Que no existen los errores de hecho que se le imputan al juzgador de segunda instancia, por lo cual la impugnación no es idónea ni puede prosperar, pues no aparecen de manifiesto en los autos ni inciden, por lo tanto, en la pretendida violación de las normas legales señaladas por el recurrente.

La Sala Considera

El cargo se expone con los siguientes defectos: a) Se predica el error de hecho de las normas que se consideran violadas, siendo así que la violación indirecta de las normas sólo puede tener ocurrencia en el caso de dar por establecido un hecho sin estarlo, o de negar su existencia; b) Se atribuye también la violación por la interpretación errónea de las normas, acumulando así dos conceptos de infracción incompatibles, pues por el primero la violación resulta de la aplicación o inaplicación del precepto a una situación de hecho que se discute, y en el segundo, por errónea interpretación de la norma, ante un supuesto fáctico que no se discute, por aceptarlo el fallador de segunda instan-

cia; y c) se hace consistir el error de hecho en la falta de apreciación de unas pruebas y en la errónea apreciación de otras, no obstante ser claro que aquél no es sino la consecuencia de la mala estimación o inapreciación de los elementos probatorios y la causa que indirectamente determina la violación de la ley.

En la demostración del cargo no se indican claramente el error o errores de hecho en que incurrió el fallador, ni su condición de notorios y evidentes, ni el error de juicio en que se incurrió para dar por demostrado los hechos a través de los cuales indirectamente se violó la ley, o en negar la existencia de determinados hechos, negación que condujo a la violación indirecta de la ley.

Los errores de técnica anotados son suficientes para que se desestime el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta, en su Sala Civil Laboral.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Blas Herrera Anzoátegui, Conjuez.

CASACION (Técnica)

OHOSH SO SOSSS

Para efectos de la casación, el error de hecho debe ser ostensible y objetivo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. Bogotá, mayo veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 33).

Luis Ovidio Briceño, por conducto de apoderado, instauró juicio ordinario laboral contra la
sociedad "Aerovías nacionales de Colombia S.A.
(Avianca)" para que fuera condenada a reintegrarlo en el cargo que venía desempeñando y a
pagarle los salarios y prestaciones dejados de
percibir desde el día en que fue despedido hasta
la fecha de su reintegro. Subsidiariamente pidió el pago de la suma de \$ 12.102.00 o la mayor a que fuera acreedor por concepto de perjuicios materiales y la de \$ 10.000.00 o la mayor que resulte a título de indemnización de daños morales, subjetivos y objetivados.

Fundó su demanda en los siguientes hechos:

- a) Que según contrato de trabajo había ingresado al servicio de Avianca el 2 de junio de 1953;
- b) Que el 27 de diciembre de 1965, cuando desempeñaba el cargo de Sub-Jefe o Supervisor de la Bodega Internacional del Aeropuerto de Eldorado, la sociedad lo suspendió en su cargo, manifestándole que quedaba a órdenes de la División de Personal, la cual le notificaría posteriormente "la determinación final de la Compañía";
- c) Que en el momento de su suspensión devengaba un sueldo de \$ 1.460.00;
- d) Que el 4 de enero de 1966, recibió la comunicación No. 1B-12-65-13387, fechada el 31 de diciembre anterior, mediante la cual se le canceló

en forma definitiva a partir del 3 de enero citado, su contrato de trabajo;

- e) Que Avianca manifestó en la aludida comunicación que tomaba esta medida con fundamento en el art. 70. del D. L. No. 2351 de 1965, invocando como motivo de la terminación del contrato la grave negligencia cometida en el desempeño de sus funciones como Supervisor y consistente, según la empresa, en no despachar oportunamente, ni supervigilar el despacho de unos valores confiados a ella, con el agravante, agrega la sociedad, de haber estado informado del contenido y urgencia de enviarlos a su destino, lo cual hizo posible el extravío de uno de los paquetes con valor de U.S. \$ 65.000.00;
- f) Que el cargo es completamente infundado y por lo tanto le afecta su personalidad y le produce un dolor permanente e invencible; y,
- g) Que finalmente la imputación que se le hizo "se ha reflejado y se reflejará, sin duda, en sus derechos patrimoniales, pues hasta el momento no ha podido encontrar trabajo de igual o superior categoría y no lo encontrará fácilmente durante lapso considerable, pues nadie desea ser patrono de una persona a quien la sociedad demandada reputa de gravemente negligente en el cumplimiento de sus deberes".

Indicó el démandante como fundamentos de . derecho especialmente los arts. 60. y 80. del Decr. 2351 de 1965.

EL JUICIO

Correspondió conocer de la demanda al Juzgado 80. Municipal del Trabajo de Bogotá y una vez admitida, de ella se corrió traslado a la sociedad la cual la contestó por medio de apoderado.

En la contestación del libelo se acepta la existencia del contrato de trabajo que ligó a las partes: su fecha de iniciación: el hecho de la

suspensión del mismo; el cargo desempeñado por Luis Ovidio Briceño, el salario que devengaba ultimamente y el hecho de su despido, pero por los motivos indicados en la comunicación 1B-12-65-13387 de 31 de diciembre de 1965. Se negaron los demás hechos y se propusieron las siguientes excepciones: la de pago, en lo que se refiere a salarios y prestaciones, inexistencia de cualquier obligación a cargo de Avianca y falta de legitimación en causa para pedir indemnizaciones y reintegro.

Surtido el trámite procesal de la primera instancia, el Juzgado profirió sentencia el 31 de octubre de 1967, mediante la cual absolvió a la demandada de los cargos que le habían sido formulados y condenó al demandante en costas.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del actor, el cual le fue concedido oportunamente. Recibidos los autos en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, esta Corporación tramitó el negocio y lo decidió, por mayoría, en sentencia de fecha 20 de marzo de 1968, mediante la cual confirmó en todas sus partes la del a quo y condenó al demandante en las costas del recurso. Salvó su voto el Magistrado Dr. José Eduardo Gnecco C.

EL RECURSO

Inconforme con la decisión del Tribunal, el apoderado de Luis Ovidio Briceño interpuso contra la sentencia de segunda instancia recurso extraordinario de casación que le fue concedido una vez que por perito se estimó la cuantía de la demanda (fls. 132 a 134).

Admitido por la Corte el recurso pasa a decidirlo de acuerdo con el libelo formulado y al escrito de oposición.

El recurrente aspira, como se ve en el capítulo "Alcance de la Impugnación", a que la Sala Laboral de la Corte "case totalmente la sentencia recurrida para que, en su defecto, como ad quem, revoque la del a quo y acoja ya la súplica principal y a la subsidiaria —ésta sólo en lo que atañe a los perjuicios materiales por la suma de \$ 12.102.00 y a los morales subjetivos por la cantidad de \$ 2.000.00— del libelo que generó la litis; y, por modo consecuencial, provea como es de rigor acerca de las costas de primera y segunda instancias".

Para llegar a este resultado invoca la causal 1a. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 y propone un solo cargo, enunciándolo así:

"El fallo recurrido infringió indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 70. numeral 40. y 80. del Decr. 2351 de 1965, en relación con el 60., ord. h), *ibídem*, el 19 del C. S. T., el 80. de la Ley 153 de 1.887, el 63 del C. C. y el 95 del C. P.".

Agrega que "a estas violaciones llegó el sentenciador a consecuencia de evidentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas que más adelante detallaré". En seguida el recurrente comienza a enunciar una a una las equivocaciones en que dice incurrió el Tribunal haciendo hincapié en algunas pruebas, pero en la forma y con el sistema de un alegato de instancia que dificulta la labor de la Sala para examinar el error alegado.

Por esto se procederá a estudiar individualmente, como lo hace el recurrente, cada una de los aspectos que le plantea a la Corte.

, I

"Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el paquete amparado con la guía No. 042-33256-B le fue entregado materialmente a mi procurado por un empleado de la empresa de aviación 'Varig', Rafael Antonio González Rey y que mi asistido no tomó las medidas adecuadas a su seguridad".

El recurrente afirma a continuación que las pruebas pertinentes dicen otra cosa y analiza la declaración de Rafael Antonio González Rey (fls. 82 a 84); el informe que afirma rindió a Avianca "su investigador" Dr. Marco Antonio Fonseca Truque (fls. 52 a 64 y 66 a 69); la exposición que hizo Briceño (fls. 23 y 47) y la respuesta a las posiciones 2a., 7a. y 8a. (fls. 25 a 31, todos los citados del cdno. No. 1) del mismo demandante.

Para el acusador, la declaración de González Rey prueba que en forma simbólica entregó a Briceño el paquete a que se refería la guía No. 042-33256-13, el cual quedó en poder de la Aduana y que materialmente le hizo entrega de los documentos que lo amparaban y que esto "es lo mismo que dice la parte demandada por boca de su investigador, el Dr. Marco Antonio Fonseca Truque, en los informes que éste le rindió sobre el particular (fls. 52 a 64 y 66 a 69), agregados a solicitud de ella durante la inspección ocular que se verificó en sus dependencias (fls. 71 a 74), esto es, que dicho paque-

te nunca estuvo en manos de mi mandante sino en la Aduana, en custodia. Por lo demás, este hizo siempre la debida salvedad, como se ve de la exposición que rindió el 23 de noviembre de 1965 (fls. 23 y 47) y de las respuestas que dio a las posiciones (fls. 25 a 31) 2a., 7a. y 8a.".

De lo anterior concluye que al no haber estado nunca en poder de Briceño el paquete de que se habla, el Tribunal erró ostensiblemente al afirmar lo contrario.

Se Considera:

La forma que el recurrente emplea en la censura, no permite establecer exactamente cuáles son las pruebas que dice fueron erróneamente apreciadas, ya que como puede referirse a la sola declaración de González Rey, puede también hacer alusión a todas las que analiza.

Con todo, la Sala procede a hacer un estudio de todas las indicadas, para poder saber si existió o no el error imputado al Tribunal.

El señor Rafael Antonio González Rey citado por ambas partes como testigo, al rendir declaración y ser interrogado por los apoderados del demandante y de la demandada, afirmó varias cuestiones de hecho esenciales:

a) Que en el vuelo 811 de Varig llegó a Bogotá procedente de Los Angeles un paquete que contenía "travelers cheques"; b) Que después del tránsito de 50 minutos del avión, procedió a entregar el paquete a las bodegas de la Aduana en el Aeropuerto Eldorado; c) Que tan pronto se terminó la entrega solicitó un empleado de Avianca para que lo recibiera y lo despachara a Medellín; d) Que el empleado de Avianca que llegó a recibirlo fue el señor Briceño a quien el testigo le informó que se trataba de "travels cheques" y le mostró el paquete, pidiéndole el favor que lo despachara el mismo día a lo cual contestó Briceño que era difícil por tratarse de un día sábado, pero que se haría lo posible.

Finalmente y respecto a esta declaración, debe observarse que el testigo no dice que la guía y los demás documentos que amparaban el paquete los hubiera entregado a Briceño y, en consecuencia, lo dicho por el recurrente sobre entrega simbólica de aquél y material de éstos, es solamente una interpretación de la deposición que no puede configurar el error evidente de hecho alegado.

Respecto a las otras pruebas señaladas por el impugnador, se tiene lo siguiente:

Es cierto que Briceño en la exposición que hi-

zo sobre el caso (fls. 23 y 47, cdno. No. 1) afirma refiriéndose al paquete que llegó el 13 de noviembre de 1965 en el vuelo de Varig que "esta pieza fue dejada junto con las demás en el Almacén de la Aduana" (se subraya), y agregó: "luego con mis documentos me dirigí a mi oficina, el señor González se quedó en la Aduana y momentos después se presentó en mi oficina para reclamar el transfer debidamente sellado y firmado por mí. En el tiempo transcurrido entre el momento que llegué a la Oficina y la llegada del señor González yo cosí los sobordos y junto con las guías los repartí en las gavetas correspondientes con lo cual dí por terminado lo que al respecto me correspondía sobre esta guía, recuerdo también que el señor González me dijo que eso era urgente' v me dio a entender que eran documentos importantes. tengo idea de que me dijo que eran Travels, yo le respondí que eso se despacharía en los próximos vuelos tal como es costumbre".

Igualmente es cierto que al responder la posición segunda (fl. 26) dijo: "Sí eran transfer para la Empresa Avianca entregados por el empleado de Varig señor Rafael González, pero los paquetes amparados por el transfer quedaron al cuidado de la Aduana": y que al contestar la séptima posición afirma: "No es cierto que yo hubiera retirado paquetes de la Aduana..." (fl. 27) y, finalmente al ser preguntado en la posición 8a. si el paquete había sido sustraído de su oficina, negó el hecho, manifestando que "éste quedó al cuidado de los Almacenes de la Aduana".

Con las anteriores afirmaciones del demandante, quiere demostrar al recurrente el error de hecho, pero no tiene en cuenta que ellas están contradichas por el propio Briceño, quien también en posiciones dice una cosa bien diferente: que sí recibió del testigo González Rey el paquete amparado por la guía 042-33256-B. En efecto fue preguntado: "Diga el absolvente cómo es cierto sí o nó, que el día 13 de diciembre de 1965. Ud. en su condición de Sub-Jefe de la Oficina de Aeroexpresos Internacionales en Eldorado, recibió de la Aduana, por transferencia de la Empresa de Aviación Varig, varios paquetes, entre ellos, el amparado (sic) por la guía número 042-33256? (sic) y contestó: 'No es cierto y aclaro: que de la Aduana no lo recibí sino de un empleado de Varig' (Subraya la Sala). Leída la aprobó (fls. 25)", y luego reafirma el hecho de haber recibido el paquete al contestar las posiciones décimacuarta y décimaquinta y décimasexta. En efecto, se le preguntó:

"Décimacuarta pregunta: Diga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, que Ud. a pesar de haber recibido el paquete que contenía los Travelers Cheques (se subraya) con fecha 13 de noviembre de 1965, ha manifestado que solo se enteró de su pérdida el 19 de noviembre de 1965, fecha en que el señor Jorge Enrique Santos le pidió una información relacionada con los tres paquetes que había retirado de la Aduana de Bogotá (Subraya la Sala) y respondió: 'Sí es cierto, y aclaro que no lo supe antes del 19 de noviembre (subrayó la Sala). Leída la aprobó (fl. 29, cdno. No. 1). Décimaquinta pregunta: Diga el absolvente cómo es cierto, sí o nó, que ocho días después de haber recibido los documentos y paquetes (se subraya) que contenían los travelers (sic) cheques, o cheques viajeros. Ud. ha afirmado que sólo se dio cuenta de que no habían sido remitidos a su destino, o sea, al Banco Comercial Antioqueño de la ciudad de Medellín? a lo cual contestó: 'Sí es cierto' (subrava la Sala). Leída la aprobó (fl. 30 cdno. No. 1). 'Décima sexta pregunta: Diga el absolvente cómo es cierto sí o nó, que Ud, a pesar de haber recibido los paquetes que contenían los Travelers (sic) Cheques (subraya la Sala) con la observación de que se trataba de un asunto urgente, no se preocupó, ni vigiló porque el despacho se hiciera en forma inmediata de acuerdo con la reglamentación existente? Contestó: 'Sí es cierto (subrava la Sala) y aclaro: que por no saber de que se trataba de un valor le dí el manejo que se daba a la carga ordinaria" (fl. 30 cdno. No. 1).

Se dejó constancia en la diligencia que el absolvente "redactó cada una de sus respuestas, les dio lectura" y las halló conformes.

Finalmente, se quiere hacer valer como prueba por el impugnador unos informes suscritos por el señor Marco Antonio Fonseca Truque, diciendo que él fue el investigador de Avianca en el caso de autos, informes que dice se hicieron agregar por la demandada en la diligencia de inspección ocular practicada sobre los libros y archivos de la Compañía.

Vale aclarar en primer lugar que los informes referidos no aparecen que fueran agregados al expediente a solicitud del apoderado de la demandada. En dicha diligencia que aparece al fl. 72, se presentó para su examen un folder que lleva como título "anexo informe sobre irregularidades en Aeroexpresos de Avianca", en el cual se encontró en la pág. 49 "el siguiente encabezamiento: "Quinto caso investigación por el extravío". Se dijo en la inspección: "Esta informa-

ción corre publicada en dicho anexo de fls. 49 a 60, inclusive y de la cual se ordena tomar fotocopia para agregarla al expediente" (se subraya).

También se presentó otro folder que lleva como título "Informe sobre irregularidades en Aeroexpresos de Avianca" y en la primera hoja de ese folder se encontró una carta del 22 de abril de 1966 dirigida por el Dr. Marco Antonio Fonseca Truque a don Juan Pablo Ortega, Presidente de Avianca, y de la cual se ordena tomar fotocopia para agregar al expediente.

Esclarecido lo anterior es preciso indicar que tales informes, aún en el caso de reconocerles carácter de prueba, están en contradicción con lo dicho por el demandante y por consiguiente habiendo éste afirmado hechos que le perjudican, los cuales concuerdan con la declaración de la persona que le entregó el paquete, no pueden servir de fundamento para que la Sala acepte que el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho.

Π

"Haber dado por acreditado, no estándolo, que mi procurado, como Sub-Jefe de la Oficina de Aeroexpresos Internacionales, tenía la obligación de velar porque el paquete amparado con la guía No. 042-33256-B llegara a su destino".

Se refiere el recurrente al plan de trabajo del fl. 51; nuevamente a la investigación que practicó la Empresa a través del Dr. Marco Antonio Fonseca Truque; a la carta de los fls. 39 a 40 y a los documentos de los fls. 32 a 46, y al respecto dice:

"Mi asistido cumplió, pues, a cabalidad con su único compromiso, acerca del asunto en examen, a saber: recibir los documentos atinentes a la transferencia de 'Varig' para la parte demandada y colocarlos en el 'folder' de despachos de Medellín, después de haberse cerciorado de que estaban debidamente firmados, como lo admite el fallo acusado, aunque en la creencia de que todo ello no había sido bastante, y lo prescribe el Plan de Trabajo (páginas 6 a 8) y la carta de los fls. 39 a 40 que Aviança, en la visita ocular, aceptó ser de su procedencia, lo propio que los restantes documentos comprendidos entre los fls. 32 a-46. De aquel plan y de esta carta se viene en conocimiento, en efecto, de que su misión principal se encontraba 'dentro de la Oficina en el trámite de la correspondencia y documentación y en la organización de los archivos'".

Por su parte el Tribunal dijo lo siguiente: "Para la Sala es indudable, v así lo demuestran las pruebas allegadas al proceso, que el actor obró con notoria negligencia al no velar porque el paquete que le fue entregado por un empleado de Varig llegara a su destino. Según lo confiesa, él voluntariamente se prestó a recibirlo, en su calidad de Sub-Jefe de la oficina de despacho de aeroexpresos internacionales en el Aeropuerto de Eldorado, con la advertencia de que se trataba de "travelers' (sic), de documentos de importancia, cuya remisión a la ciudad de Medellín era urgente. Sin embargo, no puso de su parte aquel cuidado, aquel esmero que se traduce en la responsabilidad de realizar una labor concreta, hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder. Se limitó, como si entre sus funciones no estuviera la de controlar las transferencias internacionales y no figurara la de vigilar, en ausencia del Jefe de la Sección, que la carga de redespacho fuera manejada en la forma más rápida y exacta, y como si la empresa no hubiera depositado en él toda su confianza en consideración a la elevada posición que ocupaba, a su buena hoja de servicios y a su antigüedad, a colocar dentro de la correspondiente gaveta los documentos que amparaban el despacho, sin cuidar porque éste, en razón de su importancia y a su carácter de urgente, llegara a su destino" (fls. 120 y 121, cdno. No. 1).

Para hacer todo este razonamiento, el Tribunal no singulariza ninguna prueba, sino que aprecia todo el haz probatorio.

Se considera:

Para el recurrente no era función de su mandante velar porque el paquete contentivo de los Travelers llegara a su destino, y que otro era el encargado de ello y quien tenía la obligación de supervisarlo no era Briceño, sino el Jefe de la Oficina, y no se demostró que éste hubiera estado ausente el sábado 13 de noviembre de 1965, para que dicha obligación se trasladara al Sub-Jefe de la misma.

La Corte examinará las pruebas comentadas por el recurrente, sin que su análisis se extienda a todos los documentos de lor fls. 32 a 46, por cuanto no se indicó en qué consistía su mala apreciación.

Se tiene en consecuencia que las tres pruebas

indicadas como mal apreciadas son: a) Plan de Trabajo (fl. 51); b) Informes producidos en la investigación administrativa (fls. 52 a 64 y 66 a 69, cdno. No. 1); y, c) Carta de Avianca dirigida al demandante (fls. 39 y 40).

Respecto al "plan de trabajo" del fl. 51, es indudable que él no se observaba como lo dice uno de los apartes de la "Investigación Administrativa", indicada también por el recurrente como prueba mal apreciada. Por tanto mal puede hablar de apreciación indebida del mismo. Debe anotarse igualmente que mediante la carta de los fls. 39 y 40, la misma persona que suscribe el "Plan" o "Reglamento aludido, fija funciones a Briceño, pero que esa carta es de fecha 16 de noviembre de 1965, es decir, que ya había llegado el "paquete" amparado con la guía 042-33256-B. Este hecho constituye otro apoyo de lo dicho por el investigador, el cual expresó lo siguiente:

"Dentro de la investigación adelantada por razón del extravío del transfer va citado, logramos comprobar que la consumación del reato y el conocimiento oportuno de lo acontencido porparte del Jefe del Despacho y demás funcionarios jerárquicos en el terminal de carga, lo facilitó en grado sumo la completa desorganización de esa dependencia. Allí existe un manual de trabajo elaborado por el señor Jorge Enrique Santos, quien hasta hace pocos días era Jefe del Terminal de Carga, donde se detallan las funciones y atribuciones de cada uno de los empleados del Despacho Internacional, pero ese reglamento no se ha venido observando ni el señor Santos se preocupó porque sus subalternos lo cumplieran".

Por lo demás, no se ve cómo la mala apreciación de la carta de los fls. 39 y 40, sea suficiente para demostrar el error manifiesto, por cuanto fundamentándose la decisión del Tribunal en todo el acervo probatorio, quedan para sustentar el fallo otras pruebas, como son la declaración de Rafael Antonio González Rey y la confesión del actor.

Según Briceño, él sí conocía que los paquetes amparados por la guía 042-33256-B contenían Travelers Cheques. En efecto, en la exposición que rindió y que obra al fl. 23 del cdno. No. 1, cuyo contenido y firma reconoció al absolver posiciones (fl. 28-posición 10a.), manifestó: "...recuerdo también que el Sr. González me dijo que 'Eso era urgente' y me dió a entender que eran documentos importantes, tengo idea de que me dijo que eran Travelers (sic)...";

y cuando se le preguntó en la décima-séptima pregunta de las posiciones por qué había dicho el 4 de enero de 1966 que ignoraba el contenido de los paquetes y el precio de los mismos no obstante que en su exposición había afirmado que el Sr. Rafael González sí le había informado de su contenido, contestó aclarando "que en el momento de recibir los paquetes no sabía que se tratara de cheques viajeros por un valor tan alto" (se subraya). La frase que se ha subrayado hace innecesario el comentario sobre el resto de la aclaración que hace Briceño en su respuesta (fl. 30).

De otra parte, también confiesa el actor al absolver la posición décima (fl. 28) que dentro de sus "funciones como Subjefe de Carga Internacional no estaba directamente la de supervigilar esta clase de despachos y solamente se hacía imperiosa esta necesidad cuando se conocía que se trataba de valores" (se subraya).

Además el testigo mencionado al rendir declaración (fls. 63 y 84) dice: "el empleado que fue de Avianca a recibirlo fue el señor Briceño le informó que se trataba de travels (sic) cheques", y más adelante agrega: "El no me manifestó que no entendía el significado de la palabra travels (sic) cheques ni tampoco hizo ninguna observación al respecto".

Lo dicho hasta aquí indica que el Tribunal no cometió el error de hecho que se le imputa, por afirmar en su sentencia que Briceño estaba en la obligación de velar porque el paquete que recibió llegara a su destino.

III

En este aparte dice el recurrente:

"Para el caso improbable que la H. Corte Suprema de Justicia considere que sí estaba a cargo de mi procurado la obligación de velar porque el paquete amparado con la guía No. 042-33256-B llegara a su destino, haber dado por demostrado, sin estarlo, que él no la cumplió con la diligencia y el cuidado extremos que la importancia de tal paquete le imponía".

A continuación expresa que la demora en el envío del paquete por parte de Briceño no la demuestra ninguna prueba y agregó:

"en estas circunstancias, carece de interés el hecho cierto —que alarma al sentenciador— de que mi representado se hubiera despreocupado del paquete, debido a su convencimiento de no estar a su cargo la obligación de velar que se supone". Vuelve el recurrente a citar la declaración de Rafael Antonio González Rey; dice que la guía 042-33256-B (fl. 65) desmentía por completo las palabras del empleado de Varig (González Rey), en cuanto al contenido y valor del paquete en cuestión "printed matter" y U S. \$5.00, respectivamente, y finalmente hace hincapié sobre la posición de su mandante, que en todas las oportunidades que se le brindaron, como en su exposición de 23 de noviembre, la carta del fl. 24 y las posiciones que absolvió, manifestó ignorar el significado de la palabra "Travels". (sic).

Se considera:

El Tribunal en la sentencia acusada dijo:

"Para la Sala es indudable, y así lo demuestran las pruebas allegadas al proceso, que el actor obró con notoria negligencia al no velar porque el paquete que le fue entregado por un empleado de Varig llegara a su destino. Según lo confiesa, él voluntariamente se prestó a recibirlo. en su calidad de Subjefe de la Oficina de Despacho de aeroexpresos internacionales en el Aeropuerto de Eldorado, con la advertencia de que se trataba de "travelers' (sic); de documentos de importancia cuya remisión a la ciudad de Medellín era urgente. Sin embargo, no puso de su parte aquel cuidado, aquel esmero que se traduce en la responsabilidad de realizar una labor concreta, hacia objetivos permanentes de mayor entidad, por los cuales se debe responder".

Y más adelante, expresa:

"Y esa conducta descuidada no la atenúa el hecho de que en la remesa que amparaba el paquete se hubiera declarado un valor diferente al que en realidad tenían los "travels ches', (sic) ni la circunstancia de que el actor desconociera el significado de la palabra 'travelers' (sic), porque habiéndosele advertido que el paquete contenía documentos de importancia, cuya remisión a la ciudad de Medellín era urgente, ha debido proceder a despacharlo con mayor diligencia y cuidado que de ordinario, tomando las debidas precauciones para su seguridad y rápida entrega" (fls. 121 y 122).

Esta transcripción de parte de la sentencia impone a la Sala el deber de determinar, con base desde luego, en las pruebas que se han comentado, si el Tribunal erró ostensiblemente y dió por desmostrado, sin estarlo, que la obligación de velar por el paquete amparado por la guía 042-33256-B, no la cumplió Briceño con la diligencia y cuidado que la importancia de tal paquete le imponía.

Se dice en primer lugar que la guía que obra al fl. 65 no indicaba sino un valor de U. S. \$5.00; que además expresaba que el paquete contenía impresos y no valores y por tanto, su manejo como carga no tenía importancia y que, el demandante Briceño no sabía qué significaba la palabra "Travels".

Esto es lo que afirma el recurrente pero otra cosa muy distinta es lo que aparece de autos. En efecto, si es verdad que la guía del fl. 65 indica un valor de U. S. \$5.00 y su contenido "Printed Matter", también es cierto que el testigo al entregarle a Briceño el mencionado paquete le dijo, según el testimonio que rindió "que se trataba de travels cheques" (sic, fl. 83, cdno. No. 1) y reafirma adelante lo expuesto al declarar: "Como dije al principio de esta declaración yo le informé al señor Briceño de que el paquete contenía travels (sic) cheques y que le pedía el favor de que lo despachara el mismo día" (fl. 84). Finalmente dice el testigo que Briceño "no le manifestó que desconocía el significado de la palabra travels cheques (sic) ni tampoco hizo ninguna observación al respecto" (fl. 84, cdno. No. 1).

De otra parte en la exposición que hizo el demandante de los hechos, reconocida después en posiciones, dice: "recuerdo también que el señor González me dijo que 'eso era urgente', y me dio a entender que eran documentos importantes, tengo idea que me dijo que eran travels (sic) ..."

Si Briceño confiesa que a él se le dijo que el contenido del paquete eran travels (sic) y que su despacho era urgente mal puede ahora el recurrente hacer la censura que se examina.

Finalmente la observación en sentido afirmativo de que ignoraba el significado de la palabra travels, queda desvirtuada con su propia confesión, cuando al hacer una aclaración en la respuesta a la décima-séptima posición, manifestó: "que en el momento de recibir los paquetes no sabía que se tratara de cheques viajeros por un valor tan alto". Si se compara esta respuesta con la declaración de González Rey y con la exposición que hizo el demandante del caso debe concluírse forzosamente que él sí sabía que la palabra "travels" tenía el mismo significado que "cheques viajeros".

No se acredita en consecuencia el error de que trata este punto.

ΊV

Finaliza el recurrente en la enumeración de los errores de hecho que le atribuyó al Tribunal diciendo:

"Para el caso todavía más improbable de que la H. Corte Suprema de Justicia considere que sí estaba a cargo de mi procurador la obligación de velar porque el paquete amparado con la guía No. 042-33256-B llegara a su destino, sino que él no la cumplió con la diligencia y cuidado especiales que su importancia le exigía, haber dado por demostrado, sin estarlo, que, por todo ello y solo por ello, tal paquete fue sustraído de la Oficina de Aeroexpresos Internacionales y que con su contenido se cometieron varios delitos".

Para demostrar este error el recurrente comienza por afirmar cómo se dejó demostrado que el paquete contentivo de los Travels (sic) no fue entregado materialmente a Briceño, sino los documentos que lo amparaban y que si esto es así y el paquete se dejó en la Aduana mal puede decirse que se hubiera extraviado de la Oficina de Aeroexpresos Internacionales.

En apoyo de sus tesis cita como prueba seguramente mal apreciada —aunque no lo dice—los ya citados informes sobre la investigación administrativa que efectuara el doctor Fonseca Truque, en uno de cuyos apartes se dice que "cumplidos los trámites de rigor el paquete salió del Almacén de la Aduana debidamente vigilado hasta el avión que debía transportarlo a la ciudad de Medellín" (el recurrente subraya todo este párrafo).

Se considera:

La Corte tuvo ya oportunidad de examinar este punto y manifestar que el Tribunal se apoyó para dictar su sentencia en otras pruebas que indican un procedimiento contrario y unas conclusiones distintas a las del citado informe. como la declaración de González Rey, la exposición del actor y la absolución de posiciones del mismo, en las cuales reconoce el contenido y firma de la declaración que rindió a la empresa, pruebas éstas que son suficientes para demostrar que Briceño recibió materialmente el paquete, que tenía obligación de velar por su seguridad y porque llegara a su destino, que esta obligación debía cumplirla con la diligencia y el cuidado que la importancia de la carga le imponía y que como él lo retiró, es apenas normal deducir que se extravió estando a su cuidado.

La prueba que el recurrente dice en esta parte de la demanda, que apreció mal el Tribunal, no indica sino que Briceño, a pesar de tener obligación de velar por el paquete y porque llegara a su destino, permitió que un tercero se entendiera con su redespacho, incumpliendo en esta forma sus propios deberes ya que se desentendió del mismo. Y esto último está demostrado con la propia confesión del demandante, quien en la exposición que rindió a la empresa, reconocida en cuanto a su contenido y firma, expresó: "Después de lo anterior solamente hasta el viernes 19 de noviembre de 1965 volví a tratar con la guía de la referencia..." (fl. 23).

Por lo demás cabe observar que, varias manifestaciones hechas por el demandante en posiciones y fuera de ellas ofrecen puntos de divergencia extremos entre sí y que lo dicho en la investigación administrativa, tampoco concuerda con lo afirmado por Briceño, en ocasiones. En estas circunstancias no puede estarse en presencia de un error de hecho que para efectos de la casación debe ser ostensible y objetivo.

Se rechaza el cargo.

En mérito de los razonamientos que preceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

TRABAJO A DOMICILIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 36).

María Antonia Ulloa, por conducto de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral al señor Humberto Parra para que fuera condenado a pagarle cesantía, vacaciones, primas de servicio, lucro cesante por ruptura unilateral e injustificada del contrato de trabajo, remuneración por trabajo en días domingos y festivos, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Alegó como hechos del libelo los siguientes:

- 1. Que en virtud de un contrato celebrado con el demandado, trabajó a su servicio durante el tiempo comprendido entre el 30 de octubre de 1946 y el 20 de diciembre de 1959;
- 2. Que desempeñó el cargo de costurera de vestidos en diferentes clases y tamaños, labor que realizaba en su propio domicilio;
- 3. Que durante los tres últimos meses de servicio devengó un salario promedio de \$50.00 semanales; y.
- Que el demandado le adeuda las prestaciones sociales e indemnizaciones objeto de la presente demanda.

Conoció del juicio el Juzgado 3o. Laboral del Circuito de Bogotá, el cual admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al demandado, quien la contestó por medio de apoderado, negando que los hechos hubiesen ocurrido tal como se relatan. Propuso además, las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, pago y en subsidio la de compensación, a más de la genérica.

Tramita do_ el negocio como lo determina el CPT., el Juzgado le puso fin a la primera instan-

cia en sentencia de 13 de julio de 1962, en la cual condenó al demandado a pagar a la actora por los conceptos que se indican las siguientes sumas: a) \$ 128.37 por auxilio de cesantía; b) \$ 18.50, por vacaciones; c) \$ 37.00 por primas de servicio; y, d) \$ 495.76 por indemnización moratoria. El Juzgado declaró probadas las excepciones perentorias de prescripción y de pago parcial, hasta por la suma de \$ 171.60 m/cte.; cobro de lo no debido y compensación y, condenó al demandado a pagar un 80% de las costas.

El apoderado de la parte demandada interpuso contra la anterior providencia recurso de apelación para ante el Tribunal de Distrito Judicial de Bogotá, Corporación ésta que una vez rituado en legal forma el proceso, decidió la segunda instancia en fallo de 10. de julio de 1963, en el que sólo modificó lo relativo a costas, en el sentido de condenar al demandado solamente al pago del 50% de las de primera instancia; confirmó la sentencia en todo lo demás y no impuso al apelante costas.

Contra esta decisión interpuso recurso de casación el apoderado del demandado, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a decidirse teniendo en cuenta la demanda que en tiempo fue formulada. No se presentó escrito de oposición.

EL RECURSO

Se pretende con el recurso que la Corte, por medio de su Sala de Casación Laboral, case parcialmente la sentencia de segunda instancia "en cuanto por él se condena al señor Humberto Parra a pagar a María Antonia Ulloa la suma de \$495.76 por concepto de indemnización moratoria, y se revoque consecuencialmente la condena parcial de costas en primera instancia".

Invoca el recurrente como motivo de casación la causal primera del art. 87 del C. P. L., por haber incurrido el Tribunal de instancia en violación del art. 65 del C. S. T. como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de pruebas.

La Sala entiende que lo solicitado por el recurrente en el capítulo de su demanda "Alcance de la Impugnación", es que casada la sentencia acusada modifique parcialmente la de primera instancia, revocando el ordinal d) del numeral primero y el numeral sexto sobre costas. En este entendimiento se procede a estudiar el cargo único formulado por el impugnador.

Este cargo se formula así:

"Al confirmar la sentencia de primera instancia, mediante la cual el señor Juez 30. Laboral de Bogotá condenó al señor Humberto Parra a pagar a María Antonia Ulloa la suma de \$495.76 por indemnización moratoria, el ad quem violó con su fallo, por vía indirecta, como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de pruebas, el art. 65 del C.S.T.".

Agrega:

"El numeral 10. del art. 65 del C. S. del T. prescribe la obligación patronal de pagar a su extrabajador, como indemnización moratoria, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en que incurra el patrono en el pago de salarios y prestaciones sociales causados en favor del asalariado.

"En numerosísimos fallos la docta Corporación del conocimiento ha dicho que para que tenga lugar la aplicación de la sanción contemplada en dicho precepto legal es necesario que haya mala fe patronal, esto es, que la retención aparezca notoriamente injustificada, y no se discuta de buena fe la existencia del contrato laboral y por ende no haya duda sobre la cuantía misma de las prestaciones.

"En el caso de autos el demandado negó desde la contestación de la demanda principal, dentro de la mejor buena fe y con pruebas evidentes, la existencia de vínculo alguno laboral entre él y la señorita Ulloa durante el período a que se refiere este juicio, y advirtió que la consignación de la suma de \$171.60 obedeció al muy humano temor de correr ulteriores riesgos por salarios caídos. No se trataba de una confesión tácita ni expresa, sino de un acto inspirado en el sentido de la autodefensa.

Y termina diciendo:

"Contrariando la copiosa doctrina de la Corte, y por haber apreciado erróneamente las pruebas que obran en autos, los falladores de instancia profirieron la condena impugnada, violando así de modo indirecto el art. 65 del C. S. T.".

Enunciado el cargo en la forma como se ha visto y sustentado como se deja transcrito, el recurrente procede a indicar las pruebas erróneamente apreciadas por el ad quem que, según él son las posiciones que absolvió el demandado, las declaraciones de Eustasia de Rodríguez, Tulia de Gómez, María de Forero y la inspección ocular.

Dice que según las posiciones absueltas por Parra, éste reiteró su tesis de que entre él y la demandante no existió jamás contrato laboral; negó rotundamente que María Antonia Ulloa hubiese sido su trabajadora, e insistió en que la actora apenas de cuando en vez le había hecho ocasionales contratos de obra de costura en su propio domicilio, sin sujeción de subordinación alguna respecto del demandado; que en cuanto a las declaraciones. Eustasia de Rodríguez "no dice siquiera recordar en qué tiempo la demandante confeccionó costura para el demandado": Tulia de Gómez se refiere a hechos que tuvieron lugar por allá en el año de 1945, cuando la demandante dice que empezó a trabajar en octubre de 1946 y que ignora la fecha en que dejó de coser para Parra, coincidiendo en esto con la declaración de María de Forero, quien además dice ignorar la fecha de ingreso al servicio de aquel.

Finalmente y en lo que respecta a la inspección ocular, manifiesta que con ella sólo se prueba que en forma intermitente y ocasional la señorita Ulloa ejecutó algunos contratos de costura para el señor Humberto Parra, determinándose en el acta respectiva cómo la demandante no los efectuó en los siguientes lapsos: "del 7 de febrero al 28 de mayo de 1956, esto es durante cuatro meses: del 7 de junio de 1956 al 20 de febrero de 1957, esto es durante ocho v medio meses: del 10. de marzo de 1957 al 12 de noviembre del mismo año, esto es durante nueve meses y doce días: del 14 de enero de 1958 al 13 de mayo, esto es durante cuatro meses; del 13 de mayo de 1958 al 4 de diciembre del mismo año, esto es durante siete meses; del 11 de febrero de 1959 al 9 de junio del mismo año, esto es durante cuatro meses (fl. 38, cdno. No. 1)".

Concluye el recurrente afirmando que no hubo ningún vínculo permanente entre las partes, ni menos continuada subordinación de la demandante al demandado durante el tiempo a que se contrae la litis, por lo que cuando menos faltó uno de los elementos esenciales del
contrato laboral, cual es la continuada subordinación jurídica de la actora y que, si no se estructuró entre las partes "relación laboral,
mal podía la señorita Ulloa reclamar del señor
Parra pago de prestaciones sociales, y muchísimo menos ser condenado mi mandante a pagar
salarios caídos o indemnización moratoria, como quiera que su oposición se fundó, dentro
de la mejor buena fe y con pruebas fehacientes,
en la certeza de que no existió contrato alguno
laboral entre él y su gratuita demandante".

Se estudia:

El recurrente trata de demostrar con las pruebas que dice fueron mal apreciadas por el Tribunal, que entre su asistido y la demandante no existió contrato de trabajo, y que en estas condiciones no podía la demandante reclamar de Humberto Parra prestaciones sociales y muchísimo menos ser condenado éste al pago de indemnización moratoria.

Planteada la cuestión en este terreno, la Sala estudiará las pruebas citadas por el censor.

a) Posiciones. El demandado al contrario de lo que afirma el recurrente, aceptó ser cierto el hecho de que María Antonia Ulloa cosía para él. En efecto, al aclarar la respuesta a la tercera posición dice: "ella solamente cosió por épocas, en algún tiempo dejaba de ir al almacén hasta por tres meses. Nunca fue permanente su trabajo para el almacén"; y a la cuarta pregunta respondió, aclarando su negativa: "la señorita fue honorable porque nos entregó la costura pero nosotros recibimos también perjuicios al demorarse en la costura algunas veces hasta por el término de tres o cuatro meses"; preguntado luego (6a. pregunta) si "durante el año de 1959 la Sta. Ulloa le confeccionó a razón de \$42.00 la docena de vestidos" dijo: "Sí es cierto y aclaro: evidentemente el pago de la confección de cada docena de vestidos, éste fue su último valor por docena, pero confeccionaba pantaloncitos y cositas más pequeñas, se le pagaba de acuerdo con la costura que ella hiciera". Finalmente, respondiendo la pregunta décima-séptima, al negar el hecho dio esta aclaración: "En primer lugar la confección que ella nos hizo para el almacén fue muy de vez en cuando; y, en segundo lugar ella voluntariamente no volvió al trabajo y tampoco nos comunicó el motivo por el cual no volvía" (fl. 24).

Lo dicho hasta aquí indica que las posiciones del demandado no fueron mal apreciadas por el Tribunal como lo afirma el recurrente, ya que de ellas inequívocamente se deduce que la actora sí prestó servicios al demandado como trabajadora a domiclio.

b) Testimonios.- Declaración de Eustasia de Rodríguez.

Esta declarante es muy explícita al afirmar que "María Antonia Ulloa le prestó sus servicios a Humberto Parra, en labores de costura, más claro, elaborándole vestidos para niños, abriguitos y demás prendas para niños" (fl. 27). El hecho de que el testigo no recuerde la fecha en que se empezaron a prestar tales servicios, no puede restarle valor probatorio a su declaración como el recurrente lo insinúa.

Declaración de Tulia de Gómez.

Esta declarante afirma constarle el hecho principal, es decir, que la Sta. Ulloa, confeccionaba costura para el demandado. Dice: "Sí me consta que María Antonia Ulloa le prestó sus servicios a Humberto Parra, en labores de costura, haciéndole vestidos marinos para niños y niñas, abrigos también marinos y demás prendas para niños". La censura hecha por el recurrente sobre la indicación de la fecha desde la cual se prestaron los servicios no tiene las consecuencias que él deduce, porque la declarante no afirma enfáticamente que ellos comenzaron en 1945, sino que dice: "María Antonia Ulloa prestó sus servicios al señor Humberto Parra desde el año de mil novecientos cuarenta y cinco, más o menos" (fl. 28). Es decir, no estaba segura del año en que comenzó la demandante a coser para el demandado. Esta declarante, lo mismo que la anterior, está acorde en afirmar que las costuras las confeccionaba la actora con materiales suministrados por el señor Parra.

Declaración de María Claudia Chaparro de Forero.

Esta declarante, sin constarle fechas de entrada y salida, afirma: "Sí me consta que la señorita María Antonia Ulloa prestó sus servicios al señor Humberto Parra elaborándole vestidos para niños y niñas, abriguitos y en fin todas las prendas de niños" (fl. 29).

Todas estas declaraciones concuerdan también con las posiciones absueltas por el demandado y, en consecuencia no son prueba del error de hecho alegado. Falta de examinar la última de las pruebas apreciadas equivocadamente por el sentenciador, según el recurrente: la inspección ocular.

Según el censor con ella se demuestra un hecho y es el de la intermitencia de los servicios prestados. En realidad salta a la vista los lapsos en que la demandante no entregó costura pero se ignora si la no entrega se debió a que el demandado no le diera trabajo o a otra causa. En todo caso con ello no se prueba la ocasionalidad. Por lo demás el demandado en esta diligencia, confesó que María Antonia Ulloa era trabajadora a su servicio. Se lee en tal acta: "A petición del señor apoderado de la parte actora, el Juzgado deja la siguiente constancia: 'Que el señor Parra manifestó en presencia del personal de la diligencia que María Antonia Ulloa era trabajadora a domicilio de él y de otras personas más' (subraya la Sala).

El acta mencionada (fls. 37, 38 y 39, cdno. No. 1) fue suscrita entre otras personas por el demandado.

Si el recurrente sabía que María Antonia Ulloa había sido su trabajadora a domicilio y sin embargo le consignó lo que consideró deberle por prestaciones cuando, según él, fue demandado, entonces no puede sostener que existió la buena fe alegada para eximirse de la sanción que le fue impuesta, concluyéndose tanto de lo dicho al analizar la prueba de inspección ocular, como las demás indicadas por el impugnador, que el Tribunal al confirmar la condena proferida por el Juzgado al pago de salarios caídos, no cometió el ostensible error de hecho que se le imputa.

El cargo no prospera.

Por las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Sin costas en el recurso.

Publiquese, notifiquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

ABANDONO DEL CARGO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 25).

Rosa del Tránsito Capelo Aravela, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, al señor Armando Boza para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condene a pagar diferentes sumas de dinero por concepto de salarios insolutos, auxilio de cesantía, indemnización moratoria, lucro cesante y además las costas del juicio, de conformidad con los hechos que relaciona en el respectivo libelo de demanda, a saber:

Que en virtud de contrato de trabajo escrito. la demandante prestó sus servicios a Armando Boza como cantante de su orquesta durante el tiempo comprendido entre el 4 de octubre de 1960 y el 5 de noviembre del mismo año, fecha en la cual fue despedida injustamente; que el sueldo convenido fue de \$2.000.00 al mes, y que a pesar de los cobros reiterados que la demandante le ha hecho al señor Boza, éste "no ha querido cancelar por lo menos de los siete últimos días de labores, el salario y las demás prestaciones sociales e indemnizaciones que se relacionan en la parte petitoria de esta demanda". Y como fundamentos de derecho señala los arts. 249, 172, 65 y demás pertinentes del C. S. del Trabajo.

Agotados los trámites procesales, el Juzgado del conocimiento dictó sentencia en cuya parte resolutiva se dispuso:

"Primero.- Declárase que entre el señor Armando Boza y la señorita Rosa del Tránsito Capelo Aravela, existió un contrato de trabajo por el término de cuatro (4) meses contados a partir del 4 de octubre de 1960 y con salario de \$ 2.000.00 mensuales.

"Segundo. Condénase al demandado señor

Armando Boza a pagar a la demandante Rosa del Tránsito Capelo Aravela, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia, las siguientes cantidades:

- "a) La cantidad de cuatrocientos sesenta y seis pesos con sesenta y dos centavos (\$ 466.62), por concepto de salarios insolutos;
- "b) La cantidad de ciento setenta y siete pesos con setenta y seis centavos (\$ 177.76), por concepto de cesantía;
- "c) La cantidad de cinco mil ochocientos setenta y seis pesos con ocho centavos (\$ 5.876.08), por concepto de lucro cesante;
- "d) La cantidad de sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos (\$ 66.66) diarios, a partir del seis de noviembre del año de 1960 hasta el día en que se verifique el pago de las presentes condenas, por concepto de la indemnización moratoria de que trata el precepto 65 del C. S. del T.; y.

"Tercero.- Absuélvese a Rosa del Tránsito Capelo Aravela de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados en la demanda de reconvención.

"Cuarto.- Costas de la demanda de reconvención a cargo del demandante Armando Boza".

La anterior sentencia fue apelada por Armando Boza por medio de apoderado, razón por la cual los autos subieron a conocimientos del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Corporación que decidió el recurso y dispuso:

- "1. Confírmanse los numerales primero, en todas sus partes, segundo, en sus literales a) y b), Tercero y cuarto, en todas sus partes, del fallo apelado.
- "2. Revócanse los literales a) y d) del numeral segundo del fallo apelado, y en su lugar absuélvese al demandado, señor Armando Boza, de los cargos relacionados al lucro cesante y a la indemnización moratoria.
- "3. Modificase el literal e) del punto segundo del fallo apelado, en el sentido de condenar al

demandado, señor Armando Boza, en la demanda principal, en un cincuenta por ciento (50%) de las costas.

"4. Sin costas en esta segunda instancia".

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia anterior, el que concedido y admitido se procede a estudiar.

Formula el recurrente el "alcance de la impugnación" en los siguientes términos:

"... Que casada, en parte la sentencia y constituída la H. Corte Suprema de Justicia (Sala Laboral) en Tribunal de instancia, revoque parcialmente la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá (Sala Laboral) y confire (sic) en su totalidad la sentencia de primer grado proferida por el señor Juez 20. del Trabajo del Circuito Judicial de Bogotá, dictada con fecha 3 de abril de 1961".

Invoca el impugnador como causal de casación la primera de las consagradas en el art. 87 del C. de P. L., y formula en los siguientes términos el primer cargo:

"El fallo acusado viola indirectamente las siguientes disposiciones: art. 249 del C. S. del T. que consagra el derecho a cesantía; art. 64 del mismo Código en su numeral 20. y que consagra el lucro cesante; art. 65 del mismo estatuto laboral y que establece la indemnización por falta de pago; art. 20. del Decr. 243 de 1951 en cuanto dejó de aplicarlo y condenar en costas al demandado en la segunda instancia, violación en que incurrió el H. Tribunal a consecuencia de errores evidentes de hecho a través de errónea apreciación de las pruebas allegadas al negocio".

Y dice que los errores manifiestos de hecho consistieron:

- "1. En dar por demostrado sin estarlo que la demandante '... abandonó su trabajo...'. fl. 54 cdno. (sic) No. 1o.
- "2. En aceptar y tener por establecido que la misma demandante no '... hubiera reclamado posteriormente y en forma directa a su patrono el valor de sus prestaciones sociales y salarios...'. fl. 55 cdno. No. 1o.
- "3. En aceptar de que no se estableció, estándolo, lo relativo a la prueba del despido o rotura ilegal del contrato de trabajo, por parte del demandado o propietario de la orquesta".

Y como pruebas equivocadamente apreciadas por el sentenciador señala las declaraciones rendidas por Wilfredo Williams y Fernando Peña y las "posiciones (declaratoria de confeso del demandado)".

En relación con la primera declaración dice que el testigo Williams afirma que la señorita Capelo abandonó la orquesta, pero no dice que abandonara el trabajo, cuestión que afirma sin poder precisar la fecha del hecho, y que cuando se le preguntó sobre las razones que tuviera para afirmar el hecho del abandono contestó así: "Yo pienso que fue porque la Sta. no canta bien, como la orquesta es de categoría, vo creo que puede ser eso la causa del abandono de la orquesta" (fl. 32). Y como crítica dice el recurrente que el testigo no depone sobre hechos que hubieran ocurrido en su presencia. Simplemente, dice, se limita a afirmar que cree, piensa o estima que tal abandono se produjo "en virtud de que no canta bien pues la orquesta es de categoría y entonces se hace necesario (sic) una cantante de verdad". Y en relación con el testimonio de Peña dice el impugnador que este testigo en forma vaga se expresa cuando "afirma que dicha señorita debía trabajar en Armenia con la orquesta y que no concurrió". Y que ya refiriéndose a los motivos que pudo haber tenido para abandonar el trabajo la demandante, dijo: "supongo que sería por la pena que pasó en el teatro". (fl. 33). Dice el recurrente que en relación con esta prueba, el Tribunal incurrió en el mismo error de apreciación, que cometió con la anterior declaración.

Y en lo referente a la declaratoria de confeso del demandado Armando Boza, dice el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente, al apreciar esta prueba, cuando aceptó que con las declaraciones de Wilfredo Williams y Fernando Peña, cuya apreciación como se vio es notoriamente equivocada, habían sido desvirtuadas, especialmente en cuanto el pliego de posiciones se refiere al despido de la trabajadora y que se refiere a la pregunta cuarta cuvo texto es el siguiente: "4. Cómo es cierto sí o no que el 6 de noviembre de 1960 y sin que mediara causa justificable por parte suva Ud. dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo que lo ligaba con la demandante en este juicio". fl. 29 cdno. No. 10. Agrega el impugnante que en forma ficta, en consecuencia, quedó plenamente demostrado que Boza terminó injusta y unilateralmente el contrato de trabajo que lo vinculaba con la demandante, y que las pruebas testimoniales a las cuales se ha referido, no tienen la virtualidad de destruír la confesión ficta, de donde al apreciarlo así el Tribunal incurrió en el error de hecho manifiesto que le imputa.

En relación con la sanción moratoria, dice el recurrente que el sentenciador la revocó, "por haberse demostrado con las declaraciones de los testigos Williams y Peña que, la demandante abandonó el cargo de cantante y además por no figurar en el proceso prueba alguna que la Capelo hubiera reclamado posteriormente y en forma directa a su patrono el valor de sus salarios y prestaciones sociales", cuando, dice el recurrente, en este caso ha debido el demandado consignar lo que creía deberle a la demandante, para evitar así la sanción moratoria. Y concluye diciendo que es inaceptable la tesis del sentenciador según la cual cuando el trabajador abandona el servicio, y no reclama el valor de sus prestaciones sociales directamente al patrono, no puede exigir la aplicación del art. 65 del C. S. del T., porque en tal caso el patrono está exento de la obligación de consignar.

Y en relación con el lucro cesante dice el recurrente que el Tribunal violó por falta de aplicación el art. 64 del C. S. del T., cuando negó el lucro cesante, siendo así que se encuentra demostrado, por medio de la confesión ficta, que fue el patrono señor Boza quien sin que mediara justa causa y de manera intempestiva rompió con el contrato de trabajo.

Se considera:

El demandado señor Armando Boza, no concurrió a absolver las posiciones, diligencia para la que fue citado, razón por la cual, con sujeción al procedimiento señalado para el caso, el Juez del conocimiento produjo su declaratoria de confeso. Y es cierto también que la pregunta 4a, del pliego hace referencia a que sin justa causa y unilateralmente, el demandado dio por terminado el contrato de trabajo que los ligaba con la señorita demandante, punto éste que desde luego cobija la mencionada declaratoria. El Tribunal, pese a ésto, consideró que con las declaraciones rendidas por los señores Williams v Peña, se estableció en el proceso que no fue el demandado quien rompió el contrato de trabajo, sino que tal fenómeno se produjo por abandono del puesto por parte de la señorita Capelo Aravela. Por su parte el recurrente estima que tales pruebas no tienen la virtualidad que les asigna el sentenciador, porque, dice, los motivos que pudo haber tenido la demandante para abandonar el trabajo, han sido expuestos por los testigos de manera vaga de un lado, y del otro, ellos hablan de hechos que no ocurrieron en su presencia.

Procede, pues, la Sala al estudio de este aspecto de importancia, como quiera que de prosperar la acusación la sentencia del ad quem tendría que ser casada en lo relativo al lucro cesante, y entra a estudiar las declaraciones tomadas en consideración por el sentenciador, partiendo de la base de que, de conformidad con lo que preceptúa el art. 618 del C. J. cuando la persona citada personalmente, no se presenta al absolver posiciones, cumplidos los trámites procesales que la misma disposición señala, "se presumen ciertos los hechos preguntados y admisibles", es decir, que establece la norma una presunción legal, que por serlo, admite prueba en contrario. Bien, el demandado señor Armando Boza era por la época de este litigio dueño y director de la orquesta conocida con el nombre de "La Perfecta" y como cantante ofreció y dio trabajo a la señorita Capelo Aravela mediante un contrato de trabajo. El contrato concluyó, según la demandante, unilateral e injustamente por acción del demandado, hecho que como ya se dijo, quedó amparado por la declaratoria de confeso del demandado Boza. Por su parte éste, al contestar la demanda por medio de apoderado, expresó: "No es cierto, pues solamente la demandante se presentó a trabajar en dos días, incumpliendo sus obligaciones y causando perjuicios a la orquesta 'La Perfecta' ", y aún más, lo sostuvo así en la demanda de reconvención que inició.

Con las formalidades legales el juzgado del conocimiento recibió las declaraciones de Wilfredo Williams y de Fernando Peña, integrantes del conjunto musical, circunstancia por la cual se encontraban al corriente de lo sucedido. materia del litigio. El primero de ellos di jo en lo pertinente: "Me consta que María del Tránsito Capelo trabajó al servicio del señor Armando Boza, como cantante de la orquesta del señor Boza, que vo me acuerde trabajó una vez que fue en Ibagué e hizo una presentación en el Country Club, que duró ocho horas. No sé cuál fue el sueldo o salario que habían pactado. La Sra. Capelo abandonó la orquesta cuando se terminó el baile de Ibagué, sin que pueda precisar la fecha, el año o el mes, me parece que fue el año pasado". Y al ser interrogado sobre los motivos que pudiera haber tenido la demandante para abandonar la orquesta, expresó: "Yo pienso que fue porque la Sta. no canta bien, como la orquesta es de categoría, yo creo que puede ser eso la causa del abandono de la orquesta". Y luego dijo: "Sí me consta que la única actuación fue en Ibagué". Por su parte Peña en relación con los mismos puntos manifestó: "Sí me consta que la señorita Capelo trabajó al servicio del Sr. Armando Boza, me consta porque cantó una vez con nosotros, ella era cantante de la orquesta y trabajó una vez nada más, después tenía que volver a trabajar con nosotros en Armenia y no fue, ella trabajó en un baile y un teatro, tanto así que en el teatro como que se peló y hasta lloró esa vez, y no la volvimos a ver más...". Luego el deponente recalca acerca de que la señorita Capelo Aravela no se presentó en Armenia. Y en relación con los motivos que pudieron haber influído en el ánimo de la demandante para abandonar el trabajo expuso: "Supongo que sería por la pena que pasó en el teatro". Y adelante aclara que la pena a que hizo referencia se debió a su actuación en el teatro, por la poca experiencia que tenía para actuar en público.

Si el contrato con la demandante tenía por objeto su actuación como cantante en la orquesta del demandado, el abandono de esta implicaba el abandono del trabajo. De suerte que la crítica hecha al respecto por el recurrente a las declaraciones de los testigos, no tiene validez ninguna, porque tanto da decir que abandonó la orquesta como que abandonó el trabajo. De otro lado no hay tal vaguedad denunciada por el impugnador al atacar las manifestaciones hechas por los declarantes, porque éstos a más de explícitos son claros cuando afirman que la señorita Capelo Aravela "abandonó" el trabajo después de su actuación en Ibagué, y que no se presentó a actuar en Armenia. Y el "abandono" era el hecho por demostrar. Los motivos que impulsaron a la demandante para asumir esa conducta, por ser de su fuero interno, no podían estar en conocimiento de los testigos. y por eso se explica que éstos, al referirse a ellos, simplemente se limiten a exponer aquellos hechos que consideran los constituyeron. Pero se repite, lo importante de las declaraciones de los testigos era poder establecer a través de ellas si el contrato de trabajo fue injustamente roto por el demandado, o si, por el contrario, su rompimiento fue obra de la demandante. Sobre este particular y apoyado en tales pruebas, el sentenciador expresa: "... también es cierto que en autos no aparece prueba alguna respecto al despido o ruptura ilegal del contrato por parte del demandado o propietario de la orquesta. tal como lo afirma la actora en el cuadro de posiciones en su pregunta cuarta (fl. 29) y en el acta de conciliación dicha, si se tiene en cuenta que tales medios probatorios quedaron desvirtuados con las declaraciones del señor (sic) Wilfredo Williams y Fernando Peña (fls. 31 a 34), quienes en forma uniforme declaran que la cantante abandonó la orquesta después de su última actuación y que por tal motivo ocasionó perjuicios al señor Armando Boza su patrono, declaraciones éstas que prestan suficiente credibilidad y llevan la convicción al juzgador respecto al abandono del cargo, por ser compañeros de trabajo de la cantante Capelo Aravela...".

En efecto, las declaraciones de Williams y Peña, constituyen pruebas suficientes para destruír la presunción consagrada por el art. 618 del C. J. y por ende para establecer que el contrato de trabajo que ligó a la demandante con el señor Boza, concluyó por acción de aquella al abandonar, como lo hizo, su trabajo de cantante en la orquesta de éste. Significa esto que el sentenciador apreció acertadamente los medios de prueba puestos a su alcance en el juicio y por consiguiente, que no violó, como lo pretende el recurrente, el art. 64 del C. S. del T., al no producir condenación por lucro cesante.

El a quo en su sentencia condenó al demandado Boza a pagar a la demandante señorita Capelo Aravela por concepto de auxilio de cesantía la suma de \$177.76, como lo expresa en el ord. b) del numeral segundo, condenación que fue confirmada por el Tribunal de manera expresa. Y aun cuando en el cargo formulado y que se estudia, se cita como violado por el ad quem el art. 249 del C. S. del T., que establece esta prestación, es lo cierto que el impugnador en su sustentación no demuestra violación de dicha norma, razón por la cual preciso es admitir que no fue, infringida por el ad quem y que el cargo en este aspecto no puede tener eficacia alguna, por ser absolutamente inocuo.

El Tribunal en la providencia acusada sostiene la tesis de que, cuando hay abandono del cargo o cuando el trabajador no reclama directamente al patrono el valor de sus prestaciones sociales, no hay lugar a dar aplicación al art. 65 del C. S. del T. De donde —es lo que se desprende del planteamiento hecho por el acusador— a contrario sensu, si se demuestra el despido, debe consecuencialmente darse por el fallador aplicación a dicha norma. De ahí por

qué el impugnador haya utilizado en el cargo que se estudia la vía indirecta, buscando a través de errores de hecho establecer que las pruebas que señala como mal apreciadas, demuestran ampliamente el despido de que fue objeto por parte de Armando Boza la señorita Capelo Aravela, y no el abandono del cargo por parte de ésta. Mas ocurre que las pruebas acusadas fueron bien apreciadas por el sentenciador de una parte, y de otra, que el cargo no se puede estudiar como quiera que se trata de una interpretación equivocada del art. 65, que no se ataca por tal aspecto, razón por la cual, no prospera la acusación.

Segundo cargo:

Lo presenta así el acusador: "La sentencia materia de impugnación viola por interpretación errónea el art. 65, numeral 10. del C. S. del T., ya que se entiende equivocadamente que, la sanción moratoria o salarios caídos no procede o se causa, cuando se establece que hubo abandono del trabajo por parte del trabajador".

Y en la sustentación dice: "... Se interpreta en esta forma errónea o equivocadamente la norma en cuestión, toda vez que élla en parte alguna preceptúa u ordena que cuando haya abandono del trabajo no procede la indemnización por falta de pago. Pues todo lo contrario, el patrono se halla obligado a pagar lo que adeude al empleado por concepto de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato laboral y si así no lo hace debe pagar a su extrabajador a título de sanción por falta de pago igual (sic) a la suma que devengaba diariamente por salario hasta cuando efectúe el pago tales (sic) salarios y prestaciones sociales". Y adelante agrega el recurrente: "... No se puede como sucede con el fallo acusado, que bajo el pretexto de interpretar el art. 65 del C. S. del T., se incluya en su contenido mandamientos u (sic) hipótesis que le son extrañas, como aquella de que, cuando haya abandono del trabajo, no procede la sanción moratoria. Esto implica pretexto de interpretación, nada menos que legislar...".

Se estudia:

El Tribunal sentenciador luego de determinar los eventos que contempla el art. 65 del C. S. del T. en sus incisos primero y segundo, dice: "... Pero no puede afirmarse que exista renuncia sancionable en el patrono que no se niega a pagar pero cuyo acreedor no se hace presente a recibir el pago, o de cualquiera otra manera se allana a recibirlo. Ya se dijo la diferencia que existe entre la actitud renuente y la mora simple. Y no puede afirmarse que en ausencia del trabajador, cuyo paradero se ignora, y de toda manifestación suya respecto a sus derechos, debe consignar el patrono lo que crea deber, so pena de sanción. Porque la mora le obliga a consignar cuando no existe acuerdo sobre el monto de la deuda, lo que supone controversia al respecto y expresa manifestación del trabajador de su desacuerdo con la cantidad ofrecida. También obliga la consignación cuando el trabajador se niega a recibir, lo que requiere la negativa, expresa o tácita, pero en todo caso notoria, sin que pueda tenerse como tal la simple ausencia del trabajador. Las razones anteriores llevan a la conclusión de que el patrono incurre en mora si a la terminación del contrato el trabajador acude a recibir el pago, o se allana a ello, o manifiesta su desacuerdo o su negativa a recibir, sin que el patrono pague o consigne lo que crea deber. Pero cuando el trabajador se ausenta, sin ninguna manifestación respecto al pago de sus derechos, y mientras no acuda a ese efecto, el patrono no se hace renuente y no procede la sanción moratoria. Es claro que este evento es de excepcional incurrencia, que debe quedar probado en juicio, y se circunscribe a las figuras de abandono del cargo y de ausencia del trabajador del lugar en que deba hacerse el pago, ésto es, el lugar de trabajo o las oficinas del patrono, y al tiempo de la exigibilidad de la obligación. Corresponde al juzgador decidir si las circunstancias acreditadas en el proceso configuran la falta de allanamiento al pago por parte del trabajador, o su oposición al mismo, que exige la consignación. Cuando no existe esta clase de oposición al pago, sino simple ausencia y falta de allanamiento, no incurre el patrono en mora...". Y consecuente el Tribunal con esta tesis expone como conclusión: "... En consecuencia, el Tribunal deberá revocar la condena por indemnización moratoria contenida en el fallo recurrido, por haber quedado demostrado, con las declaraciones de los testigos Williams y Peña, compañeros de labores de la demandante, que esta abandonó su trabajo, y además, por no aparecer en autos prueba alguna de que la cantante Capelo Aravela hubiera reclamado posteriormente y en forma directa a su patrono el valor de sus prestaciones sociales y salarios a los cuales pretendía tener derecho".

Conocido por esta Sala el pensamiento del sentenciador sobre este punto, procede al estudio del cargo formulado, anticipando que debe prosperar, por cuanto el Tribunal estableció en la sentencia algunas distinciones que desvirtúan el contenido de la norma consagrada en el art. 65 del C. S. del T., pasando por alto que donde el legislador no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo. En efecto, el artículo mencionado habla de la "terminación del contrato" cualquiera que sea su causa, (despido, abandono, etc.) y no como lo considera el sentenciador del despido únicamente, para que el patrono, en caso de no pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales, en tal momento, deba pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. La obligación de pagar el valor de los salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo es la misma para el patrono, cualquiera que sea la causa de su preclusión, y por eso al trabajador solamente le corresponde, en consecuencia demostrar, que al terminar el contrato no le fueron pagados sus derechos, "porque es esta la base objetiva que el art. 65 señala para que la sanción sea procedente". Y es equivocado también concluír, como lo hace el fallador, que no hay lugar a aplicar la sanción que consagra el art. 65, cuando el trabajador "no ha reclamado posteriormente y en forma directa a su patrono el valor de sus prestaciones sociales y salarios...", porque esta condición no la establece la disposición que se comenta, la que no da ni siguiera margen para tal interpretación. Otra cosa es que la ley entiende que el patrono cumple con sus obligaciones, cuando en caso de desacuerdo en cuanto al monto de la deuda o cuando el trabajador se niega a recibir, consignando en la forma prevenida en el inciso segundo del texto que se comenta, la suma que confiese deber. De manera, pues, que cuando a la terminación del contrato de trabajo el asalariado se ausenta o no se presenta a reclamar el valor de sus prestaciones y salarios, el patrono cumple, porque así lo expresa la ley, con la obligación que le impone el inciso primero, consignando la suma que confiese deber, medio por el cual se libra de la sanción por mora que se inicia a la terminación del contrato, sanción que consagra la disposición que se comenta.

Sobre este particular la Corte ha dicho: "El art. 65 del C. S. T. exige que el pago de los salarios y prestaciones debidos se haga a la terminación del contrato de trabajo y no días después, por lo cual cabe la indemnización por cada día de retardo, sin que se pueda decir que durante esos días se dejó de pagar por culpa del trabajador...". Esta jurisprudencia aclara aún más, el sentido de la disposición que se comenta, ya que si a la terminación del contrato el patrono no paga, no puede exhibir como excusa válida la culpa del trabajador representada en su ausencia o en su no presentación a reclamar o a recibir el valor correspondiente. Así, pues, el sentenciador hizo una interpretación equivocada del art. 65, razón por la cual el cargo formulado debe prosperar.

Pero ocurre que en consideraciones de instancia la Corte tendría que expresar, que pese a haberse hecho una condenación por cesantía en la sentencia que se revisa, no se ha desvirtuado la buena fe patronal, concepto incompatible con la sanción que consagra el art. 65, porque habida consideración de la brevísima duración del contrato suscrito entre las partes y de la demostración de que éste terminó por decisión voluntaria de la demandante, calificada en el juicio como "abandono del cargo", y que con esta conducta se ocasionaron perjuicios, pudo considerar el demandado con buenas razones que nada debía por concepto de prestaciones sociales, concepto que se reafirma con la presentación por su parte de una demanda de reconvención, caso en el cual no habría, pese a la prosperidad del cargo, razón alguna para casar la sentencia recurrida.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

UNIDAD O IDENTIDAD DE EMPRESA

Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las viarias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.

Cierto es que el Tribunal, al estimar la escritura mediante la cual la Nacional de Chocolates aceptó ser subrogataria de todos los crédictos pasivos a cargo de Chocolates Sansón, entre estos el correspondiente al demandante, incurre en el error de considerar "que en ese momento se operó la figura jurídica de la sustitución patronal, en los términos del art. 67 del C. S. T.". —El ad quem, evidentemente confunde en el sub lite el fenómeno de la unidad o identidad de empresa, que se produjo en este caso por la fusión de las dos sociedades anónimas sin variación del airo de sus actividades o negocios, con el de la sustitución patronal, que requiere necesariamente la continuidad del vínculo laboral entre un mismo trabajador y la empresa que surge de aquella en que prestaba sus servicios con la nueva que la absorbe.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 38).

Demandó Hernán Monsalve en juicio ordinario laboral a la Compañía Nacional de Chocolates S. A. para que se la condenara a pagar al actor el valor de la indemnización causada por la mora en el pago de su auxilio de cesantía, más las costas del juicio.

El libelo se funda en los siguientes hechos resumidos: Monsalve entró a trabajar al servicio de la sociedad "Fábrica de Chocolates Sansón S. A.", como agente vendedor, desde el 20 de enero de 1960 hasta el 15 de julio del mismo año en que se retiró voluntariamente, mediante mensaje telegráfico enviado desde Salamina (Caldas), con la observación de que esperaba una liquidación oportuna de sus prestaciones, la que no vino a efectuarse hasta el 26 de junio de 1961, es decir, a los once meses y once días contados desde su desvinculación de la empresa, pago que se hizo por conducto de la sociedad "Industria Colombiana de Café S. A." (Colcafé). El sueldo básico del actor era la suma de \$500.00 mensuales, pero como su liquidación se hacía a base de una comisión sobre las ventas, frecuentemente el salario sobrepasaba la suma mencionada. La Compañía "Fábrica de Chocolates Sansón S. A.", con la cual trabajaba el demandante, se disolvió y entró en liquidación el 8 de junio de 1960 y la causa de su disolución fue la cesión hecha por sus socios de todas las acciones en favor de la firma "Chocolates Chaves, Santa fé y Tequendama S. A.", la cual las cedió posteriormente a la "Compañía Nacional de Chocolates S. A.", según consta de la escritura número 4364 del 2 de diciembre de 1960 de la Notaría 6a. del Circuito de Medellín, habiéndose subrogado la última en todos los activos v pasivos de la compañía cedente, encontrándose relacionado dentro de tal pasivo el valor de la cesantía correspondiente a Hernán Monsalve por los servicios prestados anteriormente a la "Fábrica de Chocolates Sansón S. A.".

El apoderado de la empresa demandada contestó el libelo diciendo no tener constancia sobre los hechos narrados en la demanda, pero a renglón seguido admite que el actor sí trabajó con la extinguida "Fábrica de Chocolates Sansón S. A.", de la cual se retiró por voluntaria dejación del cargo el 15 de julio de 1960, sin entregar las zonas que manejaba ni la cartera pendiente de que era responsable. Por tal circunstancia "Monsalve convino con la Gerencia de la compañía que se aplazara por algún tiempo la liquidación y pago de sus prestaciones sociales, con el fin de saber el promedio de sueldo efectivamente devengado por dicho señor y para responsabilizarse de los faltantes que resultaran al recoger la cartera. El demandante se retiró entonces en forma inmediata de la compañía v prometió volver a tiempo con el fin de rendir las cuentas según los dineros que los clientes pagaran, determinar entonces su salario eventual v recibir las prestaciones sociales por los pocos meses de labores. Los agentes de la compañía con la cual trabajó Monsalve encontraron algunas dificultades para percibir la cartera de los clientes a quienes había vendido Monsalve al fiado, pues tuvieron que visitarlos en repetidas ocasiones, resultando en definitiva un saldo en contra del señor Monsalve proveniente de dineros que faltaron o que no pagaron los clientes. Monsalve solo se presentó a la compañía "Industria Colombiana de Café S. A." el 26 de junio de 1961 e inmediatamente recibió la liquidación y pago de su prestación de cesantía más los salarios por 23 días festivos que afirmó haber trabajado, suscribiendo al efecto el correspondiente recibo que me permito acompañar".

Surtidos los trámites de la primera instancia esta remató con el fallo absolutorio de la demandada que dictó el Juzgado 20. Laboral del Circuito de Medellín. Por apelación subió el negocio al Tribunal Superior de Medellín que decidió la alzada revocando la providencia instada y condenando en su lugar a la Compañía Nacional de Chocolates S. A. a pagar a Hernán Monsalve las sumas de \$3.000.00 como indemnización moratoria y de \$200.00 por costas de la segunda instancia. Las costas de la primera instancia serán tasadas por el a quo.

Recurrido en casación este fallo, concedido y sustentado el recurso, procede la Sala Laboral a examinar su mérito.

EL RECURSO

El recurrente impugna la sentencia del Tribunal con el alcance de que tal providencia sea casada totalmente y en su lugar se restablezca la vigencia de la proferida en primera instancia.

Con tales miras propone un cargo por "infracción indirecta de los arts. 1494 y 1551 del C. C. en conexidad con los arts. 65 y 67 del C. S. T., por aplicación indebida, como consecuencia de eminentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por no haber apreciado unas pruebas, por haber apreciado otras en forma incompleta de manera de restarles su verdadero sentido y por haber valorado equivocadamente otras".

En desarrollo del cargo alega que el error evi-

dente en que incurrió el Tribunal fue el haber estimado que la rendición de cuentas quedó terminada para el 15 de enero de 1961, sin tener en cuenta que la liquidación necesitaba de la aceptación del trabajador, tal como se había previsto al tiempo de su retiro intempestivo; y el haber considerado que la Compañía Nacional de Chocolates, como subrogataria de la Fábrica de Chocolates Sansón, incurrió en un error de conducta, por negligencia, en la omisión de consignar el valor depositado provisionalmente en su poder v destinado a garantizar el resultado del examen de cuentas, con una obligación total de cancelación del activo interno de la empresa liquidada, para lo cual el sentenciador tomó sin corresponderle, la figura jurídica de la sustitución patronal del art. 67 del C. S. T. como razón de la obligación que impuso en la sentencia.

Prosigue el acusador aseverando que a los errores anteriores llegó el ad quem por apreciación errónea de las siguientes pruebas: a) La copia de la escritura 4364 del 2 de diciembre de 1960 de la Notaría 6a, de Medellín (fl. 29), que el Tribunal consideró como prueba idónea de sustitución patronal, sin serlo, con equivocada aplicación del art. 67 C.S.T. b) Las posiciones absueltas por el actor, especialmente la respuesta dada a la número 11, donde el absolvente aceptó haber admitido el compromiso de presentarse a las oficinas del liquidador a reclamar sus prestaciones, sin embargo, de lo cual no hay constancia en el proceso de que Monsalve se hubiera presentado antes del mes de junio de 1961, de donde el Tribunal infringió el art. 1494 del C. C. v en cierto modo el 1551 ibídem, en cuanto establece que el plazo tácito es el indispensable para cumplir la obligación prometida, ya que tal cometido no podría haberse concluído sin la aprobación de la misma persona obligada a rendir las cuentas, diligencia que debía efectuarse en las oficinas del liquidador en Medellín con la presencia del actor Monsalve, c) El recibo de pago (fl. 16) que demuestra de modo ostensible que la partida consolidada de que trata la escritura precitada, tenía apenas un valor provisional para solamente los efectos de la liquidación y clausura de cuentas de la sociedad disuelta. d) Los testimonios de Carmen Londoño. José Villegas Jaramillo, Luis Emilio Mejía Montova v doctor Fabio Rico Calle, a quienes el Tribu nal atribuye graciosamente la condición de empleados de la entidad demandada, cuando son de "Colcafé", error que lo llevó a considerar que Monsalve consultó alguna vez a la demandada sobre el estado de sus cuentas, cuando en realidad lo hizo con una empresa extraña de que eran empleados los mencionados declarantes.

Remata el impugnador su larga exposición en los siguientes términos: "Violó así el Tribunal el art. 65 del C. S. T. por no haber respetado el acuerdo de las partes reconocido en dicha disposición, en toda la extensión que él tiene, de prolongar el plazo hasta la aceptación de las cuentas, sin lugar a limitarlo con pretexto de hacer una interpretación conforme al ord. 20. del art. 1551 del C. C.".

La Sala examina el cargo.

El Tribunal revocó el fallo del primer grado para, en su lugar, condenar a la empresa demandada a pagar al actor la indemnización moratoria del art. 65 C. S. T., conclusión a que llegó mediante el examen de las probanzas de cuya errónea apreciación lo acusa el recurrente. Revisado tal análisis probatorio por esta Sala se tiene:

1. El ad quem, en virtud de apreciación de la contestación de la demanda, dedujo que está aceptado por la debidamente da, la "Compañía Nacional de Chocolates S. A.". su calidad de subrogataria de la "Fábrica de Chocolates Sansón S. A.", donde labora el actor en el momento de producirse su desvinculación. La subrogación total en el activo y pasivo de las dos empresas, admitida sin reservas en la contestación de la demanda, le permitió al demandante enderezar su acción laboral contra la empresa subrogataria de las obligaciones de Sansón, y esta deducción del Tribunal, que es perfectamente lógica y acorde con los principios que reglan la cesión de las obligaciones, tiene asidero en un soporte probatorio, la contestación de la demanda, que no es materia de impugnación en el presente recurso.

Cierto es que el Tribunal, como lo glosa el recurrente, al estimar la escritura mediante la cual la Nacional de Chocolates aceptó ser subrogataria de todos los créditos pasivos a cargo de Chocolates Sansón, entre estos el correspondiente al demandante Monsalve, incurre en el error de considerar "que en ese momento se operó la figura jurídica de la sustitución patronal, en los términos del art. 67 del C. S. T.". El ad quem, evidentemente confunde en el sub lite el fenómeno de la unidad o identidad de empresa, que se produjo en este caso por la fusión de dos sociedades anónimas sin varia-

ción del giro de sus actividades o negocios, con el de la sustitución patronal, que requiere necesariamente la continuidad del vínculo laboral entre un mismo trabajador y la empresa que surge de aquella en que prestaba sus servicios con la nueva que la absorbe. La sustitución de patronos de que trata el art. 67 C. S. T. no pudo efectuarse en el caso de la litis supuesto que Monsalve se retiró voluntariamente del servicio de Chocolates Sansón, antes de que esta compañía se fusionara con Chocolates Chaves Santa fe v ésta a su turno con la Nacional de Chocolates, mal pudiendo darse el cambio de patronos por haberse extinguido ya la relación laboral. Pero el yerro de la Sala sentenciadora resulta intrascendente v sin incidencias, tanto en la decisión que se acusa como en la definición del recurso extraordinario, ya que por el solo hecho de la subrogación convencional, reconocido en la contestación del libelo, no discutido siguiera por las partes e invocado por el ad quem, aparece indudable la obligación de la demandada de atender al pago de las acreencias a cargo de Chocolates Sansón, entre estas las de carácter laboral, cuya naturaleza jurídica no se desvirtuó por la ocurrencia de la fusión de empresas.

2. Respecto a la estimación de la prueba de posiciones absueltas por el demandante, en especial de la respuesta que diera a la posición undécima, de que se acusa también al Tribunal, se observa:

La pregunta y su respuesta dicen así: "Preguntado. Es verdad, sí o no, que Ud, al retirarse voluntariamente de la compañía, prometió que posteriormente volvería para reclamar la liquidación de sus prestaciones sociales cuando ya rindieran las cuentas y se supiera el promedio devengado por el absolvente? Contestó: Es cierto, pero calculando que no pasaría de un mes o mes y medio, lapso durante el cual fácilmente podría dársele tres vueltas a la zona". Y el Tribunal entendió en este punto que "de las posiciones absueltas por el demandante, en especial de las respuestas dadas a las preguntas 8a, 10a y 11a, se desprende que efectivamente, al retirarse voluntariamente de la compañía, concedió a esta un plazo prudencial para que una vez visitada la zona que le correspondía, le hicieran la liquidación de sus prestaciones sociales y que posteriormente volvería por su liquidación".

Como puede verse, el Tribunal apreció la prueba de posiciones en conjunto, sin desvertebrar la unidad de la confesión hecha por el absolvente a lo largo de la diligencia, con todas sus aclaraciones. Entendió así que si Monsalve concedió un plazo a la demandada para la liquidación y pago de sus prestaciones, lo hizo por el término necesario para que los nuevos agentes de la compañía visitaran la zona, mas no comprendido el que invirtieran en recoger la cartera (respuesta 8a.); que para liquidar la cesantía, según el confesante, no era necesario recoger la cartera "y aunque ello hubiera sido necesario -contesta Monsalve no hubiera accedido por la injusticia de tal exigencia, pues las ventas eran a crédito con aquiescencia de la empresa" (respuesta 10a.); y que el plazo otorgado para la liquidación, al cabo del cual Monsalve regresaría a recibir sus prestaciones, no podía pasar de un mes o mes y medio, lapso durante el cual fácilmente se le darían tres vueltas a la zona de sus actividades (respuesta 11a.).

El ad quem levó en las posiciones absueltas lo que estas dicen en conjunto y no cosa distinta, o sea que Monsalve acordó con la empresa la concesión de un plazo razonable, en ningún caso indefinido, para la liquidación y pago de su cesantía; y coordinando la prueba de confesión con tres probanzas que luego se verán, llegó a la conclusión de que la liquidación de las prestaciones pudo demorarse hasta diciembre de 1960 o máxime hasta el 15 de enero de 1961, fecha en que terminaban las vacaciones en la empresa, considerando que a partir de esta fecha "en caso de que el demandante no se hubiese presentado a reclamarla, como sí tenía constancias de que efectivamente la había estado reclamando con anterioridad, debió haber consignado su valor ante el Juez del Trabajo, o en su defecto ante la Primera autoridad política... No obstante lo anterior, solo canceló su valor el 26 de junio de 1961, cuando según afirma el demandante (respuesta a la pregunta 13a. del pliego de posiciones), fue avisado telefónicamente por la empresa de que estaba lista su liquidación, después de haber insistido mucho personal y telefónicamente.

La evaluación de la prueba de posiciones, particularmente en la materia del plazo otorgado por el actor a la demandada, punto en que el actor increpa al Tribunal de haberlas apreciado erróneamente, no demuestra en modo alguno el error, menos aún con la calidad de evidente u ostensible. El ad quem midió rectamente el contenido y alcance de las respuestas del absolvente, sin salirse del ámbito delimitado por la persuasión racional que es propio del régimen probatorio en el derecho laboral.

3. El recibo o finiquito de pago del folio 16 es otra de las pruebas incompletamente apreciadas, según el recurrente. "Tal recibo -según este— demuestra que con posterioridad a la fecha en que cree el Tribunal que terminó el plazo tácito convenido entre las partes, se establecieron cargo y abonos nuevos con el concurso del actor, y aún más, a petición suya, como la inclusión de los 23 días festivos trabajados. La cesantía es mayor pero el reconocimiento de factores nuevos: el saldo-crédito se elevó de \$382.52 —escritura 4364— a \$1.128.33 y el débito no liquidado en el instrumento público se subrogó, a \$894.13. De donde resulta un saldo neto a favor del exempleado de \$234.20. Si el Tribunal hubiera dado al recibo en mención el valor probatorio que él tiene, habría llegado a la conclusión de que no hubo conducta negligente de la Cía. Nacional de Chocolates en no haber festinado el pago con base en el saldo provisional, sino conducta prudente al esperar los datos definitivos del balance de las cuentas elaboradas por el liquidador y aprobadas por el exempleado. Ese recibo muestra que el saldo real era mucho menor que el provisional, y que aún el provisional no existía en la época fijada por el Tribunal, y solo fue posible parcialmente, mediante la inclusión de días festivos, según la revisión de junio de 1961 de que da cuenta el finiquito que absorbió el saldo débito".

El Tribunal, en realidad no enjuicia esta prueba por el aspecto que denuncia el recurrente: pero tal omisión, de haber existido, no lleva a las conclusiones que el censor pretende. Por lo contrario, la rectificación final hecha a instancias del actor el propio día en que se extendió el recibo, y que resultó a favor suyo por la inclusión de los días festivos laborados, solo demostrarían un error de cuenta anterior imputable a la demandada y no a Monsalve, que en caso alguno la relevaría de la mora en que incurrió al no consignar oportunamente la suma, poca o mucha, que creyera deber a Monsalve en época anterior, conforme al pensamiento del ad quem que en el particular se limita a aplicar correctamente el art. 65 inc. 20. del C. S. T.

4. El recurrente acusa también al Tribunal por apreciación incompleta de los testimonios de Carmen Londoño, José Villegas Jaramillo, Luis Emilio Mejía Montoya y doctor Fabio Rico Calle, de quienes afirma se les atribuyó graciosamente la condición de empleados de la entidad demandada de la que nunca han formado parte, pues son empleados de "Colcafé", de la

cual es gerente el antiguo liquidador de la Fábrica de Chocolates Sansón, error que indujo al sentenciador a considerar que Monsalve había consultado alguna vez a la demandada sobre el estado de las cuentas, cuando en realidad lo hizo a una empresa extraña de la cual, era gerente el liquidador y son empleados los deponentes.

Procediendo, por tanto, a examinar las pruebas señaladas para ver si el ad quem incurrió en el error notorio con las implicaciones de que le acusa el recurrente, se tiene:

Carmen Londoño (fl. 23) conoció a Hernán Monsalve cuando ella desempeñaba el cargo de cajera en Chocolates Sansón, que después continuó con el rol de los negocios de la empresa "Colcafé", donde la declarante siguió prestando sus servicios.

José Villegas Jaramillo (fl. 24) desempeñaba por el mismo tiempo el empleo de Jefe de Cartera en Chocolates Sansón, siguiendo después en "Colcafé", empresa esta que continuó negocios de la anterior.

Luis Emilio Mejía Montoya (fl. 41) fue el agente viajero que sustituyó a Monsalve y visitó las zonas en que éste operaba, recogiendo la cartera pendiente. "Yo sé —dice el testigo— que entraron recibos por concepto de ventas del señor Monsalve hasta diciembre de ese mismo año (1960)". Y en otro lugar agrega: "Yo salí porque se fusionó la Compañía Nacional de Chocolates y Colcafé".

El doctor Fabio Rico Calle (fl. 42 v.) fue el gerente de Chocolates Sansón en la época en que ingresó el demandante Monsalve y en la que siguió a su retiro de la empresa.

Todos los declarantes antes mencionados dan suficientes detalles y pormenores relacionados con la entrada de Monsalve, su permanencia, su retiro y con la situación que se presentó entre Monsalve y la empresa en lo referente a la liquidación y pago de sus prestaciones.

En verdad parece que estos testigos no dependan de la sociedad demandada, como erradamente lo anota el Tribunal, mas el yerro carece de toda relievancia y no afecta el juicio fundamental de valoración probatoria, supuesto que los cuatro declarantes, aun siendo extraños a la Nacional de Chocolates, eran los más conocedores de las causas de retiro de Monsalve y de los problemas que posteriormente se presentaron con motivo de su reclamación. Dentro de la función crítica de la prueba correspondiente al ad quem, que tiene tanta amplitud en el régimen laboral, era natural que tales elementos probatorios fueran apreciados por el sentenciador destacando la importancia que ellos tienen, por haber sido los declarantes, va superiores, va compañeros de trabajo, de Hernán Monsalve, en todo el lapso en que permaneció al servicio de la empresa v en el posterior a su retiro. La circunstancia de que sean los testigos extraños a la sociedad demandada y de que el ad quem se hava equivocado en este punto, carece de trascendencia, máxime cuando los propios testigos advierten que "Colcafé" continuó las actividades de Chocolates Sansón y a la postre vino a fusionarse también con la Nacional de Chocolates, o sea la misma firma demandada. Tal vez sobre este particular sea bastante sugestivo el hecho de que el documento en que consta la liquidación final de las prestaciones de Monsalve (fl. 4), lleve impreso el nombre de "Industria Colombiana de Café S. A. "Colcafé", dato este que vendría a confirmar lo que decían algunos testigos sobre la fusión posterior de Colcafé y la Nacional de Chocolates.

En suma: el impugnador no logró demostrar, menos aún con la evidencia o notoriedad que requieren los errores de hecho en el campo de la causal primera de casación los que atribuye al Tribunal, y en estas condiciones el cargo no puede prosperar.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Sin costas.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Meiía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnico)

En el caso presente, el cargo no presenta una proposición jurídica completa; ahora, en una censura, por error de hecho como la planteada por el recurrente, omite éste, respecto de las pruebas que señala como desestimadas, expresar lo que las pruebas demuestran, singularmente precisadas, señalando a la vez los errores en que incurrió el juzgador a consecuencia de tal desestimación, pues la impugnación no es permisible hacerla en casación de manera vaga y general, como sí tiene cabida en los alegatos de instancia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 38).

Luis Noriega Valdés demandó en juicio ordinario laboral a la firma Incaribe Limitada para que se declarara resuelto, por ruptura unilateral de la empresa, el contrato de trabajo existente entre el actor y la demandada, y como consecuencia se condenara a esta última a pagar a aquel el valor del auxilio de cesantía, primas de servicio, indemnización por el rompimiento unilateral del contrato, salarios caídos, lo que resultare por extra o ultra petita, más las costas del juicio.

Fundó el demandante su acción en los siguientes hechos: en que celebró como obrero mecánico varios contratos con Incaribe Limitada para trabajar, dentro de la misma empresa, situada en el lugar de la "Y" en la carretera Ciénaga Santa Marta; en que devengó un sueldo promedio de \$704.44 por tales servicios; en que trabajó en dicha empresa desde el 5 de enero de 1960 hasta el 7 de septiembre del mismo año; en que durante tal lapso recibió en total la suma de \$7.340.00; en que laboraba su jornada

completa de trabajo, bajo dirección de la empresa y dentro de ella misma; y en que el 7 de septiembre de 1960 fue despedido unilateralmente por el administrador de Incaribe Limitada, sin haberse logrado conciliar sus reclamaciones laborales en la Inspección del Trabajo.

Sin contestación del libelo, el juicio prosiguió hasta rematar el primer grado con fallo condenatorio a las prestaciones e indemnizaciones que dictara el Juzgado Primero del Circuito Civil de Ciénaga, contra el cual interpuso recurso de apelación la parte vencida en la instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta revocó el proveimiento recurrido y en su lugar absolvió a la empresa demandada por las pretensiones del actor. Breves consideraciones del fallo del Tribunal se transcriben en seguida:

"De las declaraciones de los testigos citados, de la inspección ocular mencionada y de los simples contratos firmados entre las partes, puede llegarse a las siguientes conclusiones: Que el actor se comprometió a hacer obras sin obligarse a realizarlos directamente y por ello podían hacerse por personas distintas; el simple hecho de obligarse a hacer determinadas reparaciones o piezas nuevas no es una subordinación personal y de ahí que no haya relación laboral; no habiendo actividad personal, ni subordinación o dependencia, no hay contrato de trabajo al tenor del art. 23 del C. S. T.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso la parte actora el recurso extraordinario de casación, el cual, sustentado a su hora, pasa a ser considerado por la Sala Laboral.

Pide el recurrente "se case el fallo acusado en su totalidad y en su lugar, una vez constituída la Corte en tribunal de instancia, condene a la empresa demandada tal como lo hizo el Juez de primera instancia, se condene al pago de las costas y agencias en derecho, todo en relación con los arts. 22 y 23 del C. S. T. en concordancia con el art. 87, causal 1a. del C. de P. L.".

Formula luego un solo cargo contra el fallo impugnado del cual dice que "viola por la vía indirecta y como consecuencia de evidentes errores de hecho en la estimación de las pruebas o desestimación respectivamente, para negar el derecho y acceder a la absolución de la empresa demandada. Pruebas desestimadas que corren a fls. 4 a 27 del cdno. ppal., declaraciones que corren a fls. 47 y 48, inspección ocular a fl. 48".

Fundamenta el cargo alegando que los sucesivos contratos firmados por la empresa con el demandante no tienen solución de continuidad y ello solo induce fraude a la ley, aparentando una situación de independencia que no existe y que jamás ha alegado la parte demandada; que se observa que el trabajo se hacía en el taller de la empresa, con herramientas de la misma y en forma continua; que el trabajador a destajo no tiene horario de trabajo, ya que según lo que produzca o elabore, así recibe; que, de otra parte, las declaraciones son claras al decir que Noriega Valdés prestó sus servicios a la empresa, y la inspección ocular también lo es en el sentido de que se demostró en dónde se prestaba el trabajo y las condiciones del mismo; que para ser contratista independiente, como lo afirma el Tribunal, se necesita el beneficio para un tercero y correr los riesgos por parte del contratista, así como emplear sus propios medios en la elaboración del trabajo y que ninguna de estas condiciones, al tenor del art. 34 C. S. T. se dan en este evento, ni se han demostrado, sino todo lo contrario.

La Corte examina el cargo.

A primera vista se observa que la acusación propuesta contraviene los principios de la técnica formal de la casación, de modo tan insuperable como para imposibilitar a la Corte penetrar en el estudio sobre el mérito sustancial del recurso.

Los defectos de la demanda que lo sustenta y que inhiben a la Corte para examinarlo en el fondo, someramente expuestos son los siguientes: a) el cargo no presenta una proposición jurídica completa, pues los preceptos citados en el alcance de la impugnación (arts. 22 y 23 C. S. T.) constituyen apenas disposiciones normativas, que no comprenden ni abrazan ninguna de las normas creadoras o consagratorias de los derechos del trabajador, tal como los supone el libelo petitorio, como son las referentes a cesantía, primas de servicio, indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria, cuya confrontación con el fallo impugnado es imprescindible en función del recurso extraordinario: b) en una censura por error de hecho como la planteada por el recurrente, omite éste, respecto de las pruebas que señala como desestimadas, expresar lo que las pruebas demuestran, singularmente precisadas, señalando a la vez los errores en que incurrió el juzgador a consecuencia de tal desestimación, pues la impugnación no es permisible hacerla en casación de manera vaga y general, como sí tiene cabida en los alegatos de instancia; y c) el recurrente, por último, hace un reproche injusto al Tribunal cuando lo acusa de haber desestimado las pruebas que el cargo señala, cuando es lo cierto que el ad quem las menciona y analiza todas y luego sopesa el elenco probatorio en conjunto, como pudo verse del pasaje del fallo anteriormente transcrito.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Con base en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifiquese, insértese, en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Edmundo Harker Puyana, Jorge Gaviria Salazar, Blas Herrera Anzoátegui, (Conjuez).

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

La casación laboral sólo puede atender a la violación de la ley sustantiva, con miras a unificar la jurisprudencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 37).

Resuelve la Corte el recurso de casación propuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio ordinario sobre nulidad de unas sentencias, adelantado por Isidoro Duplat, Sergio Sanclemente Duplat, Germán Hernández Duplat, Blanca Victoria Hernández Duplat y Mariela Hernández Duplat, con citación y audiencia del Ministerio Público como parte demandada.

ANTECEDENTES

En fechas 22 de junio y 29 de septiembre de 1960 los demandantes promovieron juicios especiales de lanzamiento de predios rústicos contra Carlos Julio Parra y Purificación Rojas respectivamente. Acumulados dos juicios, el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, en sentencia fechada el 10, de septiembre de 1961, decretó el lanzamiento y la restitución de los predios, pero autorizando a los demandados para retenerlos hasta cuando los dueños les pagaran las mejoras puestas en ellos, pericialmente avaluadas en las sumas de \$80.825.00 y \$26.038.50. El referido fallo fue confirmado en segunda istancia por el Tribunal Superior de Pamplona, Sala Laboral, en sentencia fechada en 7 de febrero de 1962. Contra la sentencia del Tribunal fue interpuesto recurso de casación que no fue admitido por la Corte, por tratarse de un negocio de tramitación especial. En el auto en que tal cosa se resolvió (fechado el 26 de marzo de 1962), se hizo al Tribunal la observación de que en el pronunciamiento del fallo no se atendió la prescripción del art. 30. del D. Extr. No. 1 de 1957. Fundamentándose en esta observación, una vez regresado el expediente al Tribunal, el apoderado de la parte demandante pidió a éste que decretara la nulidad de lo actuado, desde la audiencia de juzgamiento de la segunda instancia. El Tribunal negó la nulidad impetrada en auto del 4 de mayo de 1962; y solicitada la reposición de esta providencia, fue a su vez negada en auto fechado el 9 del mismo mes de mayo.

Aduciendo estos antecedentes y alegando como fundamento de hecho que por no haberse cumplido lo preceptuado en el referido art. 3o. del Decr. No. 1 de 1957 no hubo verdadera sentencia de lanzamiento, la parte demandante solicitó en el libelo con que se inició el presente juicio las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la sentencia proferida por el Juez del Trabajo de Cúcuta con fecha trece de septiembre de mil novecientos sesenta y uno es nula por cuanto mis representandos fueron juzgados con perfecta violación de la constitución de la República, art. 26, al dejar de aplicar en el recordado fallo los arts. 20. y 50, de la Ley 100 de 1944.

"Segunda. Que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona —Sala Laboral—, es nula como nulas son las providencias de fechas 4 de mayo de 1962 y 9 de mayo de 1962, en el juicio de lanzamiento propuesto por mis poderdantes por medio de apoderado, contra Carlos Julio Parra y Purificación Rojas Sánchez del bien inmueble rural que menciono y alindo en la demanda de lanzamiento.

"Tercera.- Que decretada la nulidad de los fallos requeridos vuelva el negocio al Despacho del señor Juez del Trabajo de Cúcuta, para que dicte de nuevo sentencia, reconociendo los derechos que asisten a mis poderdantes conforme a las leyes vigentes inobservadas por el Juzgado del conocimiento.

"Cuarta. Que se decrete la nulidad de los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Pamplona —Sala Laboral— por no haberse observado la plenitud de las formalidades propias del juicio de lanzamiento en segunda instancia.

"Quinta. Que las costas sean del cargo de quien las causare, de conformidad con el C. P. C.".

Correspondió el conocimiento del negocio al Juzgado Segundo del Trabajo de Cúcuta el cual, en sentencia pronunciada el 5 de noviembre de 1963, resolvió: "No acceder a decretar la nulidad de las sentencias de fecha 13 de septiembre de 1961 proferida por el Juzgado del Trabajo de la ciudad y la de fecha 7 de febrero de 1962 dictada por el Tribunal Superior de Pamplona y de los autos de fecha 4 y 9 de mayo de 1962 proferidos por el mismo Tribunal. —Condenar en costas a la parte actora".

Apelado este fallo por el apoderado de los demandantes, fue confirmado por el Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Laboral, en sentencia de fecha 16 de diciembre de 1963, que es la acusada en casación.

Agotada la tramitación propia del recurso extraordinario, se procede a resolverlo con base en la demanda presentada y en el alegato de oposición formulado por la Procuraduría General de la Nación.

El recurrente, en el capítulo que titula "Declaración del alcance de la impugnación", hace una larga crítica a la sentencia acusada, exponiendo los vicios de procedimiento en que incurrieron los juzgadores de instancia. Los motivos de inconformidad que se consignan en este alegato pueden resumirse así:

a) Que la demanda de nulidad, sobre la cual recayó la sentencia del Tribunal de Cúcuta, no señaló o determinó la parte demandada, pues se limitó a pedir que el juicio se ventilara con audiencia del Personero Municipal, sin nombrar ninguna persona natural o jurídica; lo cual implica inexistencia de presupuestos procesales e inexistencia del juicio mismo, porque no se trabó ninguna relación procesal. "De aquí, dice, que la sentencia recurrida se impugne por no haber considerado si existían todos los presupuestos procesales indispensables para absolver o condenar".

- b) Que tampoco podía demandarse al Ministerio Público, porque éste, en los juicios del Trabajo, sólo interviene en los eventos señalados por los arts. 17 y 18 del C. P. L.; y que por tanto el Tribunal no está en lo cierto cuando expresa que procede a resolver la apelación "en juicio propuesto por Isidoro Duplat y otros contra el Ministerio Público".
- c) Que el Tribunal dejó de examinar si la demanda reunía los presupuestos procesales y todos los requisitos exigidos por el art. 25 del C. P. L., por lo cual la sentencia recurrida no se fundamenta en "la totalidad del material procesal"; y que en ella se calló la intervención de los "coadyuvantes adhesivos", que fueron los demandados en el primitivo juicio de lanzamiento.
- d) Que no se explicó en la sentencia cuál fue la actitud de la parte demandada o del "interesado adhesivo", y por ello faltó la motivación que exigen los arts. 72 y 81 del C. P. L. y 471 del C. J.
- e) Que tampoco la sentencia del Tribunal contiene la relación de las pruebas que obran en el proceso y el análisis de las mismas. Enumera el recurrente diversos documentos traídos al juicio como dejados de relacionar y estudiar, para decir que la sentencia no cumple lo ordenado en el art. 60 del C. P. L.

En seguida el recurrente, bajo el título "Expresión de los motivos de casación", dice:

"Fundo esta demanda en los arts. 163, 143, 145, y 26 de la constitución nacional, arts. 17 y 18 normas sustantivas contenidas en el procedimiento laboral, que designo y considero infringidos, por lo cual es causal de casación la primera del art. 87 del C. P. T., pues, la sentencia dictada por el Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cúcuta, con fecha 16 de diciembre de 1963, en el llamado juicio ordinario de Isidro Duplat y otros contra el Ministerio Público, la considero violatoria de Ley sustantiva, por infracción directa de estas disposiciones".

En desarrollo del mismo título habla luego de que por haberse omitido en la sentencia la mención de las partes y de los terceros intervinientes, la narración de los hechos y el análisis de las pruebas, dejó de cumplirse lo ordenado en los arts. 60, 61, 72, y 81 del C. P. L. con lo cual se violaron estas disposiciones; y que tal violación "condujo a la no aplicación o quebranto directo del art. 163 de la C. N.".

Dice también que por haberse violado los arts. 17 v 18 C. P. L., al admitir al Ministerio Público como parte demandada, se produjo a la vez "el quebranto de los arts. 143 y 145 de la Carta", en cuanto estas disposiciones señalan las funciones del Ministerio Público. Alega que por la misma razón de haberse admitido al Ministerio Público como parte demandada, no pudiendo serlo, dejó de cumplirse el art. 28 C. P. L., que dispone devolver la demanda para que se corrija. "Al no estimarse en la sentencia que acuso —termina diciendo— la falta de la parte demandada y la posición procesal del coadyuvante adhesivo, se violaron los arts. 25 y 28 del C. P. T., y esta violación condujo a quebrantar por violación directa el art. 26 de la C. N."

Al final solicita: "Si la H. Corte Suprema de Justicia —Sala Laboral— hallare justificada la causal que alego, por cualquiera de sus aspectos indicados en la acusación, solicito muy respetuosamente case o infirme la sentencia materia del recurso extraordinario ... en la forma prescrita por la Ley Laboral".

El señor Procurador Delegado en lo Civil hace a la acusación que se deja resumida varias observaciones así:

- a) Que el cargo o los cargos que formula el recurrente contemplan meros errores in procedendo, cuando la casación laboral sólo puede atender a la violación de la Ley sustantiva, con miras a unificar la jurisprudencia en estas materias.
- b) Que la censura basada en que el juicio se adelantó con la sola audiencia del Ministerio Público equivale para la parte recurrente a alegar su propio error.
- c) Que no puede prosperar la acusación por violación de las normas de la C. N. relativas a las funciones del Ministerio Público, por no consagrar ellas derechos sustantivos de los debatidos en el proceso.
- d) Que los planteamientos del recurrente no cumplen los requisitos de la demanda de casación.

La Sala considera:

Como anota el Ministerio Público, el escrito presentado por el recurrente no reúne los requisitos de la demanda de casación, pues apenas tiene los contornos de un alegato de instancia.

Bastaría observar que el capítulo sobre "Declaración del alcance de la impugnación" no fija realmente el petitum del recurso, pues solo contiene una serie de tachas relativas al procedimiento, sin indicar lo que el recurrente se propone. Es cierto que al final del capítulo titulado "Expresión de los motivos de casación" se pide que se case o infirme el fallo del Tribunal; pero aun allí se omite expresar en qué forma deben reemplazarse los ordenamientos del ad quem. Esta es una omisión que, según conocidas doctrinas, no puede de oficio suplirse con la demanda inicial o con los objetivos de las instancias; mucho menos en este caso en que, como luego se verá, no se expresa cuál interés de la parte recurrente se considera agraviado con la sentencia.

Pero aun aceptando que por haberse pedido la casación del fallo recurrido quedó consignado todo el propósito de la impugnación, la Sala observa respecto de lo que constituye propiamente la censura o la formulación de cargos:

- 1. La acción se inició con el propósito de obtener la nulidad de las sentencias dictadas en el juicio de lanzamiento adelantado por Isidoro Duplat v otros contra Carlos Julio Parra y Purificación Rojas Sánchez; y se alegó en los hechos de la demanda, según se dijo antes, que la sentencia de segunda instancia se dictó en aquel juicio sin dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 3o. del Decr. No. 1 de 1957. Pero la demanda de casación no se ocupa de expresar en ninguna forma y menos de explicar cómo la sentencia recurrida desconoce aquel fundamento de la acción, o qué derechos resultan agraviados y cuáles disposiciones de carácter sustantivo los consagran, ya que ni siquiera se citan como infringidos los arts, de la Ley 100 de 1944, mencionados en las peticiones de la demanda que arriba se transcribieron.
- 2. Si bien se examinan los aspectos de la censura.casi todos recaen sobre el hecho de que el juicio se hubiera adelantado solamente con citación del Agente del Ministerio Público, va que la intervención de los interesados Carlos Julio Parra y Purificación Rojas Sánchez fue voluntaria y posterior a la notificación de la demanda. Pero, como lo afirma el opositor, esto equivale, para la parte demandante, a alegar su propio error. En efecto, en el libelo inicial de demanda se pidió que la acción se adelantara simplemente con audiencia del Personero Municipal de Cúcuta, con destino al cual se acompañó una copia. Se explica así que este planteamiento, que tenía su cabida en las instancias, solo viniera a hacerse en el re-

curso de casación; actitud que no es aceptable por razones de lealtad procesal y según copiosa doctrina.

3. El Tribunal consideró, para fundamentar su fallo, que la acción de nulidad no podía intentarse en este caso sino con base en el art. 457 del C. J., en aplicación analógica. Pero encontró que ninguna de las causas contempladas en esa disposición tenía operancia. "En el negocio en estudio -- expresó el Tribunal acogiendo idéntico razonamiento del Juzgado- no se encuentra probada ninguna de las referidas causales: los demandantes estuvieron representados en el juicio original por el Dr. Julio César Hernández: se les notificó a través de su mandatario todas v cada una de las providencias dictadas en los procesos, luego no existe razón ninguna para alegar la declaratoria de nulidad".

En ninguna parte de la demanda de casación se ataca esta base de la sentencia, que resulta fundamental, ni se hace mención de la disposición legal que en ella se acoge. La acusación se torna por ello ineficaz, porque no tiende a destruir el verdadero soporte del fallo que se impugna por ilegal.

- 4. La acusación no enfoca, como acaba de decirse, los fundamentos de la sentencia acusada: por lo mismo no contiene la demostración de que mediante ellos se llegó a la violación de la ley. Por esta actitud desorientada se explica que el recurrente se ocupe en demostrar que el Tribunal no dio a su fallo ninguna motivación. La motivación exigida por la Lev es la que guarda relación con lo que se declara en la parte resolutiva o que tiende a explicarla y justificarla. Y en este sentido la sentencia que se estudia sí recibió una motivación adecuada, según se ha visto. Sucede sí que el recurrente no se ocupa de destruírla.
- 5. Por lo demás, como lo sostiene también el Ministerio Público, en toda la acusación apenas se señalan fallas en la aplicación de disposiciones meramente procedimentales o

se atacan errores in procedendo, que no son de recibo en la casación laboral, ya que ésta tiene sus motivos expresamente determinados en el art. 87 del C. P. L., salvo la demostración de que por su medio se han violado los preceptos sustantivos.

En múltiples ocasiones ha dicho la Corte que el recurso de casación, por ser un medio extraordinario de impugnación de las sentencias. está sometido a una técnica especial de formulación, sin la cual no resulta estimable, "tanto porque así lo establece la ley, como porque lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia". Ha dicho también que la finalidad del recurso se cumple "confirmando o infirmando el fallo recurrido, como consecuencia de la confrontación que se haga entre la sentencia y la ley, según los términos planteados por la respectiva demanda, la que, para que tenga eficacia legal debe dirigir su ataque fundamentalmente a desquiciar las bases de la sentencia recurrida".

La acusación formulada en la demanda que se estudia no consulta, según se ha visto, ni los requisitos fijados por el art. 90 del C. P. L., ni las normas de técnica exigidas por la doctrina y la jurisprudencia.

No prospera la acusación.

Con base en lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de là Ley, NO CASA la sentencia de que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

Elementos esenciales que se requieren para que haya contrato de trabajo, art. 23 del C. S. del T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar). (Acta No. 36).

Jaime Alvarez de Alba, por conducto de apoderado, demandó a "Líneas Limitada" de Bogotá, representada por los señores Guillermo Riaño y Ramiro Anzola para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo fuera condenada a pagarle lo siguiente:

- a) \$ 5.013.35 m/cte. o la cantidad que resultare, por concepto de cesantía de 3 años, 4 meses y 16 días de servicio:
- b) \$ 2.313.85, o lo que resultare, por concepto
 de vacaciones corrrespondientes al mismo tiempo de servicio indicado en el literal anterior;
 - c) \$ 2.299.49, o la que resultare, por concepto de prima de servicio;
 - d) \$1.500.00 por concepto de pago de comisión debida correspondiente al mes de marzo de 1962;
 - e) La indemnización moratoria en cuantía de \$51.00 diarios desde el 4 de abril de 1962 hasta el día en que se le pague el valor de las prestaciones sociales y salarios adeudados;
 - f) Las sumas que resultaren por concepto de subsidios familiar y de transporte; y,
 - g) Las costas y gastos del juicio.

Como hechos se indicaron los siguientes:

- 1. Que su vinculación a la sociedad ocurrió el 19 de noviembre de 1958, habiendo prestado servicios hasta el 4 de abril de 1962:
- 2. Que el cargo desempeñado fue el de agente vendedor exclusivo de la compañía el cual lo

desempeño parte en el local de ésta y parte por fuera del mismo, en la venta de tiquetes nacionales e internacionales de aviación, con jornada diaria de ocho horas:

- 3. Que igualmente y para cumplir sus funciones visitaba otras ciudades del territorio nacional:
- 4. Que como retribución por los servicios contratados Líneas Ltda. le pagaba una comisión del 4% por venta de tiquetes internacionales y de 3½ por venta de tiquetes nacionales;
- 5. Que durante el último año de servicio devengó un promedio mensual de \$ 1.542.57;
- 6. Que mensualmente pasaba a la Gerencia una relación de venta de tiquetes, con excepción de la del mes de marzo de 1962 que no alcanzó a entregarse;
- 7. Que estas relaciones eran visadas por el Contador de la empresa, pasando luego a la Gerencia que verificaba los derechos de comisión respectiva y ordenaba el pago de aquella;
- 8. Que cumplió con todos y cada uno de los compromisos adquiridos con "Líneas, Ltda." y,
- 9. Que hasta la fecha de la demanda no le han sido pagadas por la empresa las prestaciones reclamadas ni el lucro cesante, como tampoco la cantidad de \$1.500.00 a que tiene derecho por comisión del mes de marzo de 1962, que la Compañía le garantizó con una letra por el mismo valor la cual no le ha sido entregada y se le retiene en forma extraña.

En derecho fundamentó el libelo en los arts. 1, 22, 23, 65 y 158 y siguientes, 186 y siguientes, 249, 259, 306 y siguientes del C. S. del T.

Correspondió conocer de la demanda al Juzgado 50. Laboral del Circuito de Bogotá, el cual la admitió y dio traslado de ella a la sociedad.

Los representantes legales de la misma, indicados en el libelo, lo contestaron por conducto de apoderado, quien negó los hechos y se opuso a que se hicieran las condenas impetradas. Propuso igualmente las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, prescripción, pago total, compensación y la genérica.

Una vez tramitada la primera instancia se le puso fin por medio de sentencia de fecha 27 de marzo de 1963, en la cual se absolvió a la demandada de todos los cargos que le fueron formulados y se condenó en las costas al demandante.

El apoderado del actor interpuso contra el fallo del a quo recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá. Sala Laboral, Corporación ésta que lo decidió mediante fallo de 24 de junio de 1963 en el cual revocó el de primera instancia v en su lugar condenó a "Líneas Ltda." a pagar al demandante \$3.591.66 por concepto de cesantía, \$1.500.00 por vacaciones correspondientes a dos años, y \$ 1.710 por primas de servicio: v a las costas del juicio en un 60%; declaró probada la excepción de pago hasta por la suma de \$4.000.00 que se deducirían de las condenas anteriores, no probada la de prescripción y la absolvió de los restantes cargos. No impuso condena en las costas de la instancia.

Contra la decisión del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la demandada, el cual fue concedido y una vez admitido por la Corte, Sala de Casación Laboral, pasa a decidirse de conformidad con la demanda sustentatoria que en tiempo fue formulada. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Se persigue con el recurso, de acuerdo al capítulo "Alcance de la Impugnación", la Casación parcial de la sentencia de segundo grado y que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral "constituída en Tribunal de instancia revoque el aludido fallo en cuanto a las condenaciones que se profirieron por el ad quem y confirme la sentencia del Juzgador de primera instancia, para que obrando en función de instancia absuelva a la sociedad Líneas Ltda., de todas y cada una de las súplicas de la demanda".

No obstante el craso error en que incurrió el impugnador al pedir que casada parcialmente la sentencia acusada, la Sala Laboral de la Corte convertida a su vez en Tribunal de instancia "revocara" la sentencia del ad quem, se ve claro cuál es su petición: que anulado parcialmente este fallo, pues casar es anular, la Corte como fallador de segundo grado confirme el dictado en primera instancia que es totalmente absolutorio para "Líneas Ltda.".

En orden a obtener lo anterior aduce como motivo de casación la causal 1a. del art. 87 del C. P. T. y formula un solo cargo, así:

Cargo Unico. La sentencia acusada viola por vía indirecta las normas sustantivas de carácter nacional contenidas en los arts. 249 y consecuencialmente el art. 253 del C. S. T. sobre auxilio de cesantía y la remuneración base de su liquidación; 306 sobre prima de servicios; 186 y art. 7o. numeral 20. del Decr. 617 de 1954 en lo que se refiere a vacaciones v su compensación pecuniaria por indebida aplicación de los preceptos indicados, infracción a que llegó el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— a través de los errores de hecho en que incurrió como consecuencia de la equivocada apreciación del haz probatorio en general y en particular de las pruebas que a continuación individualizaré...".

Las pruebas que considera el recurrente como equivocadamente apreciadas son las siguientes:

a) Documental que obra a fl. 58 de los autos a manera de contrato. b) Recibo o finiquito, documento que obra a fl. 41 del expediente. c) Declaración de Lucila Bernal Hernández (fls. 46-47). d) Testimonio de Enrique Antonio Ortiz (fl. 56). e) Absolución de posiciones de Ramiro Anzola (fl. 24). f) Absolución de posiciones de Guillermo Riaño Sánchez. g) Inspección ocular practicada a los archivos de la empresa demandada.

Dice el censor que efectivamente, el sentenciador de segundo grado, dio por demostrado sin estarlo, los extremos de la relación laboral entre las partes, el inferir por ejemplo la fecha de ingreso por un escrito que ni siguiera posee la virtualidad de ser un "documento privado", pues se trata del impropiamente llamado "contrato" que obra al fl. 58 y que no es otra cosa que un simple volante impreso, con espacios llenados a máquina, que nada dicen de su procedencia. y que carece de firma de persona obligada a nombre de la empresa, lo cual le impide producir efectos ni en contra, ni en favor de persona determinada. Agrega que a pesar de esto, el ad quem incurrió en el ostensible error de hecho de estimarlo como un documento privado y otorgarle la fuerza probatoria que no tiene, ya que no es auténtico, es decir, "de autor cierto", y por consiguiente sin fecha cierta, y sin contenido cierto y además llevado al juicio por la persona que trata de beneficiarse con él.

Dice a continuación que el ad quem relacionó en la fundamentación de la sentencia el aludido instrumento con la declaración de Enrique Antonio Ortiz (fl. 55), pero que este deponente aunque afirmó haberlo elaborado, no dio razón o explicación de la circunstancia importante de falta de firma de la Empresa.

Afirma en seguida que, el Tribunal erró también ostensiblemente en cuanto dio por probado, sin estarlo, la fecha de terminación de la relación laboral entre el actor y la demandada, ya que toma como soporte probatorio la inspección ocular (fl. 50) y deduce que tuvo ocurrencia el 11 de abril de 1961, cuando del testimonio de Enrique Antonio Ortiz, de la demanda y de las posiciones de los representantes legales de la sociedad, aparece otra distinta, la del 4 del mismo mes y año.

Finalmente, y en cuanto a la prueba del salario, considera el recurrente que también erró el Tribunal v se expresa en los siguientes términos: "la apreciación que el ad quem hace de las probanzas en general y en especial de los testimonios de Lucila Bernal de Hernández (fl. 56) v del dicho de Enrique Antonio Ortiz (fl. 56) el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, nuevamente incurrió en manifiesto error de hecho, ya que los testigos están acordes en afirmar que Jaime Alvarez de Alba, recibía por su trabajo comisiones y porcentajes, es decir que en el evento de existir contrato de trabajo la remuneración del actor fue de carácter variable y no sueldo fijo, de ahí que el propio demandante en su libelo afirma haber recibido comisiones y los testigos que el sentenciador de segunda instancia menciona como los deponentes cuyas declaraciones sirvieron de basamento probatorio para dar por demostrado el salario, la señorita Lucila Bernal Hernández (fl. 46) y Enrique Antonio Ortiz (fl. 56) hablan de 'promedio de los sueldos' y concretamente el segundo de los nombrados da como razón de su dicho: 'porque como dije en un principio yo era auxiliar de contabillidad y me pasaban dichas relaciones para liquidar las comisiones (subraya el recurrente) en tales condiciones señores Magistrados salta de bulto el error evidente en que incurrió el Juzgador al darle el mismo tratamiento de análisis probatorio al salario variable que el que se da a la remuneración fija, ya que la prueba testimonial aunque con las virtudes que posee pero no menos graves defectos que conlleva en tratándose de la demostración de hechos que implican regulación en cifra numérica como lo es el salario, resulta una prueba bastante deficiente por no decir que no es idónea pero que tal vez por agilizar el desarrollo del proceso intelectivo de formación del convencimiento para la valoración probatoria podría ser de recibo en cuanto se tratara de demostrar el salario fijo, no así cuando se trata de salario variable por cuanto fuerza deducir que para determinarlo se requiere hacer una operación mental sujeta a reglas de aritmética que mo está en capacidad de elaborar en su mente un testigo en el momento de rendir una declaración ante el funcionario competente. Es lo expuesto tan cierto que nuestros jueces y tribunales del trabajo siempre han acudido a la prueba de inspección ocular con perito para establecer por este medio probatorio el salario promedio base para las liquidaciones que se haga necesario efectuar".

La Sala considera:

El recurrente en desarrollo del cargo se limita a censurar la apreciación hecha por el sentenciador del documento que dice contener el contrato de trabajo celebrado entre las partes (fl. 58), las declaraciones de los testigos Lucila Bernal H. (fls. 45 a 47) y Enrique Antonio Ortiz (fls. 55 a 57) y la inspección ocular (fls. 50 a 53). Esta censura está encaminada a demostrar el error de hecho respecto a lo decidido sobre fecha de ingreso del actor (documento de fl. 58) y declaración de Enrique Antonio Ortiz); fecha de salida (inspección ocular) y salario devengado por el demandate (declaraciones de los citados testigos).

La Sala, teniendo en cuenta que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia, solamente examinará estas pruebas y no todo el haz probatorio como lo pretende el recurrente, ni los otros elementos de prueba que singularizó aquél pero que en el curso de la acusación dejó sin analizar.

Los fundamentos del fallo en cuanto a los extremos del contrato, fecha de ingreso y de egreso, y salario, fueron desde el punto de vista probatorio el documento que se dice no ser auténtico (fl. 58) y la declaración de Ortiz; la inspección ocular y las declaraciones del primero de los testigos citados y el de la señorita Lucila Bernal, en su orden.

a) Ingreso del demandante.- El ataque que hace el recurrente sobre el documento de fl. 58 no tiene ninguna incidencia sobre el resultado del recurso, aunque se concluyera que tuviera razón en la censura, porque el Tribunal no solamente tuvo en cuenta este instrumento para señalar la fecha en que ingresó Jaime Alvarez de Alba al servicio de "Líneas Ltda.", sino que además tuvo

en cuenta como otro soporte de su sentencia, la declaración que sobre este punto rindió el señor Rafael Antonio Ortiz (fl. 55 a 57) y que en el aspecto indicado no se dice que hubiera sido mal apreciada. En efecto, el testigo había manifestado:

"Conozco al señor Jaime Alvarez durante el tiempo que trabajé en la empresa. Me consta que el señor Jaime Alvarez de Alba trabajó al servicio de Líneas Ltda., porque cuando yo entré a trabajar hacía unos tres o cuatro días había ingresado Alvarez a trabajar como agente vendedor de pasajes tanto nacionales como internacionales". Y, antes había declarado:

"Trabajé al servicio de Líneas Ltda. desde el 22 de noviembre de 1958 hasta el 30 de septiembre de 1962" (fl. 55).

Por su parte, el Tribunal de Bogotá, sobre este particular, motivó así su fallo:

"Este es un testigo directo y personal, que da el fundamento de lo que afirma con toda claridad, que no admite posibilidad de dudas. Por esta declaración es preciso aceptar que la fecha de ingreso es la que tiene el contrato mismo, o sea el 19 de noviembre de 1958".

Lo anterior indica claramente que el elemento de convicción del Tribunal sobre la fecha de ingreso del actor fue la declaración del citado testigo.

No aparece pues demostrado el ostensible error del Tribunal sobre el extremo mencionado de la relación laboral entre las partes.

b) Fecha de terminación del contrato.- El Tribunal toma como fecha de terminación del contrato el 11 de abril de 1961, con base en la prueba de inspección ocular y para ello se fundamenta en que al practicar la diligencia, se acreditó que en la fecha indicada se había hecho el último pago al demandante. La circunstancia de que los testigos o el actor hablen de una fecha posterior de desvinculación de Alvarez, no puede restarle valor a la apreciación que sobre el particular hizo el sentenciador;

c) Salario.- El recurrente no trata de demostrar que las declaraciones del señor Enrique Antonio Ortiz y Lucila Bernal hubieran sido apreciadas incorrectamente por el fallador, sino que este medio de prueba no es idóneo para demostrar la cuantía del salario cuando éste es variable.

En consecuencia, no se está en presencia de un error de hecho ostensible y objetivo, sino de una opinión personal del acusador.

De todo lo anterior se concluye que los errores ostensibles de hecho que se imputaron al Tribunal, no fueron demostrados y, por tanto, el cargo no prospera.

En mérito de las razones que preceden, la Corte Suprema dè Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

BENEFICIARIOS FORZOSOS DEL SEGURO DE VIDA

La calidad de beneficiarios forzosos del seguro de vida, según el art. 11 del Decr. 617 de 1954, y la forma de distribución contemplada en el art. 204 del C. S. T., se definen, no en el momento en que el trabajador entra al servicio de una empresa de las obligadas al pago de esa prestación, y en vista del señalamiento que él haga de beneficiario, sino al momento de su muerte que es cuando se causa el derecho, y se hace posible definir la correspondiente situación jurídica entre la empresa y el beneficiario o beneficiarios, o de estos entre sí.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 37).

Stella Becerra v. de Henao demandó ante el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, a la Sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." representada por su Gerente Rolf Mezger, a fin de obtener el pago de la suma de dinero que pueda corresponderle por concepto del seguro de vida de su esposo Evelio Henao Isaza, lo mismo que la cesantía, salarios insolutos, costas e indemnización por mora.

Como hechos de la demanda, anota los siguientes: Evelio Henao Isaza se vinculó mediante contrato de Trabajo, con la firma "Walter Rothlisberger & Co. Limitada", el primero de enero de 1960, en el cargo de Visitador Médico, en la ciudad de Medellín, y su última asignación fue de \$ 1.400,00 m/l.

El 12 de junio de 1961, contrajo matrimonio católico con el citado Evelio Henao Isaza, quien falleció el 15 de septiembre del mismo año, cuando aún estaba vinculado a la sociedad demandada.

El 27 de septiembre de 1961 solicitó a la mentada sociedad el reconocimiento y pago del seguro de vida correspondiente, pero aquella se abstuvo de pagarlo en vista de que la madre del finado le hizo igual solicitud, y como en este caso, de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, sólo está el patrono obligado a hacer el pago cuando se presente copia debidamente autenticada de la sentencia judicial definitiva en la cual se haya decidido a quién corresponde el valor del seguro, formula para el efecto, la presente demanda.

La empresa es de carácter permanente y tiene una nómina de salario mayor de \$1.000,00. La demandante es la única beneficiaria forzosa del seguro de vida, porque en el matrimonio no hubo descendencia, el de cujus no dejó hijos naturales y el cónyuge sobreviviente excluye a los ascendientes legítimos y naturales.

Como fundamentos de derecho cita los artículos 289 y ss. y 204 del C. S. del T., y art. 11 del Decr. 617 de 1954.

En su contestación, el representante de la Sociedad admite que Henao trabajó al servicio de ésta, que murió trágicamente, en Medellín, el 15 de septiembre de 1961 y que estuvo casado con la señora Becerra. Afirma que la Compañía ha estado dispuesta a cancelar el seguro de vida de su exempleado y no tiene interés en desconocer los derechos ajenos, sienentonces inexacta la aseveración que ella se abstiene de pagar, pues el pago se hará a quien la justicia indique como acreedor al reconocimiento de ese derecho, ya que a las oficinas de la sociedad se presentaron a reclamarlo la esposa y la madre del extrabajador fallecido.

Propone la excepción de compensación, con base en la suma de \$ 7.551,59 que Henao adeuda a la Compañía por varios conceptos, y reitera la manifestación de que no hay interés alguno en desconocer ni dilatar el pago del seguro ni de las prestaciones sociales que se demandan, "pero al mismo tiempo reclamamos, que se nos pague lo que tomó prestado al señor Henao, y de todo aquello que dispuso de una manera abusiva contra los intereses de la Compañía".

La parte demandada propuso demanda de reconvención contra los beneficios del seguro de vida de Evelio Henao, y contra sus herederos en relación con las demás prestaciones, para que se declare que aquel, al momento de su fallecimiento, debía a la Sociedad la suma de \$7.859.59 por los conceptos señalados en el hecho segundo de la contrademanda y que, como consecuencia de tal declaración, ella puede deducir dicha suma o la que resulte probada en el curso del juicio, del valor de las prestaciones de todo orden que en la misma fecha adeudaba al extinto, incluyendo el seguro de vida que causó con su muerte. Subsidiariamente, que la empresa tiene derecho a compensar las obligaciones hasta concurrencia de su monto, y que se condene en costas a la demandante.

Como hechos de la contrademanda, la Sociedad relaciona, en síntesis, los siguientes:

Evelio Henao Isaza trabajó al servicio de la Compañía hasta el 15 de septiembre de 1961, fecha en que salió de la vida por medio del suicidio. Era responsable, en ese momento, ante la Sociedad, civil y penalmente, por la suma de \$7.857,59, proveniente de préstamos, pagos al I.C.S.S. por cuenta suya, valor de mercancías que él recibió en consignación y de cuyos valores no rindió cuenta a la empresa, sumas cobradas a clientes de la Compañía e indebidamente apropiadas y anticipos de sueldos.

Tal conducta de Henao, francamente delictiva —agrega la contrademanda— conlleva la pérdida del derecho a cesantía, según el art. 250 del C. S. T. y la Empresa puede abstenerse de efectuar el pago hasta que la justicia decida. Esto en relación con algunos de aquellos valores. En cuanto a las demás, cabe la compensación por originarse en la misma relación de trabajo.

Las opositoras niegan los fundamentos de la

reconvención y se oponen a las declaraciones en ella solicitadas.

El juicio de Stella Becerra v. de Henao y el de Adela Isaza, madre del extinto, fueron acumulados, y el Juez del conocimiento declaró que la Sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." está en la obligación de pagar a la viuda de Henao, como beneficiaria de mejor derecho, la totalidad del valor del seguro, o sea la suma de \$12.000,00, y, en consecuencia, la absolvió de los cargos que por el mismo concepto le formula Adela Isaza. Declaró improcedente la excepción de compensación propuesta por la Compañía, y probada la de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, para solicitar salarios y demás prestaciones insolutas, y de la parte demandada para presentar demanda de reconvención.

Apelaron los apoderados de las partes, y el Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 26 de noviembre de 1962, decidió la controversia, así:

"10. Condénase a la sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." a pagar a la señora Stella Becerra de H. la cantidad de doce mil pesos (\$ 12.000,00), como beneficiaria única y forzosa del seguro de vida del finado Evelio Henao Isaza y en consecuencia, se absuelve a la empresa demandada del cargo que por este mismo concepto le formula la señora Adela o Andrea Isaza de Henao;

"20. Se condena a la sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." a pagar a la sucesión del señor Evelio Henao Isaza las siguientes sumas de dinero: setecientos pesos (\$ 700,00) por salarios insolutos; trescientos doce pesos con sesenta y ocho centavos (\$ 312,68) por bonificaciones; cuatrocientos treinta y un pesos con sesenta y un centavos (\$ 431,61) a título de viáticos; y, dos mil trescientos ochenta y siete pesos con setenta y ocho centavos (\$ 2.387,78) por concepto de cesantía.

"3. Se absuelve a la sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." de los demás cargos formulados por las señoras Stella Becerra y Adela o Andrea Isaza;

"4. Se condena a la sucesión de Evelio Henao Isaza a pagar a la sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda." la cantidad de dos mil ochocientos ochenta pesos con cincuenta centavos (\$ 2.880,50) que por préstamos originados en el contrato de trabajo debía el señor Evelio Henao Isaza en el momento de su fallecimiento.

"5. Se ordena la compensación de dos mil ochocientos ochenta pesos con cincuenta centavos (\$ 2.880,50) hasta una suma igual reconocida a la sucesión de Evelio Henao Isaza por concepto de salarios y cesantía, declarándose configurada parcialmente la excepción de compensación.

"6. Se declara no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Sin costas".

Propusieron recurso de casación, el apoderado de Adela Isaza y el de la empresa, el cual les fue concedido, pero el de ésta desistió y el Tribunal admitió tal desistimiento. De ahí, que la Sala sólo tiene para decidir el de la señora Isaza y a ello se procede mediante el estudio de la demanda presentada para sustentarlo.

Alcance de la impugnación.

Persigue que la Corte case la sentencia recurrida en sus numerales 10., 40. y 50. y, como Tribunal de instancia, condene a la Sociedad "Walter Rothlisberger & Co. Ltda". a pagar a Adela o Andrea Isaza de Henao la suma de \$12.000,00 por concepto del seguro de vida de Evelio Henao Isaza y, en consecuencia, absuelva a la misma sociedad del cargo que por igual concepto le formula Stella Becerra de Henao. Subsidiariamente, que se le condene al pago de \$6.000,00 a cada una de las demandantes, por razón de dicho seguro de vida.

Además, solicita que se confirme el aparte segundo de la sentencia de primer grado por medio del cual se declara improcedente la excepción de compensación propuesta por la Compañía, y que se dejen en firme los numerales 20. 30. y 60. de la sentencia recurrida.

Formula cinco cargos.

El primero, por interpretación errónea de los arts. 11 del Decr. 617 de 1954 y 204 del C. S. T., lo fundamenta expresando, en síntesis, que Evelio Henao, en el momento de ingresar a la empresa, estaba soltero y por esta razón indicó como beneficiaria forzosa del seguro de vida, a su madre Adela o Andrea Isaza, tal como lo dispone el art. 299 del Código citado. Que al contraer matrimonio posterior-

mente, ya no podía cambiar el beneficiario forzoso por la prohibición que para ello consagra el inciso segundo de la misma norma. De donde se infiere que al establecer el art. 11 del Decr. 617 de 1954 una lista de beneficiarios forzosos y al consagrar el art. 204 del C. S. T. un orden de prelación, sin especificar el momento en que ella debe operar, "tiene que interpretarse por analogía en el sentido de la norma establecida por el art. 299 del C. S. T., o sea que tal prelación se efectúa en el momento de entrar el trabajador y suscribir la póliza, porque ese es el momento en que debe designar o indicar los beneficiarios forzosos de seguro...".

Por consiguiente —continúa el casacionista el Tribunal ha debido tener como beneficiaria del seguro de Evelio Henao a Adela o Andrea Isaza y no a Stella Becerra, porque ésta no era cónyuge en el momento de la suscripción del seguro.

En el segundo, señala como violadas por aplicación indebida, las mismas normas indicadas en el cargo anterior y para sustentarlo, consigna el mismo análisis y la misma argumentación.

En el tercero dice que la sentencia violó el art. 299 del C. S. T. por infracción directa y en su desarrollo consignó razones análogas a las de los cargos anteriores.

La Sala considera:

Acusa el primer cargo violación de los arts. 11 del Decr. 617 de 1954 y 204 del C. S. T. por interpretación errónea. Sin embargo, del mismo análisis que el casacionista hace en desarrollo de la censura no se desprenden las circunstancias que dan lugar a esta modalidad en la infracción de la Ley. Ninguna interpretación hace la sentencia de aquellos ordenamientos legales en sí mismos considerados. Se limita a aplicarlos al caso debatido, decidiendo que el valor del seguro corresponde a Stella Becerra, por haber encontrado probado en el proceso que ella es la cónyuge de Evelio Henao y que éste no dejó descendencia legítima ni natural.

Si como lo afirma el impugnante, la designación de Andrea o Adela Isaza como beneficiaria forzosa, hecha por su hijo cuando entró al servicio de la empresa, constituye título suficiente para que aquella demande el valor del seguro con exclusión de la cónyuge, la decisión judicial que a ésta favorece implicaría una violación de la ley que no podría ser examinada por la vía que indica la censura.

La acusación es, por tanto, inadmisible.

Acusa el segundo ataque violación de las mismas normas comprendidas en el anterior, por aplicación indebida.

Y el análisis y argumentación que de él hace, —como ya se observó— son los mismos del cargo que le precede.

Se considera:

La Sala encuentra acertada la tesis del *ad quem* en cuanto señala a la cónyuge como beneficiaria forzosa y única del valor del seguro de vida de su esposo Evelio Henao.

La calidad de beneficiarios forzosos del seguro de vida, según el art. 11 del D. 617 de 1954, y la forma de distribución contemplada en el art. 204 del C. S. T., se definen, no en el momento en que el trabajador entra al servicio de una empresa de las obligadas al pago de esa prestación, y en vista del señalamiento que él haga de beneficiario, sino al momento de su muerte que es cuando se causa el derecho, y se hace posible definir la correspondiente situación jurídica entre la empresa y el beneficiario o beneficiarios, o de estos entre sí.

En la época de su vinculación a la empresa, Evelio Henao era soltero y su madre, indicada por él como beneficiaria del seguro, tuvo por su calidad una legítima expectativa, pero no un derecho perfecto a la prestación precisamente porque aquel nace —como ya se dijo— cuando fallece el trabajador. En el caso de autos, el causante había contraído matrimonio en el momento de su muerte y la cónyuge, según el claro sentido de la norma que se comenta, es la única beneficiaria porque no hay hijos legítimos ni naturales. De ahí que las normas citadas en la acusación, fueron debidamente aplicadas por el Tribunal. El cargo, por consiguiente, no prospera.

En el tercero acusa por infracción directa del art. 299 del C. S. T. y en su demostración consigna las mismas razones de que se valió en el análisis de los dos cargos anteriores.

Se considera:

La jurisprudencia de casación, tanto civil co-

mo laboral, han sostenido que la infracción directa de la Lev ocurre cuando, independientemente de las cuestiones de hecho sobre las cuales no hay discusión, se aplica la norma legal a una hipótesis no contemplada en ella, o dejada de aplicarse siendo el caso de hacerlo. El fallador, en el caso sub lite dejó de aplicar la norma señalada en el cargo, porque no era procedente su aplicación. No se trata de que el asegurado hubiese cambiado el beneficiario, contrariando la prohibición que contempla el art. 299 del C. S. T. en su inc. 20. La situación jurídica de Adela Isaza en relación con el seguro de vida de su hijo, cambió para ella en forma desfavorable, porque éste contrajo matrimonio y al morir dejó cónyuge supérstite, el cual tiene derecho preferencial a esa prestación de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11 del Decr. 617 de 1954 y 204 del C. S. T. El cargo no prospera.

Cuarto cargo.- La sentencia es violatoria del art. 11 del Decr. 61 de 1954 y del art. 204 del C. S. T. indirectamente por errónea apreciación de las pruebas sobre estado civil de la señora Stella Becerra de Henao.

Dice, en la demostración del ataque, que a fls. 73 del expediente obra "una partida de matrimonio de origen eclesiástico en la que aparece que en la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús... el presbítero Marcos Ochoa S. presenció el matrimonio que contrajo Evelio de Jesús Henao... con Alba Stella Becerra.". Que esta partida --agrega- no tiene fecha ni lugar de expedición, ni se sabe dónde queda la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús v. por tanto, el lugar donde se celebró dicho matrimonio. Que a fls. 68, 69, 70, 71 y 72 obran certificados de 7 Notarías de la ciudad de Medellín, en el sentido de que en esas oficinas no se halla registrado el matrimonio de Evelio Henao y Stella Becerra, pero en el proceso no hay prueba acerca del número de notarías existentes en esa ciudad.

Se refiere, luego, al texto de los arts. 18 y 19 de la Ley 92 de 1938 y concluye que en el expediente no obra la prueba principal ni la supletoria sobre el mentado matrimonio y, por tanto, los falladores de instancia no podrán tenerlo como probado. No estando acreditado ese hecho, procesalmente no puede hablarse de cónyuge, ni puede excluírse a la madre legítima del trabajador del beneficio del seguro aún dentro de la interpretación que el ad quem les da a los arts. 11 del Decr. 617 de 1954 y 204 del C. S. T.

Por el error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de aquellos documentos, —continúa la acusación— decidió que la beneficiaria única del seguro es Stella Becerra.

Se considera:

El fallador no alude, concretamente, en la motivación de su sentencia a los elementos de juicio que encontró aptos para acreditar la calidad de cónyuge de la demandante Stella Becerra, pero hay que admitir que en su actividad probatoria apreció con ese alcance demostrativo, los que el casacionista cita en la formulación de la censura, sin que la Corte encuentre que esa estimación sea equivocada ni que hubiese originado el error de derecho de que habla el recurrente.

Según la partida eclesiástica que en copia obra a fl. 73, Evelio de Jesús Henao y Alba Stella Becerra contrajeron matrimonio en la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús, el 12 de junio de 1961, y el sello que lleva ese documento indica que dicha Parroquia pertenece a la Arquidiócesis de Medellín.

De otro lado, las certificaciones que obran a fls. 68 y ss., procedentes de siete notarías de aquella ciudad, sobre la falta de inscripción de esa partida en los libros correspondientes, es una circunstancia que hace legalmente posible la apreciación de la eclesiástica como prueba supletoria de la calidad de cónyuge de la demandante Stella Becerra.

Que pueda existir en Medellín un mayor número de notarías, como lo insinúa el impugnante, es una contingencia que no basta, por sí sola, para la demostración del cargo. Sería preciso, para ello, que en el proceso apareciera acreditado ese hecho y no lo está. El casacionista no señala documento alguno de donde sea dable sacar tal inferencia. El cargo no prospera.

Estas consideraciones se hacen dentro de un criterio de amplitud, porque el hecho a que la censura se refiere no fue debatido en las instancias, lo que indica que él constituye un medio nuevo en casación, inadmisible, por lo mismo, dentro de la técnica del recurso. El cargo no prospera.

Quinto cargo.- En este señala como violados indirectamente, los arts. 2221 y 1734 del C. C., por error de derecho en la apreciación de las pruebas que obran a fls. 16, 17 y 18.

Se refiere el ataque a que en la sentencia de segundo grado fue condenada la sucesión de Evelio Henao a pagar a la sociedad la suma de \$ 2.880,50, por concepto de préstamos que aquel recibió de la empresa durante la ejecución de su contrato, y se ordena la compensación correspondiente.

Agrega que esta decisión se apoya simplemente en los recibos de fls. 16, 17 y 18, que aparecen firmados por Evelio Henao, pero no reconocidos por él, lo que les resta el valor de plena prueba, y como el Tribunal dedujo de ellos la existencia de un contrato de mutuo entre el extrabajador y la Compañía, violó indirectamente los arts. 2221 y 1714 del C. C.

La Corte considera:

Este cargo adolece de notorias deficiencias de orden técnico. Señala como infringidos varios artículos del C. C. sin relacionarlos con norma alguna de la Ley del Trabajo, y la naturaleza de la prueba que obra en los folios citados por el casacionista, no puede dar lugar al error que se le atribuye al ad quem. Se trata de recibos firmados por Evelio Henao en relación con sumas de dinero que éste recibió de la empresa, o, sea de documentos referentes a casos en los que la ley no exige determinada solemnidad ad sustantiam actus. No se recibe la censura.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



LA CAUSA QUE SE ALEGA PARA EL DESPIDO DEL TRABAJATOR. DEMOSTRARSE POR EL PATRONO

Para la Sala, por la nota de despido, la empresa ciertamente comunicó a su trabajador el motivo de tal hecho y éste aparece precisado en el incumplimiento grave de obligaciones y violación de prohibiciones especiales; pero dicha nota lo que prueba es la comunicación misma, esto es, el acto de manifestarle al trabajador el motivo para la terminación del contrato, mas en manera alguna, tal escrito prueba la verdad de lo manifestado, es decir, que fuesen ciertos los hechos que el patrono imputó a su trabajador. En otras palabras, el documento prueba la invocación de un motivo justo pero no la verdad y la justicia de los hechos a que se refiere. Y es que no pueden confundirse esos dos actos: al primero de los cuales obliga el art. 66 del C. S. T., pero con sólo él, obvigmente, no puede darse por establecida la verdad del hecho que se comunica, como determinante del otro.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 36).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la Texas Petroleum Company contra la sentencia proferida el 22 de junio de 1964 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio laboral seguido por Pablo Antonio Muñoz Rangel contra la sociedad recurrente.

En el libelo inicial, el demandante afirmó haber servido para la demandada desde el 8 de junio de 1946 hasta el 25 de abril de 1962, es decir, durante quince años y nueve meses, y haber sido despedido sin justa causa, mediante ruptura unilateral del contrato, por el patrono. La retribución era de \$ 1.296 mensuales y a la fecha de aquel escrito tenía cuarenta y cuatro años de edad, pues nació el 15 de marzo de 1919. Con ba-

se en los hechos anteriores demandó pensión de jubilación conforme al tiempo de servicio, la edad y el despido injusto.

La compañía demandada se opuso a las pretensiones anteriores, por cuanto el despido que efectuó del trabajador obedeció a justa causa y excepcionó inexistencia del derecho reclamado.

Tramitada la controversia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, absolvió a la parte demandada porque, si bien encontró probados el contrato de trabajo, el tiempo servido y la edad afirmados por el demandante, apreció que este fue despedido con justa causa, conforme a los documentos de los fls. 4 y 11 del expediente, sobre violación grave de obligaciones del trabajador y prohibiciones del mismo en el ejercicio de su cargo, y falta de causación, por lo tanto, del derecho pretendido.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá juzgó, en cambio, en el fallo de la fecha ya indicada, que el patrono no probó la justa causa para la terminación del contrato de trabajo, y estando demostrados los extremos sobre su existencia y duración superior a quince años revocó la sentencia de primer grado y, en su lugar, condenó al pago de una pensión restringida de jubilación de \$ 765.45 mensuales, a partir del 16 de marzo de 1969, fecha en la que Muñoz Rangel cumplirá 50 años de edad, conforme a la Ley 171 de 1961.

Contra la sentencia anterior se ha recibido en legal forma el recurso de casación sustentado por la Texas Petroleum Company, que, en dos cargos, procura su quebrantamiento total, para que se le imparta absolución por los cargos de la litis. Se les estudia en el orden en que han sido propuestos. No hubo escrito de oposición.

Primer cargo.

Acusa aplicación indebida del art. 80. de la Ley 171 de 1961, en relación con los arts. 60 y 62 del C. S. T. y 609 del C. J., a consecuencia de error evidente de hecho que aconteció por falta de apreciación de unas pruebas y mala apreciación de otra, todas las cuales singulariza el recurrente. Aquellas son la notificación de retiro al demandante Muñoz Rangel, que obra a fl. 4; la boleta de retiro del servicio, de fl. 5 y el documento de fl. 3; la última, el escrito de contestación de la demanda inicial, en su respuesta al hecho tercero, al fl. 12. El error se hace consistir en la prueba de la justa causa del despido, que el Tribunal no encontró, y la incidencia en que, por ella, no se causaba el derecho pretendido y no debía aplicarse el art. 80. de la Ley 171 de 1961.

En el desarrollo del cargo se alega que aquellas tres primeras probanzas establecen el hecho que el fallador desconoció, porque la nota de fl. 4 le comunicó al trabajador que su despido obedecía a "haber violado gravemente las obligaciones y prohibiciones en ejercicio de su cargo, al sustraer elementos de propiedad de la Compañía sin autorización o permiso de ésta, de acuerdo con el numeral 20. del art. 62 del C. S. T. y en armonía con el numeral 10. del lit. 1, del art. 59 del reglamento de trabajo de la empresa"; porque esta carta fue recibida por Muñoz "sin manifestación alguna, es decir tácitamente aceptó su contenido", porque en la boleta de retiro del fl. 5 el trabajador declaró a la Texas a paz y salvo por todo concepto; porque en el documento de fl. 3 aparece que en diligencia de entrega de un Jeep Land Rover, por la Compañía, al demandante, aquella retuvo cinco cajas hasta tanto se estableciera la razón por la cual se encontraban dentro de ellas elementos o partes de repuestos de automotores de propiedad de la Texas y tal diligencia fue firmada por Muñoz Rangel sin ninguna salvedad, "es decir, aceptó su contenido y obró en el proceso sin que se hubiera desconocido su autenticidad", adquiriendo así procesalmente la calidad de documento auténtico; porque esta acta contiene una confesión extrajudicial; y porque el razonamiento del Tribunal acerca de que al patrono le corresponde la carga de la prueba de la justicia del despido es contradictorio, "ya que al trabajador no le correspondió la carga de la prueba en el presente caso, ya que la compañía lo confeso, pero alegando la justa causa del despido".

Se considera:

El ataque se concreta a la justa causa del despido en el *sub lite*, que el Tribunal apreció no probada por la Compañía demandada, a

quien competía como patrono, y el recurrente afirma que sí lo fue con las piezas que destaca.

Para la Sala, por la nota de despido de fl. 4 la empresa ciertamente comunicó a su trabajador el motivo de tal hecho y éste aparece precisado en el incumplimiento grave de obligaciones y violación de prohibiciones especiales conforme a los textos que se citaron: pero dicha nota lo que prueba es la comunicación misma, esto es, el acto de manifestarle al trabajador el motivo para la terminación del contrato, mas en manera alguna, tal escrito prueba la verdad de lo manifestado, es decir, que fuesen ciertos los hechos que el patrono imputó a su trabajador. En otras palabras, el documento prueba la invocación de un motivo justo pero no la verdad y la justicia de los hechos a que se refiere. Y es que no pueden confundirse esos dos actos: al primero de los cuales obliga el artículo 66 C. S. T., pero con solo él, obviamente, no puede darse por establecida la verdad del hecho que se comunica, como determinante del otro.

La "boleta de retiro" de fl. 5 contiene la liquidación del trabajador, con los datos allí registrados y con declaración final de paz y salvo, en favor de la Texas, suscrita por el demandante. Mas de estas piezas, que tienen el valor que les ha reconocido la jurisprudencia, no puede deducirse liberación de obligaciones no especificadas en la misma, ni por ellas dejan de ser estimables otras pretensiones, que deberán juzgarse conforme a todas las pruebas que se aduzcan en el plenario.

Y finalmente, el documento de fl. 3, fechado el día anterior a la nota de despido, no registra confesión del hecho que se le imputó al trabajador; ni porque hubiese sido suscrito por él y obrado en juicio sin observación alguna por parte de Muñoz cabe deducir, necesariamente, lo que se pretende con él, ya que tal pieza no prueba la sustracción que se le imputó ni relaciona concretamente las cajas retenidas con los elementos a que alude la nota de despido.

Tampoco asiste razón al recurrente al estimar que el Tribunal se contradijo cuando apreció la contestación de la demanda. Pues el patrono confesó el hecho del despido agregando que éste obedeció a justa causa. Claramente le correspondía la prueba de ésta, y la alegación que pretenda cosa distinta es inestimable, como también lo es la que en tal punto afirme indivisibilidad de la confesión, porque se trata de dos hechos diferentes respecto de los cuales no puede confundirse el que comporta responsabilidad con el que sostiene exoneración de la misma.

El cargo no es fundado y no puede prosperar.

Segundo cargo:

Subsidiariamente y para el caso de que no prospere el cargo primero acusa la sentencia de ser violadora, por infracción directa, del art. 80. de la Ley 171 de 1961 en concordancia con el art. 22 del Decr. 2311 de 1962.

Para sustentarlo, y sobre la base de que Pablo Antonio Muñoz Rangel fue despedido sin justa causa, el recurrente alega que el Tribunal condenó sobre un hecho futuro e incierto pues la legislación puede variar el sujeto pasivo de la obligación jubilatoria o cambiar "la cuantía de las empresas obligadas al pago de la pensión de jubilación" o disminuir o aumentar la edad jubilable, por lo que no procedía una condena de futuro; punto éste que ha sido ya definido por la Corte, en sentido adverso, para la pensión ordinaria, que debe resolverse en la misma forma respecto de la jubilación restringida "ya que los presupuestos en ambos casos son los mismos agregados para el de pensión-sanción la injusticia en el despido, pero caracterizadas ambas por ser un derecho incierto, y ya está demostrado cómo este derecho puede variar v aún desaparecer en el transcurso del tiempo necesario para su exigibilidad.

Se considera:

Conforme al precepto que se afirma violado "si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido". Claramente se observa, acerca de esta prestación, que sus elementos configurantes, en

su ámbito propio, son el despido sin justa causa y el tiempo de servicios mayor de 15 años, para que se la disfrute a los 50 años de edad, si el trabajador no la hubiese cumplido. Entonces, en el caso precisado, que es el del sub lite, el ordenamiento legal de que principie a pagar la pensión en la oportunidad dicha, solo puede atenderse por el fallo de condena, disponiéndolo así, para ese evento futuro, y no para uno distinto. Como tampoco podría dejar de imponérsela. so pretexto de incertidumbre. Que ninguna puede caber en los términos de la vigencia de la ley ni resultar de modificaciones sin operancia sobre el derecho causado. Nada puede argüirse en contrario con base en la jurisprudencia de la Corte sobre la improcedencia de la condena de futuro en tratándose de pensión ordinaria de jubilación porque como tal la que se rechazó fue la pretensión a derecho no causado, por falta de sus elementos generadores, y la restringida en examen satisface va las condiciones de ley, reservándose tan solo su disfrute para la ocasión señalada por ella misma. En las condiciones expuestas ni se desatienden los supuestos de la voluntad del legislador ni al disponerse en la forma acusada se infringe la ley por concepto alguno.

No es fundado, en consecuencia, el ataque.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas porque no aparecen causadas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRIBUNALES O COMISIONES DE CONCILIACION Y ARBITRAJE

Según el art. 1o. del Decr. 2017 de 1952, "es de competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, le corresponda dirimir a tales entidades.

Despréndese de aquí, en primer término, que para la aplicación de esta norma, se requiere, tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte en otras ocasiones, "el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso ante la justicia del trabajo, havan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral". Y en segundo lugar, que si la competencia de estos Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, establecidos en los expresados actos y para la definición de las controversias allí indicadas, es privativa, no pudiendo asumirla los Jueces y los Tribunales del Trabajo, tiene indudablemente la calidad de improrrogable, conforme a lo consagrado por el art. 151 del C. J. y por ser tal, insubsanable la nulidad que determina su asunción por funcionarios diferentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 39).

Agotado el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia con que el Tribunal Superior de Barranquilla resolvió la segunda instancia del juicio ordinario laboral adelantado por Olimpo Drago García contra Transportes Fluviales Magdalena Ltda. (Transfluviales).

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del proceso se pidió se condenara a la Empresa "Transportes Fluviales Magdalena Limitada Transfluviales", representada por su gerente, a pagar al demandante Olimpo Drago García, los salarios correspondientes a los domingos y días feriados trabajados, "los cuales le fueron pagados en forma sencilla o sea con la remuneración ordinaria de un día v no con el salario doblado"; las sumas que se le adeudan "por haber trabajado como segundo piloto, sin ayudante, en los viajes Nos. 55 a 58, en el vapor Cumbal, de acuerdo con la cláusula o artículo décimo sexto de la convención colectiva del trabajo": el reajuste de cesantía; los "salarios caídos", y las costas del juicio, con fundamento en los siguientes hechos:

El demandante trabajó como segundo piloto

en el vapor Cumbal, de propiedad de la empresa demandada, sin avudante, en los viajes 55 a 58: Drago García es miembro de la "Sociedad de Pilotos Prácticos, Timoneles y Aprendices de los Ríos Navegables de Colombia", entidad que suscribió un convenio colectivo, que entró a regir el 18 de agosto de 1955, con las empresas de navegación fluvial, siendo la demandada una de las compañías firmantes, convención en cuya cláusula décima sexta se estableció cuando por cualquier causa falta a bordo uno de los tripulantes de casilla y no fuere posible reemplazarlo, "a quienes ejecuten el trabajo del ausente se le pagará el salario de éste sin ningún recargo, distribuyéndolo en proporción a lo devengado por cada uno de los que queden trabajando", el actor, como segundo piloto de primera categoría, devengaba un salario de catorce pesos (\$14.00) diarios, de acuerdo con la cláusula décima cuarta del citado convenio. "sueldo que fue aumentado por la empresa a todos los Pilotos"; y a Drago García no se le pagaron los salarios dobles sino sencillos cuando trabajó en domingos y festivos, dándole aplicación a la cláusula décima cuarta de la convención, que es violatoria del mínimo de derechos consagrados en el C. S. del T., pues-

to que le arrebata al trabajador el derecho a ser

remunerado en la foma expresada cuando labora en los mentados días de descanso obligatorio.

Se invocaron allí, además, en apoyo de estas pretensiones las normas pertinentes del C. S. del T. y se anotó, en lo que respecta a la competencia, que "No habiéndose instalado el Tribunal especial creado desde 1955 para resolver los conflictos, las cláusulas respectivas de la Convención no han tenido ninguna operancia, por lo cual compete a los jueces ordinarios resolver las controversias que se susciten, ya que el trabajador no puede quedar desamparado de la tutela jurídica del Estado".

En la contestación de la demanda, el apoderado que constituyó la empresa demandada no admitió sino el hecho de la existencia del Convenio Colectivo suscrito el 18 de agosto de 1955; alegó habérsele pagado al demandante "el salario compensado fijado en la Convención" y no adeudársele "salarios, prestaciones ni indemnizaciones de ninguna naturaleza"; y terminó oponiéndose a las peticiones del libelo y proponiendo la excepción de prescripción. Por lo demás, guardó silencio en relación con la anotación final de dicha demanda acerca de la competencia de los jueces ordinarios para definir el negocio promovido.

Concluído el debate, el señor Juez Segundo del Trabajo de Barranquilla, que fue el del conocimiento, resolvió la controversia, en sentencia de 27 de mayo de 1961, condenando a la empresa demandada a pagar al demandante la cantidad de siete mil novecientos sesenta y nueve pesos con once centavos (\$ 7.969.11), por concepto de dominicales y festivos, salario del ayudante y reajuste de cesantía; absolviéndola de los demás cargos de la demanda; y sin imponer la obligación de solucionar las costas del juicio.

En virtud de apelación interpuesta y concedida a la parte demandada contra esta providencia el Tribunal Superior de Barranquilla, por conducto de su Sala Laboral, decidió la alzada, una vez surtido el trámite legal, en fallo de 22 de agosto de 1961, reduciendo a doscientos treinta y seis pesos con cuarenta y dos centavos (\$236.42) la condenación por reajuste de cesantía; absolviendo por concepto de salario del ayudante; confirmando los restantes pronunciamientos de la sentencia de primer grado; y no condenando al pago de las costas de la segunda instancia.

Contra esta decisión interpuso el apodera-

do de la misma empresa demandada el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte y el cual se procede a decidir, agotada como está la tramitación correspondiente, teniendo en cuenta únicamente la demanda extraordinaria, pues no hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el recurrente con su impugnación "que se declare nulo el juicio, y en subsidio, que se case la sentencia de segunda instancia en cuanto condenó al pago de salarios por trabajo dominical y en días festivos y al reajuste de cesantía, que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto contiene condenaciones por los mismos conceptos, y que se absuelva a la parte demandada de todos los cargos de la demanda con que se inició el juicio".

LOS MOTIVOS DE CASACION ·

En orden a este fin, pide, como cuestión principal, con base en la causal especial de casación prevista en el art. 10. del Dcr. 2017 de 1952, se declare nulo todo el juicio y en subsidio, para el caso de que lo anterior no se disponga, formula dos cargos con invocación de la causal primera del art. 87 del C. P. T. Por lo tanto y en atención al aludido resultado que de la alegada nulidad procesal se deriva, se estudiará ante todo ese primer planteamiento, pues si se lo acepta no hay lugar, naturalmente, a considerar los cargos últimamente mencionados.

Se hace consistir esta nulidad en que los jueces ordinarios de trabajo que abocaron el conocimiento y decidieron este negocio, no eran competentes, pues estas facultades corresponden a la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla, de conformidad con la cláusula vigésima de la Convención Colectiva celebrada entre las empresas de navegación del referido río y la Sociedad de Pilotos Prácticos, Timoneles y Aprendices de los ríos Navegables de Colombia, cuya copia auténtica obra a fls. 40 a 47 del expediente; y con el invocado art. 10. del Dcr. 2017 de 1952, ya que "en el presente litigio se trata de la interpretación y aplicación de dicha Convención y especialmente del artículo decimocuarto de ella".

Para resolver, la Corte considera:

El art. 1o. del Dcr. 2017 de 1952 estatuye:

"Es de competencia privativa de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, le corresponda dirimir a tales entidades.

"No podrán, en consecuencia, conocer de tales asuntos los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción especial del Trabajo. Caso de estarlo haciendo, pasarán dichos negocios en el estado en que se encuentren al Tribunal o Comisión correspondiente.

"Parágrafo.- El conocimiento de tales asuntos por parte de la Jurisdicción especial del Trabajo es causal de nulidad alegable en cualquier estado del juicio o de casación si se trata de sentencias definitivas sea cual fuere la cuantía de las mismas".

Despréndese de aquí, en primer término, que para la aplicación de esta norma, al tenor de su primer inciso, se requiere, tal como lo ha dicho esta Sala de la Corte en otras ocasiones, "el lleno de estas condiciones: a) Que las partes, con anterioridad a la promoción del proceso ante la iusticia del trabajo, havan establecido un organismo arbitral encargado de dirimir sus controversias; y b) Que el establecimiento conste en convención colectiva, pacto o fallo arbitral". Y en segundo lugar, que si la competencia de estos Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraie, establecidos en los expresados actos y para la definición de las controversias allí indicadas, es privativa, no pudiendo asumirla los Jueces y los Tribunales del Trabajo, tiene indudablemente la calidad de improrrogable, conforme a lo consagrado por el art. 151 del C. J., y por ser tal, insubsanable la nulidad que determina su asunción por funcionarios diferentes (art. 448 ibídem), pues el caso a que se refiere el ord. 3o. del art. 449 de esta obra, "no puede comprender como lo enseña la jurisprudencia civil de la Corte (G. J., t. LV, pág. 385)— el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable se necesita disposición expresa (C. J., art. 151)", normas procedimentales invocadas aplicables a estos procesos en virtud de lo preceptuado por el art. 145 del C. P. del T.

Ahora bien: la situación de hecho confrontada aquí, es la siguiente:

- a) Al tenor de la copia auténtica expedida por la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo que se aparejó a los autos (fls. 40 y 47 del cdno. ppal.), las Empresas de Navegación del Río Magdalena, entre ellas la demandada, que la suscribe, celebraron en la ciudad de Barranquilla, el 11 de agosto de 1955, una Convención Colectiva de Trabajo con la "Sociedad de Pilotos Prácticos, Timoneles y Aprendices de los ríos navegables de Colombia".
- b) En esta Convención se acordó su vigencia por el término de dos años, prorrogable "automáticamente de seis en seis meses si las partes no la denuncian de acuerdo con los términos de la ley", y como fecha de iniciación, el 18 del citado mes de agosto de 1955.
- c) No hay constancia en autos de que a la fecha de iniciación de este proceso, se hubiese denunciado dicha Convención, ni ninguna de las partes alegó tal hecho; y antes, por lo contrario, la invocan en apoyo de sus respectivos planteamientos.
- d) En el inciso primero del artículo vigésimo de esta Convención se consagra que "cualquier diferencia que surja en la interpretación, aplicación o ejecución" de sus normas "y de los contratos de trabajo que se celebren bajo su vigencia, será sometida obligatoriamente a la decisión de la Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Barranquilla, en primera instancia, y a la Gran Comisión de Conciliación y Arbitraje del Río Magdalena, con sede en Bogotá, en segunda instancia, en un todo de acuerdo con el procedimiento y reglamentación que se establecerá en los artículos siguientes".
- e) El contrato de trabajo que ligó a los contendientes tuvo su desarrollo durante la vigencia de la Convención en cita, pues se inició con la prestación de servicios en el viaje número 55 del vapor Cumbal, de propiedad de la empresa demandada, cuya salida se efectuó el 13 de agosto de 1957, y terminó con el viaje número 58 de la misma nave, concluído el 25 de abril de 1960, según lo establecen las certificaciones de la Intendencia Fluvial de Barranquilla, traídas con la demanda (fls. 2 y 3 del cdno. ppal.) y la inspección ocular practicada en las oficinas de "Transportes Fluviales Magdalena Limitada" (fls. 52 y 53 ibídem).
- f) El demandante, según la comunicación que obra al fl. 26 del citado cdno. ppal., es miembro de la sociedad que suscribió con las empresas mencionadas la Convención Colectiva

de Trabajo de que se ha venido hablando, "desde el año de 1930 hasta la fecha".

Estos hechos ponen claramente de presente que la demanda del actor Drago García contra "Transportes Fluviales Magdalena Limitada" -Transfluviales-, no podía ser conocida ni decidida por la jurisdicción especial del trabajo. sino por la referida Comisión de Conciliación v Arbitraje del Río Magdalena, de acuerdo con el procedimiento señalado en la invocada Convención Colectiva de Trabajo, y que al haberse tramitado y definido el negocio en primera y en segunda instancia por el Juez Segundo del Trabajo de Barranquilla y por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, se afectó de nulidad lo actuado, nulidad que no puede considerarse saneada por el hecho de que los contendientes havan consentido el mentado comportamineto de estos funcionarios, dado el carácter de insubsanable de la misma, según ya se expresó; ni por la circunstancia, alegada en la demanda y no probada en autos, del no funcionamiento de la aludida Comisión de Conciliación y Arbitraie del Río Magdalena. Tal inactividad de dicho organismo en manera alguna confiere competencia a otros, a los cuales el legislador ha privado expresamente de ella, para conocer y decidir los a él atribuídos; y solo autoriza a los interesados para adelantar las gestiones pertinentes, ante quienes legalmente corresponde, para que la Comisión cumpla con las funciones que le han sido asignadas.

Prospera, por lo tanto, la acusación principal hecha por el recurrente, por lo cual no hay lugar a estudiar los cargos que subsidiariamente formula en su demanda extraordinaria, conclusión que conduce a la casación total del fallo impugnado y a que la Corte, en función de instancia, declare la invalidez del juicio, decisión esta para cuya fundamentación bastan las consideraciones precedentes.

Por lo tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA TOTAL-MENTE la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla y, obrando como Tribunal de instancia, DECLARA NULO el juicio a que ella se refiere, desde el auto admisorio de la demanda, por incompetencia de jurisdicción.

Con costas de casación y en ambas instancias, que pagarán, por partes iguales, el Juez Segundo del Trabajo de Barranquilla y los integrantes del Tribunal Superior de la misma ciudad, que incurrieron en la nulidad decretada.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Hernando Franco Idárraga, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

ERROR DE DERECHO

El error de derecho en la casación laboral no tiene el mismo alcance que en la de naturaleza civil.

En aquella, está reservado para las pruebas ad sustantiam actus, en los términos del art. 87 del C. P. del T., y, por consiguiente, no consiste en equivocadas apreciaciones jurídicas del fallador alrededor de la situación fáctica y de las probanzas confrontadas en los autos, sino en dar 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 debe admitirse su prueba por otro medio, como también en dejar de apreciar una prueba de esta entidad, siendo el caso de hacerlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 37).

Agotada la tramitación correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra el fallo con que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario de trabajo adelantado por el Dr. José Ignacio Montes Núñez contra "Bavaria S. A.".

ANTECEDENTES

En ejercicio del poder conferido por el Dr. José Ignacio Montes Núñez, el abogado José Domingo Vélez demandó a la empresa denominada "Bavaria S. A.", con domicilio principal en esta ciudad, representada por el señor Alberto Samper Gómez, en libelo que fue repartido al Juzgado Segundo del Trabajo de Bogotá, paraque previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo de mayor cuantía, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera.- Que la Empresa demandada resolvió unilateralmente el contrato individual de trabajo existente entre mi poderdante y dicha empresa, haciendo ésta uso de la cláusula de reserva:

"Segunda. Que al romper unilateralmente el contrato de trabajo haciendo uso de la cláusula de reserva violó la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la Empresa y el sindicato de trabajadores de ella, que lleva fecha 25 de noviembre de 1960, en la cual se pactó que quedaría sin valor la cláusula de reserva incluída en los contratos individuales de trabajo:

"Tercera.- Que la entidad demandada ha violado la Convención Colectiva de trabajo, de la fecha indicada, por cuanto no ha dado aplicación a la cláusula de la Estabilidad del Trabajo (52) por el tiempo de la Convención que finaliza el día 20 de noviembre de 1962;

"Cuarta. Que como consecuencia de la violación de la Convención Colectiva y del contrato individual de Trabajo al que se halla incorporada tal Convención, la Empresa demandada está obligada a indemnizar al demandante los perjuicios causados por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, consistentes en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que falta para el término de la Convención, o sea hasta el día 20 de noviembre de 1962:

"Quinta. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Empresa demandada debe pagar al demandante, tres días después de estar ejecutoriado el fallo, las siguientes cantidades o las que resulten de lo probado y establecido en el juicio:

"a) El valor de veintidós meses de salarios, veintitrés días, al promedio mensual de cuatro mil doscientos sesenta y cinco pesos con ochenta y tres centavos (\$ 4.265.83), menos el valor de cuarenta y cinco días pagados por preaviso;

"b) El valor de las vacaciones durante todo el tiempo que falta para terminar la Convención; plazo presuntivo:

- "c) El valor de la prima de transporte durante todo ese tiempo;
- "d) El valor correspondiente a la prima escolar;
- "e) El valor pertinente a la prima de colaboración:
- "f) El valor que resultare sobre primas de servicio, y
- "g) A pagar las costas y gastos que el juicio ocasionare.

SUBSIDIARIAMENTE SE PIDE

"Primera. Que como consecuencia de la violación de la Convención Colectiva y del contrato individual al que se halla incorporada tal Convención, la Empresa demandada está obligada a indemnizar al demandante los perjuicios causados por la ruptura unilateral e ilegal del contrato, consistente en los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplirse el

"Segunda.- Que como consecuencia de lo anterior, la Empresa demandada debe pagar al demandante, tres días después de estar ejecutoriado el fallo, las siguientes cantidades o las que resulten de lo probado y establecido en el juicio:

- "a) El valor de seis meses de salario al promedio mensual de cuatro mil doscientos sesenta y cinco pesos con ochenta y tres centavos (\$ 4.265.83), menos veintitrés días pagados en el mes de diciembre de 1960 y cuarenta y cinco días pagados como preaviso;
- "b) el valor de las vacaciones proporcionalmente al plazo presuntivo;
- "c) el valor de la prima de transporte durante el plazo presuntivo;
 - "d) el valor correspondiente a la prima escolar;
- "e) el valor pertinente a la prima de colaboración:
- "f) el valor que resultare sobre prima de servicio, y
- "g) a pagar las costas y gastos que el juicio ocasionare".

Se fundaron allí estas pretensiones en los siguientes hechos: en virtud de contrato individual, consignado por escrito el 10. de diciembre de

1947, renovado también por escrito el 10. de junio de 1951 v el 14 de abril de 1954, sin solución de continuidad v en forma indefinida, el actor le prestó sus servicios a la empresa demandada como médico y a partir del 14 de abril de 1954 como Superintendente de Sanidad, desde el día primeramente indicado hasta el 27 de diciembre de 1960, "fecha que fue indicada por la Empresa para dar por terminado unilateralmente el contrato individual de trabajo"; el 26 del mes y año últimamente citados, la empresa hizo una liquidación del valor de las prestaciones sociales del demandante, "en la que quedó establecido, como promedio mensual de salario para los efectos legales, la suma de cuatro mil doscientos sesenta y cinco pesos con ochenta y tres centavos (\$4.265.83)" y se reconoció, asimismo, como tiempo de servicio prestado, el de 13 años 26 días: el 25 de noviembre de 1960 se firmó entre la empresa y el Sindicato de Trabajadores de ella una Convención Colectiva de Trabajo, que "sustituve totalmente la Convención antérior". cuya vigencia se fijó hasta el 20 de noviembre de 1962 y en cuya clásula vigésima segunda se estipuló que desde su firma "todos los trabajadores que están actualmente al servicio de la empresa continuarán amparados por el contrato a término indefinido" y que la "cláusula de reserva que aparezca en los contratos ya suscritos quedará sin valor", no obstante lo cual el 23 de diciembre de 1960 la citada empresa haciendo uso de la dicha cláusula de reserva, dio por terminado unilateralmente el contrato existente entre ella y el demandante, a partir del 27 del mismo mes y año al "renunciar las partes a la cláusula de reserva en los contratos individuales a término indefinido, fue su intención de que los trabajadores quedarían estabilizados en su trabajo hasta el día 20 de noviembre de 1962, salvo que dieren lugar a las causales determinadas en el art. 61 del C. S. del T. en sus ordinalès b), c), d), e), f) y h) en los arts. 62 y 63 del mismo Código", ninguna de las cuales se invocaron en la carta de despido del doctor Montes Núñez, por lo cual hay "derecho al cobro de sus salarios hasta el día 20 de noviembre de 1962"; y con fecha 3 de enero de 1961, "ante la Inspección 13 Distrital de Bogotá, se suscribió una acta de entrega de las prestaciones sociales a favor del Dr. Montes Núñez, en la cual este se reservó el derecho de reclamar las indemnizaciones y prestaciones pendientes de pago que la ley le concede".

Se invocaron como disposiciones aplicables los arts. 48, 55, 64, 249 y ss. y 467 del C. S. del T.,

las cláusulas quincuagésima segunda, vigésima séptima, vigésima novena y trigésima de la Convención Colectiva de Trabajo de que se ha hablado, y los arts. 70, siguientes y pertinentes del C. P. del T.

En la contestación de la demanda, el apoderado de la empresa demandada se opuso a las peticiones allí hechas, porque su patrocinada "no debe al actor suma alguna por los conceptos indicados en esas peticiones, ni por ningún otro concepto", y propuso la excepción perentoria de "inexistencia de las obligaciones que se demandan". En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la celebración del contrato de trabajo y sus prórrogas en las fechas y formas aseveradas, la prestación de servicios del demandante primeramente como médico v últimamente como Superintendente de Sanidad, actividades que asegura realizó hasta el 26 de diciembre de 1960, la liquidación de prestaciones efectuada en esta última fecha y el reconocimiento en la misma del tiempo de servicio prestado, lo mismo que la entrega de su valor ante la Inspección 13 Distrital de Bogotá el 3 de enero de 1961; y negó los demás.

Concluído el debate, el Juez del conocimiento definió el negocio en sentencia de 13 de abril de 1961, así:

"Primero. Declárase que Bavaria S. A. terminó unilateralmente el contrato de trabajo existente entre la sociedad y el demandante Dr. José Ignacio Montes Núñez.

"Segundo.- Condénase a Bavaria S. A., legalmente representada por su gerente, a pagar al Dr. José Ignacio Montes Núñez, la cantidad de catorce mil novecientos treinta pesos con cuarenta y un centavos (\$ 14.930.41) m/cte. por concepto de lucro cesante.

"Tercero.- No acceder a las restantes declaraciones y condenaciones impetradas en el libelo de demanda.

"Cuarto. Declárase no probada la excepción perentoria propuesta en la contestación de la demanda.

"Quinto. Costas a cargo de la sociedad vencida en un veinticinco por ciento (25%)".

En virtud de apelación concedida a ambas partes contra esta decisión, se surtió la segunda instancia ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, corporación que oficiosamente decretó la práctica de varias pruebas, en atención principalmente a las alegaciones an-

te ella hechas por los apelantes, algunas de las cuales se practicaron, después de lo cual resolvió la alzada en fallo de 13 de septiembre de 1961, revocando el apelado, absolviendo a Bavaria S. A., de las súplicas principales y subsidiarias de la demanda, condenado al actor a pagar las costas de la primera instancia y no imponiendo las de la segunda.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte, dando así lugar a que se adelantara la tramitación correspondiente.

Cuando ya se había presentado la demanda extraordinaria, se recibió el oficio número 717 del Juez Tercero de Instrucción Criminal, de Bogotá, en el que participa, para que se tenga en cuenta "a fin de darle aplicación al art. 11 del C. P. P. "dentro de este juicio, que con fecha 25 de noviembre de 1961 inició ese despacho "una investigación de carácter penal por el presunto delito de falsedad, con base en la denuncia instaurada por el Dr. José Ignacio Montes Núñez en contra de empleados de la fábrica de Bavaria S. A. de esta ciudad, con motivo al ocultamiento de una autorización firmada por él en tiempo oportuno y en la cual facultaba a la Empresa aludida, para hacer el descuento de la mitad de la cuota sindical". Pero esta sugerencia puede atenderse, porque, la incidencia que determina la suspensión prevista en la norma de procedimiento penal invocada, que reclama resolución previa al fallo definitivo, no enoja dentro del trámite del recurso de casación, enderezado a darle curso de la acusación del recurrente y a la réplica del opositor y a oír sus alegaciones, si así lo solicitan, para poder llegar al fin fundamental que el legislador le ha señalado, de confrontación del fallo impugnado con la ley, para decidir si se a justa a esta o no y, como consecuencia, si se lo quebranta total o parcialmente, o si se le mantiene, labor en la cual no entran en juego para nada elementos de convicción distintos de los que obraban en autos cuando decidió el ad quem.

No media, por lo tanto, obstáculo para que se entre a decidir este recurso, como se hará en seguida, teniendo en cuenta la demanda del recurrente y la réplica del opositor.

EL ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente se case totalmente el fallo acusado, "revocándolo, y que se mantenga

en firme la sentencia del Juzgado 20. Laboral del Circuito (fls. 70 a 75) con las siguientes modificaciones: deberá revocarse el punto tercero y en su lugar hacer las condenaciones pedidas en la demanda; los puntos primero y cuarto deberán confirmarse; el segundo también, haciendo la corrección aritmética del caso, como se explicará adelante; y el quinto también, pero condenando a la empresa demandada al pago de todas las costas del juicio. Subsidiariamente se pide que se case la sentencia referida y se confirme el fallo de primera instancia de fecha 13 de abril de 1961 del Juzgado 20. Laboral del Circuito".

LOS CARGOS

En orden a este fin se formulan cuatro cargos con invocación de la causal primera del art. 87 del C. P. del T., así:

Primer cargo.- Se acusa en este el fallo de segundo grado "por error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas: Convención Colectiva de Trabajo (fls. 12 y ss), declaración de Lucila Barragán (fls. 102/3), "litis contestatio" (fls. 47 y 48), carta de despido (fls. 6 y 53), documento de fls. 98, que condujo a la violación de los arts. 48, 64, 65, 12, 14, 16, 21 y 467 del C. S. T., a la violación de la Convención Colectiva de Trabajo de fls. 12 y ss, a la violación del Dcr. 18 de 1958 en relación con ella, y a la violación de los arts. 27, 28, 30 y 70 del C. C.".

Para sustentarlo, el recurrente enfrenta, a doble columna, los pasajes del fallo impugnado en que se estudian las pruebas mencionadas y se sacan las conclusiones sobre que la referida decisión descansa, con los apartes que considera pertinentes de dichos elementos de convicción y lo que en su sentir de ellos se desprende, a la luz de las normas legales enunciadas y del alcance que a estas deben darles y que la jurisprudencia efectivamente les ha dado, para concluir que el ad quem las apreció erróneamente, contrariando estos ordenamientos y postulados jurídicos. Así efectivamente termina ese prolijo estudio:

"Para concluir, que sea cualquiera el punto de vista de donde se mire legalmente esta sentencia, es violatoria de la ley, en las disposiciones citadas, y de la Convención Colectiva de Trabajo del 25 de noviembre de 1960 en relación con ellas y en su texto mismo, por errada apreciación de las pruebas ya analizadas, habiendo incurrido el Tribunal que la profirió en el consiguiente

error de derecho. Porque la cláusula de reserva fue abolida de todos los contratos suscritos con anterioridad al 25 de noviembre de 1960 entre Bavaria S. A. y sus trabajadores, y porque aún si se quiere entender que para el caso especial y único del demandante Dr. Montes no fue abolida, la Empresa hizo mal uso de ella al invocarla como causal de despido sin haber hecho antes la previa cancelación de las deudas, prestaciones e indemnizaciones prescritas por la ley. Por lo tanto, la sentencia referida debe casarse, y se debe condenar a Bavaria S. A. a pagar las indemnizaciones resultantes de la reciliación unilateral (confesada) e ilegal (probada) del Contrato de Trabajo con el Dr. Ignacio Montes".

El opositor manifiesta, por su parte, que este cargo es inadmisible, por cuanto se lo formula y sustenta en una forma que no se compadece con la definición del error alegado que trae el art. 87 del C. P. del T.

Para resolver, la Corte considera:

El error de derecho en la casación laboral no tiene el mismo alcance que en la de naturaleza civil. En aquella está reservado para las pruebas ad sustantiam actus, en los términos del art. 87 del C. P. del T., y, por consiguiente, no consiste en equivocadas apreciaciones jurídicas del fallador alrededor de la situación fáctica y de las probanzas confrontadas en los autos, sino en dar por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no debe admitirse su prueba por otro medio, como también en dejar de apreciar una prueba de esta entidad, siendo el caso de hacerlo.

Ninguno de estos eventos se plantea por el recurrente en el presente cargo. Su dispendiosa alegación está enderezada a demostrar que el ad quem entendió o le dio un sentido que no tienen a las pruebas que señala y que de ellas dedujo conclusiones distintas de las que, conforme a su criterio, son las acertadas, erróneas interpretaciones estas que lo llevaron a decidir el negocio en la forma en que lo hizo y a violar consecuencialmente las normas legales y la Convención Colectiva de trabajo determinadas en su acusación.

Por lo tanto, no se admite este cargo.

Segundo cargo. En este se acusa la sentencia recurrida "por error de hecho en la falta de apreciación de determinadas pruebas (contrato de trabajo, fls. 9 y 56; posiciones, fls. 59 a 62), que

llevó a la infracción de las mismas disposiciones antes citadas (arts. 48, 64, 65, 12, 14, 16, 21 y 467 del C. S. del T.; Dcr. 18 de 1958, art. 20., arts. 27, 28, 30 y 70 del C. C.; y de la Convención Colectiva de Trabajo, ya mencionada, en relación con ellas)".

En la demostración se anota que la sola lectura de las pruebas que apreció el Tribunal en la sentencia impugnada evidencia que se pasaron por alto el contrato de trabajo que obra en autos, del cual se transcriben sus cláusulas octava, novena v décima, v las posiciones absueltas por el representante de la empresa demandada, cuvas preguntas y respuestas 1a., 2a. y 3a. asimismo se copian, en donde se confiesa que desde el 25 de noviembre de 1960 se extinguió la cláusula de reserva y desde esa fecha en adelante todos los contratos seguirían a término indefinido, naturalmente durante la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo de que se ha venido hablando, a pesar de lo cual reconoce al propio tiempo la empresa que el 26 de diciembre del citado año de 1960 rompió unilaralmente el referido contrato de trabajo que tenía con el doctor José Ignacio Montes, rompimiento que viene a resultar así "ilegal por no tener justificación alguna ante la ley y la Convención".

Por lo demás —se agrega— la empresa no hizo uso de la cláusula de reserva en la forma jurídicamente eficaz estatuída en el art. 48 del C. S. del T. y acordada en la cuarta estipulación del contrato de trabajo, que también se transcribe, por cuanto aquí el preaviso o el desahucio "fue de tres días, y no hubo previa cancelación de lo debido por Bavaria S. A. a su trabajador".

"Por lo tanto —se dice textualmente— se violó la ley, en sus disposiciones ya citadas, al romper unilateralmente dicho contrato de trabajo haciendo uso de la facultad de reserva, abolida por Convención anterior, y no haciendo uso de dicha cláusula en las condiciones previstas por el art. 48 del C. S. del T., sino arbitrariamente, caprichosamente, sin efectuar la previa cancelación de las deudas, prestaciones e indemnizaciones debidas".

Se observa luego que al aducirse en la sentencia acusada como una de las razones para no condenar à la empresa demandada al pago de la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, el hecho de concurrir las causas que eximen al patrono de la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del C. S. del T., se aplicó indebidamente es-

ta norma v se violaron asimismo los arts. 48 v 64 del mismo estatuto laboral, que dejaron de apli carse, a causa de la errónea interpretación de las pruebas estudiadas en el cargo precedente y de la falta de estimación de las estudiadas en este, pues para que "pueda romperse unilateral pero legalmente el contrato de trabajo invocando la cláusula de reserva, y el preaviso, se necesita la previa cancelación de lo debido. Si no hay previa cancelación, el rompimiento es no solo unilateral sino ilegal, y entonces, no puede invocarse en justicia y en derecho la ley (art. 65 para exonerar al patrono renuente en cumplirla. En el caso de autos, si Bavaria S. A. hubiera hecho la previa liquidación y el correspondiente cheque le hubiera sido entregado al Dr. Montes previamente a su desvinculación y este se hubiera negado a recibir, le cabría a Bavaria S. A., el derecho de pagar por consignación inmediatamente, cumpliendo así con el principio de aplicación inmediata que informa todo el C. S. T.. Pero ya se vio que cuando el 23, o con fecha 23 de diciembre se le escribe la carta en que se dice que en la Oficina Personal están a su disposición la liquidación y el pago de las prestaciones, se está mintiendo, porque la liquidación fue hecha no antes del 26, y el cheque se consignó el 28 sin que haya la menor constancia de que el 26 o el 27 el Dr. Montes se hubiera negado a recibir. Las fechas indican claramente que se violó la ley. Y si no se cumplieron las condiciones previstas en el art. 48 del C. S. del T., se violó también por ese aspecto esa prueba desatendida por el Tribunal que se ve a fls. 9, cuva cláusula 4a, se aplica en lo desfavorable al trabajador pero no en la favorable a este y desfavorable a la Empresa que lo incumplió y violó".

Finalmente, se dice: "Para concluir que debe casarse la sentencia referida por violación directa de la ley originada en error de hecho consistente en la falta de apreciación de las pruebas analizadas arriba y que incidió en el quebrantamiento de las normas enumeradas a comienzos de este segundo cargo, ya analizadas también en el capítulo anterior".

Para el opositor este cargo también es desestimable, por contrariar las normas de la técnica de casación, pues en él se dice al principio y en el último párrafo (fls. 14 y 16 v. del 20. cdno.) que se acusa la sentencia por "violación directa de la ley originada en error de hecho consistente en la falta de apreciación de las pruebas analizadas arriba", "siendo así que, como hasta la saciedad lo ha dicho la jurispru-

dencia de esta Sala de la Corte, dicha clase de violación no puede producirse a través de errores de hecho," sino por inaplicación de la ley, "sea porque la sentencia la desconoce o porque conociéndola la desecha, pero todo sin tener en cuenta en forma alguna el análisis de las pruebas".

Alega, además, que "no se precisan, como es debido, según el art. 87 del C. P. L. y la jurisprudencia de esa H. Sala, cuáles fueron los errores manifiestos de hecho en que pudo haber incurrido el fallador de segunda intancia en la sentencia acusada. Al respecto el casacionista expone conceptos confusos e inadmisibles, como el afirmar, especialmente en el último párrafo de este cargo, que se violó directamente la ley por error de hecho consistente en la falta de apreciación de las pruebas analizadas. La falta de apreciación o la equivocada apreciación de las pruebas puede conducir a un error de hecho, pero no es en sí ese mismo error, el cual es preciso delimitar y presentar muy nitidamente en casación, para poder obtener la prosperidad del respectivo cargo".

Para resolver, la Corte considera:

- 1. Al formularse este cargo se acusa la sentencia recurrida "por error de hecho en la falta de apreciación" de las pruebas que se individualizan, "que llevó -se agrega-a la infracción" de las normas que allí mismo, se indican, sin expresar si en forma directa o indirecta. Es al finalizar la demostración del error atribuído cuando se la califica de directa "originada en error de hecho consistente en la falta de apreciación de las pruebas analizadas arriba y que incidió en el quebrantamiento de las normas enumeradas a -comienzos de este segundo cargo". Por lo tanto, la observación inicial del opositor tan solo parcialmente se confronta, pero en forma que no conduce a la desestimación de la acusación del recurrente, pues la manera como se la formula y se la sustenta claramente indica que entiende infringidas las normas aludidas indirectamente, a causa de las equivocaciones que se esfuerzan en demostrar con su alegación y, por lo mismo, a su expresión final de "violación directa" no es dable atribuirle el alcance que le asigna dicho opositor, sino más bien parece un lapsus. Por ello, se procede a estudiarlo.
- 2. En el fallo acusado, después de darse por demostrado el contrato de trabajo que vinculó a las partes contendientes, la fecha de su iniciación, las condiciones en que se desarrolló, el despido del trabajador por la empresa deman-

dada invocando la cláusula de reserva estipulada en dicho pacto y la forma como se llevó a cabo el pago de las prestaciones sociales del actor terminado el referido contrato, se manifiesta que como las súplicas principales de la demanda con que se inició el juicio se basan en la Convención Colectiva de Trabajo a que aluden los hechos de la misma, hay que averiguar si las cláusulas de ese convenio se hacen extensivas al demandante, en atención a que de conformidad con el art. 20. del Dcr. 18 de 1958 esta clase de Convenciones solo se aplican a los afiliados del Sindicato contratante y excepcionalmente a los no sindicalizados cuanto estos pagan dentro de su vigencia "una suma igual a la mitad de la cuota ordinaria con que contribuyen los afiliados de la organización", cuota que el patrono "deberá retener del valor de los salarios de tales trabajadores para llegar en seguida a la conclusión negativa de este aspecto, con el siguiente razonamiento:

"Como lo anota el Juez a quo el demandante no demostró que cuando laboraba para la empresa demandada formara parte de la organización sindical de la misma o en su defecto que para beneficiarse de la convención colectiva hubiese autorizado el descuento de las cuotas sindicales. Y si bien es verdad que a fls, 102 a 103 aparece la declaración de Lucila Barragán, en la cual esta afirma que por prestar servicios a la entidad demandada, le consta que en el mes de diciembre de 1960 el señor Simón Delgadillo, Jefe de la Sección de Familiares, le llevó un formulario a la testigo para que lo llenara y al efecto ella puso el nombre del Dr. José Ignacio Montes además de la fecha y la autorización que este daba a la empresa para que se le descontaran tales cuotas, lo evidente es que dicho testimonio apenas constituye un débil indicio puesto que la declarante no especificó si en efecto el formulario fue firmado por Montes y enviado a la Empresa y al respectivo Sindicato. Así las cosas mal pueden prosperar las súplicas y declaraciones contenidas en los numerales 10. a 50. de la demanda. En consecuencia se confirma lo dispuesto por el a quo al estudiar estas peticio-

3. Como se observa, el Tribunal sí apreció el contrato de trabajo que vinculó a los contendientes, en cuya cláusula cuarta se estipuló, como lo dice el recurrente, que "por ser este contrato de duración indefinida, cualquiera de las dos partes contratantes pueden terminarlo unilateralmente en cualquier tiempo, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el art. 48 del C. S. T.".

No estimó, en cambio, las respuestas dadas por el representante de la empresa demandada a las preguntas 1a., 2a. y 3a., del pliego de posiciones que absolvió, que son del tenor siguiente: "1a. Diga cómo es verdad, si o no, que la Empresa Bavaria S. A. por medio de sus directores, rompió unilateralmente el contrato de trabajo que la Empresa había pactado con el Dr. José Ignacio Montes Núñez. Contestó: Si es cierto. Leída la aprobó y se le formula la 2a. ¿Cómo es verdad, si o no, que la ruptura unilateral del contrato se verificó por la Empresa Bavaria S. A. el día 26 de diciembre de 1960? Contestó: si es cierto. Leída la aprobó y se le formula la 3a. ¿Diga cómo es verdad, si o no, que habiéndose firmado con fecha 25 de diciembre de 1960 la Convención Colectiva suscrita entre las diversas organizaciones de la Empresa y la firma Bavaria S. A., se extinguió en dicho pacto la cláusula de reserva y todos los contratos de trabajo seguirían a término indefinido? Contestó: Si es cierto y aclaro: Ese es el sentido literal que expresa la Convención". Pero se comportó de esta manera porque, como acaba de verse, partió de la base de que la aludida Convención, en la que el absolvente reconoce se estipuló la extinción de la cláusula de reserva, no se aplica al demandante, por no haberse demostrado ninguno de los hechos que permiten extender a él sus previsiones, fundamentación que no se ataca en este cargo, por lo que se mantiene firme sustentando la conclusión sacada; conducta que se justifica, además, si se repara en que el absolvente niega, en las respuestas subsiguientes a las transcritas, que se hubiera violado la dicha Convención al despedirse al actor en uso de la referida cláusula de reserva y la estabilidad en el trabajo asimismo acordada en ese convenio colectivo.

4. En lo que respecta a las súplicas subsidiarias de la demanda inicial del juicio, el Tribunal no las consideró pertinentes, porque como las principales se basan en la violación de la Convención Colectiva de Trabajo de que se ha hablado, cuyas estipulaciones, como lo ha explicado, no cobijan al actor; porque el Juez al condenar al pago del "valor de los salarios que hicieron falta para vencerse el último término del contrato presuntivo de trabajo", lo hizo "con apoyo en hechos que no fueron debatidos en el juicio y en los cuales el demandante no fundó sus peticiones"; y porque la empresa demandada "hizo buen uso de la cláusula de reserva al dar por terminado el contrato de trabajo del demandante". Así razonó sobre este último aspecto, en el fallo impugnado:

"En efecto: en la nota por medio de la cual se prescinde de los servicios del demandante la empresa le comunica que el valor de las prestaciones sociales está a su disposición en la Oficina de Personal. El contrato de trabajo terminó el 26 de diciembre de 1960 y en esa misma fecha se procedió a liquidar las sumas adeudadas al actor, como lo indica la documental de fl. 7 que fue acompañada a la demanda por el propio demandante. Además según lo indica la certificación expedida por el Inspector Trece Distrital de Policía de Bogotá -fl. 98- el 28 de diciembre de 1960, Bavaria S. A., presentó el cheque No. A-653069 por la suma de \$18.183.80 a favor del demandante, por concepto de prestaciones sociales y preaviso de 45 días. Esto significa que, no hubo retardo, por parte de la entidad demandada para hacer el pago de lo adeudado, tanto más si se tiene en cuenta que en la nota de despido y en la liquidación de que ya se habló, se le decía al actor que podía pasar a retirar sus prestaciones sociales. Por último, el demandante confiesa en el hecho 12 de la demanda que el 3 de enero de 1961 se suscribió un acta de entrega de prestaciones sociales. En consecuencia, los argumentos dados por el Juez en orden a sustentar la condena de que trata el numeral 2. de la sentencia apelada quedan sin respaldo probatorio alguno y por tanto deberá revocarse esta última".

- 5. De los mentados fundamentos del ad quem para desestimar las peticiones subsidiarias de la demanda con que se inició el proceso, el recurrente no refuta en este cargo, como ya se había anotado, el relacionado con la inaplicación al caso de autos de la Convención Colectiva de Trabajo aquí cuestionada; como tampoco el segundo, sobre sustentación de la condena de priméra instancia en hechos no discutidos, ni alegados por el demandante en apoyo de sus pretensiones. Ha dejado, en consecuencia, incompleta la censura, por cuyo motivo no puede properar la acusación al quedar incólumes los referidos soportes de la decisión acusada.
- 6. Por lo demás, conforme a la parte transcrita del fallo de segundo grado, el Tribunal no está invocando expresamente las causas eximentes de la indemnización moratoria del art. 65 del C. S. T., como lo alega el recurrente, para deducir que la empresa demandada hizo buen uso de la cláusula de reserva pactada en el contrato de trabajo del actor. Lo que está diciendo es que la mentada empresa se atemperó a lo estipulado entre las partes y a lo consagrado por la ley, puesto que, al tenor de los elementos de convic-

ción allí analizados, dándose por extinguida la relación laboral el 26 de diciembre de 1960, ese mismo día se hizo la liquidación de lo adeudado al trabajador y su valor se puso a su disposición, citado valor que por lo demás, se consignó luego en un cheque, que con posteridad se entregó oficialmente al beneficiario.

No asevera el recurrente sea equivocada esta estimación del aludido acervo probatorio, porque el ad quem haya visto en él lo que no reza su propio contenido, que es en lo que puede consistir el error de hecho en la valoración de las pruebas alegables en casación como vehículo o causa de la infracción indirecta de la ley. Su alegación tiene orientación diferente: la de un indebido entendimiento de las regulaciones jurídicas sobre la operancia de la cláusula de reserva en los contratos de trabajo, por cuanto la situación de hecho demostrada no es integrante del supuesto de las mismas, que desplaza la cuestión de la vía escogida al formular el cargo estudiado, a otra distinta.

Por consiguiente, este no prospera.

Tercer cargo. - Aquí se acusa el fallo de "interpretación errónea... de los arts. 48, 64, 65, 12, 14, 16, 21 y 467 del C. S. del T.; arts. 27, 28, 30 y 70 del C. C.; Dcr. 18 de 1958, art. 20., en relación con la violación que también se hizo de la Convención Colectiva de Trabajo de fls. 12 y ss. de fecha 25 de noviembre de 1960".

Asevera el recurrente para sustentar esta acusación que con olvido de las reglas consagradas en los arts. 27, 28 y 30 del C. C., se interpretaron equivocadamente los siguientes preceptos del C. S. del T: el 48, modificado por el 10, del Dcr. 616 de 1954, porque se entendió "como previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar el depósito que con fecha 28 de diciembre de 1960 hizo Bavaria S. A. en una Inspección de Policía, de un cheque a favor del demandante Dr. Montes, siendo así que el contrato de trabajo, según lo confesado en posiciones, se rompió unilateralmente el 26 de diciembre de ese año": los arts. 64 y 65, porque no obstante referirse ellos a situaciones completamente diferentes, "se quiso deducir del art. 65 o darle a este un alcance que no tiene, alegando que la carta del 23, la liquidación del 26 y el cheque depositado el 28 de diciembre eximían a la empresa demandada de la "sanción moratoria", siendo así que lo debatido "en la litis no fue propiamente sobre la demora en el pago, como tal, sino la ausencia, irreparable, de la 'previa cancelación' necesaria

para poder invocar como justa la cláusula de reserva"; el art. 12, porque sí conforme a él garantiza el Estado Colombiano el derecho de asociación, no se podía absolver, como se hizo, a Bavaria S. A. que atentó contra el mismo al hacer mal uso de una cláusula de reserva cuva abolición se había estipulado un mes antes en la Convención Colectiva de Trabajo que había celebrado con sus organismos sindicales, "y que, al despedir al Dr. Montes Núñez, privó al Sindicato del aporte periódico mensual que este había autorizado descontar de su sueldo y entregar al Sindicato": el 14, porque si las prerrogativas que las disposiciones laborales conceden son irrenunciables, por ser de orden público esas previsiones legislativas, "no puede entenderse cómo puede pronunciarse una sentencia que absuelve a una Empresa que a la fuerza, por encima de una Convención Colectiva que la obliga, arrebata a los trabajadores una de las mayores conquistas logradas, como era la abolición de la cláusula de reserva, y resuelve abrogar la Convención para despedir a un trabajador como una irónica manera de desearle "felices pascuas y próspero año nuevo"; el 21, porque si en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, se desatendió aquí dicha enseñanza al no darle preferencia a la Convención Colectiva de Trabajo en comento, que es más favorable al demandante v posterior también al Dcr. 18 de 1958; y el 467, porque "si en la Convención de noviembre 25 de 1960 se pactó que regiría para para todos los trabajadores, y que, expresamente dicho, la cláusula de reserva que figurara en los contratos de trabajo va suscritos quedaría sin valor, no puede entenderse cómo se profiere una sentencia en la cual se echa mano de una disposición anterior en dos años a esa Convención y se desecha lo que está expresamente pactado como modificación al Dcr. de 1958". Y otro tanto ocurrió asimismo con el art. 20. del citado Dcr. 18 de 1958, porque si en la ameritada Convención Colectiva de Trabajo "se consignó como adehala a la cláusula 56a, algo relativo al cumplimiento por parte de la empresa, y como cosa obvia, del Dcr. 18 de 1958, es porque la obligación de la parte obligada, a ese respecto, era la de retener las deducciones autorizadas y entregarlas al Sindicato, pero en manera alguna puede interpretarse el Decreto en mención como válvula de escape para la Empresa en el sentido de que ella pudiera ocultar la autorización del Dr. Montes a que se refiere Lucila Barragán, o no atender inmediatamente una orden de deducción por cuota sindical. Y si la empresa cumplió, durante el primer mes, con retener una cuota como la pactada en la cláusula 56a., y si ese primer mes venció el 26 de diciembre de 1960 (art. 70 del C. C.), el Dr. Montes también quedó amparado por la Convención, bajo ese aspecto. Si la Empresa no le hizo el descuento correspondiente o no retuvo la cuota a que alude Lucila Barragán, o no pasó ese dinero al Sindicato, culpa es de la Empresa, que no puede alegarla en su favor de acuerdo con el viejo principio "nemo admititur propiam turpitudinem alegans".

Para el opositor este cargo tampoco puede prosperar, porque a más de que no se precisa en qué consistió la errónea interpretación de las normas legales que se enumeran, "se mezclan caóticamente cuestiones de hecho y consideraciones sobre apreciación de pruebas, e inclusive se inventan historias fantásticas"; se involucran cuestiones de hecho como la del depósito del valor de las prestaciones del actor, la declaración de la señorita Lucila Barragán, el descuento de la cuota sindical que dice haber autorizado el Dr. Montes, y se inventa la historia fantástica de que la empresa demandada retiró de su servicio al demandante por haberse sindicalizado y la otra no menos fantástica de que se le descontó la cuota a que se refière la cláusula 56 de la convención colectiva que obra en autos", hechos estos ninguno de los cuales fue cierto, ni menos pueden deducirse de las probanzas del proceso.

No obstante lo anterior se permite recordar. de un lado, lo que expuso en su alegato de la segunda instancia acerca de la cláusula de reserva y de la aplicación que de ella hizo la empresa demandada al despedir al actor; y aducir, de otro, este razonamiento adicional: "No importa que la carta de despido del actor esté fechada el 23 de diciembre de 1960 y que el mismo demandante la hubiera recibido el 26 del mismo mes, porque precisamente en este último día, y no antes, iba a producir sus efectos. En ese día 26 el actor tuvo a su disposición el valor de sus prestaciones sociales, que por no haber sido reclamadas ni ese día, ni en el siguiente, fueron consignadas el 28 de diciembre de 1960, en virtud de un acto de elemental prudencia legal por parte de la demandada".

Para resolver, la Corte considera:

Conforme a jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, la violación de la ley por interpretación errónea se presenta cuando, con independencia de toda cuestión de hecho, se le da a la norma una significación que pugna con su recto sentido; y ello, porque la labor interpretativa se realiza sobre la hipótesis legal, no sobre los supuestos de hecho que puedan considerarse incluídos en ella.

No encajan dentro de estos postulados los planteamientos hechos por el recurrente para demostrar este cargo, como pasa a verse.

Si la equivocada inteligencia del art. 48 del C. S. del T., modificado por el 10. del Dcr. 616 de 1954, se la hace consistir en que se entendió por el ad quem "como previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar", el depósito a que alude el recurrente, no le está dando el Tribunal a ese precepto una significación diferente a la que obviamente se desprende de su texto, sino teniendo ese hecho del depósito como demostrativo de la oportunidad del pago allí reclamado para la utilización eficaz de la cláusula de reserva, apreciación que si es errónea configura cargo distinto del que se ha formulado.

Como antes se vio, el fallador de segundo grado no ha alegado que "la carta del 23, la liquidación del 26 y el cheque depositado el 28 de diciembre eximían a la Empresa demandada de la sanción moratoria" del art. 65 del C. S. del T., como para que se diga por el impugnador que por ello se le dio a esta norma un alcance que no tiene. Y si se afirma que lo debatido en la litis no fue propiamente la demora en el pago, "como tal, sino la ausencia, irreparable, de la 'previa cancelación' necesaria para poder invocar como justa la cláusula de reserva", se plantea una cuestión fáctica, discrepando del ad quem, para quien tales hechos "no fueron debatidos en el juicio y en los cuales el demandante no fundó sus peticiones".

Al aseverarse que se interpretó erróneamente el art. 12 del C. S. del T., porque al absolverse a la empresa demandada se legitimó el atentado que había cometido contra el derecho de asociación al hacer mal uso de la cláusula de reserva cuya extinción se había pactado en la Convención Colectiva de Trabajo que un mes antes había celebrado con sus organismos sindicales y privar así al Sindicato de los aportes periódicos del actor, en realidad lo que se está haciendo es discrepando del Tribunal al rededor de los hechos que le sirvieron para deducir que Bavaria S. A. sí hizo buen uso de la mentada cláusula de reserva, que para el caso de autos

o se podía considerar abolida. Y esto mismo ay que decir en lo que respecta a las argumenciones presentadas para demostrar que han do equivocadamente interpretados los arts. 14, l y 467 del invocado estatuto laboral, desde ego que los edifica sobre la aplicación al so de autos de la referida Convención Colecva de Trabajo, contra lo deducido por el Tribual de que sus estipulaciones no se extienden al emandante. Convención en la que, por lo deás, no aparece, por lo menos claro, el propóto que el recurrente le atribuye a los contratas, de sustraer todos los contratos individuales e trabajo que la empresa había celebrado con is trabajadores, de las previsiones del Decreto 3 de 1958.

Del propio modo, los razonamientos que se haen para poner de presente la errónea interpreción del art. 2o. del citado Dcr. 18 de 1958, esen involucrados con cuestiones de hecho, que recurrente da por ciertos y que el Tribunal no la por demostrados.

Por consiguiente, no prospera este cargo.

Cuarto cargo. Se lo formula así: "Se acusa la entencia por errónea interpretación de la ley, ensistente esta en la aplicación de normas no ertinentes y en la falta de aplicación de las nortas que se imponen en derecho, por violación de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita e la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Bavaria S. A. y su Sindicato el 25 de notembre de 1960, y ésta en relación con las nortas sobre indemnización por ruptura unilatel e ilegal del contrato de trabajo, vacaciones, rima de transporte, prima escolar, prima de coboración y primas de servicio".

En seguida, después de observar que el art. del Dcr. 18 de 1958 es la única disposición led invocada en el fallo impugnado como aplicate al caso, se hace una exposición enderezada demostrar que este precepto legal no regula situación de hecho confrontada.

Al respecto trae a cuento, en primer lugar, una risprudencia laboral sobre los dos órdenes de áusulas de las Convenciones Colectivas de rabajo: las normativas y las obligacionales, paaplicarla a la Convención aquí cuestionada deducir que su cláusula 520., sobre estabilida en el trabajo de "todos los trabajadores que tán actualmente al servicio de la empresa" y nsiguiente abolición de la "cláusula de rerva que aparezca en los contratos ya suscris", es de carácter normativo, aplicable tanto os sindicalizados como a los no afiliados al Sin-

dicato contratante, pues no excluye a estos últimos.

Agrega en seguida que, en cambio, la cláusula 56a. de dicha Convención, en la cual la empresa se obliga al cumplimiento del Dcr. 18 de 1958, es obligacional, que la compromete únicamente a ella y no al Sindicato ni a los trabajadores, por lo que se la debe entender así y no de otra manera: "La Empresa se obliga a retener y descontar las cuotas sindicales que autoricen los trabajadores. Pero esto ni quita ni pone a la cláusula normativa sobre estabilidad en el trabajo y abolición de la cláusula de reserva, que rige para todos. Y siendo esta la obligación de la Empresa, el trabajador que deseara robustecer los fondos sindicales sólo tenía que hacer pasar a máquina su autorización o aviso respectivo".

Luego entra a analizar la declaración de Lucila Barragán para concluir que ella no constituye un débil indicio, como lo dice el Tribunal, sino necesario del hecho de haber dado el actor autorización para que se le retuviera la cuota sindical, por lo que "aún interpretando la adehala a la clásula 56a. como necesaria para que la estabilidad en el trabajo y la abolición de la cláusula de reserva rigieran para el Dr. Montes, es lo cierto que de todos modos estaba cobijado por lo pactado en la Convención y con sujeción al mencionado Dcr. 18 de 1958".

"Y esclarecido este punto —anota después—, que por errónea interpretación no solo de las pruebas én su apreciación sino de la ley en su texto y en su espíritu, es desconocido por el Tribunal.... es del caso recalcar que la vigencia de la Convención (fl. 41) expira el 20 de noviembre de 1962, y que por lo tanto procede declarar pertinentes las peticiones de la demanda en cuanto a la extensión o tiempo que debe tener en cuenta para formularlas, es decir, que las prestaciones e indemnizaciones rechazadas por el Tribunal deben ser declaradas y por todo el tiempo que faltaba entre la fecha del rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo y la fecha de expiración de la vigencia de la Convención por la cual estaba amparado el trabajador de Bavaria S. A., Dr. Montes Núñez".

Finalmente asevera que por lá errada aplicación que se ha dado al citado art. 20. del Dcr. 18 de 1958, se infringieron asimismo, al dejarlos de aplicar al caso de autos, estos otros: "12 (derecho de asociación), 14 (irrenunciabilidad), 16

(efectos), 18 (norma general de interpretación), 21 (normas más favorables), 48 (cláusula de reserva), 56 (ejecución de buena fe), 64 (condición resolutoria), 127 (salarios), 141 (salarios básicos para prestaciones), 186 y ss. (vacaciones), 249 y ss. (cesantía), 306 y ss. (primas de servicio), 467 y ss. (convenciones colectivas). Todo ello, como se explicó atrás, fue violado por no tener en cuenta o apreciar mal algunas pruebas, y por interpretar erróneamente también las disposiciones que en lo pertinente concuerdan con el C. S. del T., en cuanto a los principios y normas generales de interpretación de la ley y de las pruebas. Y como la Convención es ley entre las partes, y al negar su aplicabilidad al caso presente se violó la ley sustantiva, hay que convenir en que las prestaciones extralegales consagradas en la Convención y reclamadas en la demanda deben aplicarse también".

Considera el opositor que este cargo tampoco puede prosperar, por incurrirse en los mismos errores de técnica de los anteriores, ya que el recurrente "no puntualiza en forma alguna en qué consiste la errónea interpretación de la ley, ni indica cuáles normas legales han sido interpretadas erróneamente y por qué razón, limitándose a manifestar que la interpretación errónea consistió (primer párrafo, fl. 17 vuelto del 20. cdno.) en la aplicación de normas no pertinentes y en la aplicación de normas 'que se imponen en derecho', lo cual es inadmisible, por cuanto que la interpretación errónea en ningún caso puede consistir en tales eventualidades".

Por lo demás, en el cargo se involucran cuestiones probatorias y de hecho, relacionadas con la declaración de Lucila Barragán y con el descuento de la cuota sindical "que dice haber autorizado el demandante, sin que de ello exista prueba en los autos", observación a la que se agrega la de que finalmente el casacionista insiste "sobre errónea interpretación de las pruebas y falta de apreciación de las mismas, con desconocimiento de las reglas que gobiernan la técnica de casación".

Para resolver, la Corte considera:

Evidentemente, como lo observa el opositor, este cargo se lo formula y sustenta en una forma que no encaja dentro de los lineamientos antes señalados que estructuran la infracción de la ley por razón de su equivocado entendimiento. A más de incurrirse por el recurrente en el defecto técnico de hacer consistir la errónea interpretación de la ley "en la aplicación de normas no pertinentes y en la falta de aplicación de las normas que se imponen en derecho", al detenerse a demostrar que el mal interpretado de esa injurídica manera es el art. 20. del Dcr. 18 de 1958, aduce consideraciones encaminadas a patentizar no una destinada inteligencia del precepto por parte del fallador de segundo grado, sino un presunto desacierto de su parte en la valoración de los elementos probatorios que lo llevaron a darle aplicación y a resolver como lo hizo la controversia judicial.

Una rápida mirada sobre los términos que se dejaron expuestos de esta acusación, por sí sola revela la verdad de esta afirmación, y convence, además, de lo innecesario de mayores consideraciones para no darle paso a esta impugnación, por el error técnico anotado.

No prospera, por lo tanto, este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

REPOSICION DE LA PROVIDENCIA QUE DENEGO EL RECURSO DE CASACION

La "separación entre el valor de la cosa litigada, la cuantía de la acción y el quántum para recurrir en casación, no proviene de esta Sala de la Corte, sino que la hacen expresamente el Decr. 528 de 1964 y la ley 16 de 1968.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 27).

El señor apoderado de la parte demandada en este juicio ha pedido reposición de la providencia de fecha dos del presente mes de mayo, que denegó el recurso de casación interpuesto por ella contra la sentencia de segundo grado, por insuficiencia del interés requerido para ocurrir ante la Corte. Para sustentar la reposición aduce las siguientes razones:

- a) "Ni la ley ni la doctrina autorizan para hacer la curiosa separación entre el valor de la cosa litigada, la cuantía misma de la acción y el quántum para recurrir en casación".
- b) "Es contrario a la lógica más elemental tratar de dividir la sentencia de segundo grado para colocar a las partes frente cada una a una fracción grande o pequeña de la misma. Además se rompe el equilibrio procesal que es una manifestación concreta del derecho de defensa".
- c) "Donde la ley no distingue al intérprete le está prohibido hacer distinciones o combinaciones en detrimento de los derechos de las partes, y principalmente del de defensa que es una garantía constitucional no susceptibles de desconocimiento mediante juegos de conceptos o palabras"
- d) No está establecido en los autos que el demandante Luis Humberto Galindo hubiera cum-

plido setenta y un años el 16 de noviembre de 1966, pues "la copia de la partida eclesiástica que obra al folio 1 y se refiere al bautizo y al nacimiento del menor Luis Humberto Serrano, hijo legítimo de Pedro Elías Serrano y Elena Galindo, y en parte alguna del proceso se presentó prueba para aclarar y definir que Luis Humberto Serrano y Luis Humberto Galindo (el actor) son la misma persona".

Se considera:

La "separación entre el valor de la cosa litigada, la cuantía de la acción y el quamtum para recurrir en casación no proviene de esta Sala de la Corte, sino que la hacen expresamente el Decr. 528 de 1964 y la Ley 16 de 1968.

Del primero de los mencionados estatutos son las siguientes disposiciones:

"Art. 59. En materia laboral admiten el recurso de casación las sentencias pronunciadas en segunda instancia en juicios ordinarios por los tribunales superiores de distrito judicial, o en primera instancia por los jueces municipales en los casos del recurso per saltum, y en uno y otro evento siempre que la cuantía del interés para recurrir sea o exceda de \$30.000,00".

"Art. 51. Cuando sea dudosa la cuantía del interés para recurrir en casación, el tribunal, antes de resolver sobre la concesión del recurso, ordenará el correspondiente avalúo por un perito sorteado de una lista no menor de diez nombres que la Corte Suprema de Justicia enviará anualmente a cada tribunal".

Y la Ley 16 de 1968, que elevó el monto de la expresada cuantía, dispone por su parte respecto de ella y de la necesaria para instaurar la acción y determinar la competencia del juez:

"Art. 10. Los jueces del circuito en lo laboral conocen en única instancia de negocios cuya cuantía no pase de tres mil pesos, y en primera instancia de todos los demás".

"Art. 15. Las cuantías para recurrir en casa-

ción serán: (...) en lo laboral de \$50.000,00 (...)".

La simple lectura de estas normas, separadas e independientes, y que independiente y separadamente regulan la llamada cuantía de la acción y el interés para recurrir como figuras jurídicas autónomas, viene a demostrar que no es el monto de la acción el que se exige para interponer el recurso sino un interés jurídico distinto, puesto que la lev llega aún a suponer que admitida la demanda y tramitado el juicio por haberse alegado cierto interés para incoarlo, este se ha hecho dudoso para efectos del recurso al punto de hacerse necesaria una peritación para establecerlo con el fin últimamente indicado. La restricción que el recurrente entiende no autorizada por la ley ni la doctrina, se funda, pues, en textos legales que la disponen, y no a tontas y a locas, sino inspirados en principios que en el derecho moderno revalúan obsoleto concepto privatístico de acción, para distinguir el que de esta se tiene en derecho civil del que le corresponde en derecho procesal, y escindir de este último los de pretensión e interés en obrar, según autorizados procesalistas modernos (Chiovenda, Carnelutti, Wach, Rosemberg, Guasp, De la Plaza, Fairén Guillén, Couture, etc.) El diferente contenido jurídico de tales conceptos —que se puso de presente en la providencia cuya reposición se solicita— inhibe al fallador para confundirlos o refundirlos, pues que la ley los acoge en su sentido propio, en su peculiar individualidad dentro del cuadro de los fenómenos procesales, y porque así como al intérprete le está prohibido distinguir donde no lo hace la ley, también le está vedado refundir o confundir lo que la ley de modo explícito separa o diferencia, como es el caso del interés en obrar, al que a la altura a que han llegado los estudios de derecho procesal no es dable identificar ni con el valor de la litis ni con el ya erosionado concepto de acción. Como tampoco es aceptable confundir, como el recurrente lo hace, la sentencia en su unidad con el interés para obrar en los distintos estadios o fases del juicio.

En lo que concierne a la prueba de la edad del demandante, en el proceso no figura ninguna distinta de la partida eclesiástica de nacimiento de Luis Humberto Serrano, que es la que el Tribunal acoge porque la encontró corroborada con otros hechos circunstanciales establecidos en los autos: de suerte que si se hace caso omiso de esa partida no habría en el juicio prueba alguna con la cual establecer el posible monto de la condena, o sea del interés para recurrir la empresa demandada, ya que no se acudió a la peritación que dispone el art. 51 del Decr. 528 de 1964, con que se llegaría al mismo resultado de no admitir el recurso de la mencionada empresa por no estar acreditada la cuantía necesaria para interponerlo.

En consecuencia, no se repone la providencia dictada por esta Sala el dos del presente mes de mayo.

Notifiquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

ACUERDO ENTRE LAS PARTES, PARA PAGO GRADUAL DE PRESTACIONES SOCIALES

Es claro que en el presente asunto no cabe hablar de transacción por cuanto ningún contrato celebraron las partes para terminar un litigio pendiente ni para precaver uno eventual. En cambio, los hechos que el recurrente muestra como indicios, con señalamiento además de las piezas que los establecen, exhiben que entre la demandada y el demandante hubo, al finalizar el contrato, un convenio por cuya virtud las prestaciones se pagarían por cuotas periódicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Acta No. 39).

Bernardo Robledo Isaza demandó, por medio de apoderado, a Plaza & Janes S. A. Editores Colombia, ambos de las generalidades que registran los autos, para que, por los trámites de ley, se la condenara a pagarle cesantía, primas de servicio, indemnizaciones por despido y moratoria, derechos causados por el contrato de trabajo que los vinculó desde el 10. de julio de 1961 hasta el 30 de septiembre de 1962, con sueldo básico de \$3.000.00 mensuales y comisiones sobre ventas que ascendieron durante todo el tiempo laborado a \$13.997.62. El contrato terminó por despido unilateral y sin justa causa. Pidió, también, las costas del juicio.

Se opuso la sociedad demandada a las pretensiones anteriores, de cuyos fundamentos de hecho sólo aceptó los relativos a la existencia del contrato, su duración, la condición de Gerente del actor durante aquel desempeño y el sueldo básico y relatando, con los detalles que aparecen a folios 24 y 25 del expediente, que aquella vinculación, concertada con Robledo como dueño-accionista, hasta que la Asamblea General hiciera el nombramiento respectivo, terminó por este hecho y por el de la designación del mismo demandante como Revisor Fiscal de la sociedad, con una compensación además, por parte de la sociedad, de \$6.066,15 y la cancelación de los derechos laborales causados.

Tramitada la controversia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 12 de julio de 1965, por el que condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante Robledo las sumas de \$6.235.17 por concepto de lucro cesante, \$1.714.30 por primas de servicios y \$33.213.95 por indemnización moratoria. Absolvió de los otros extremos de la litis e impuso las costas de la instancia a la demandada, en un 50%.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al decidir la apelación que promovió la demandada, reformó la sentencia del inferior en el sentido de revocar la condena por prima de servicios, confirmándola en todo lo demás, sin costas en la alzada.

Contra la sentencia anterior interpuso el recurso de casación el apoderado de Plaza & Janes S. A. Editores Colombia, que habiéndose recibido en legal forma va a resolverse mediante el estudio de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

El libelo extraordinario persigue mediante la infirmación del fallo del ad quem "que se absuelva a la sociedad demandada-recurrente de la condenación a pagar cantidad alguna al demandante, por concepto de lucro cesante" y "que se reforme y reduzca la condena a pagarle · una indemnización moratoria, ajustándola al tiempo en cual (sic) quedaron canceladas sus prestaciones sociales y comisiones, aplicando a tal cancelación cronológica y sucesivamente las cuotas recibidas a que corresponden los recibos de los fls. 8 a 22 del cdno. principal", conforme a la siguiente explicación: "La condena en cuantía de \$33.213.95 se funda en la consideración de que hasta el día 3 de junio de 1963 se acabó de pagar al señor Robledo Isaza, el valor de sus comisiones y prestaciones sociales; pero está establecido que para esa fecha se le

acabó de pagar una cuenta global de \$ 29.514:84 que incluía solo la cantidad de \$9.588.69 correspondiente a tales comisiones y prestaciones y que el resto, la cantidad de \$19.926.15 correspondía a otros conceptos, totalmente desvinculados del contrato de trabajo: de manera que la condena moratoria no podría pasar del lapso durante el cual se cancelaron las primas v prestaciones sociales, que sumaban \$9.588.69 y que, a razón de \$1.750.00 por quincena cubrirían un plazo máximo de tres meses, es decir, desde octubre 16 hasta enero 15". Además, "que se absuelva a la parte recurrente de las costas de la primera instancia". Al efecto formula dos cargos que se estudian en su orden.

Primer cargo

Acusa infracción directa e interpretación errónea, "consistente en dejar de aplicarlos siendo necesariamente aplicables", los arts. 61, ord. a), del C. S. T. y 1.551 del C. C. y aplicación indebida de los arts. 45 y 47 del estatuto laboral mencionado.

Para sustentarlo manifiesta el recurrente que las violaciones que acusa se concretan en que el Tribunal calificó el contrato de trabajo que existió entre los litigantes como de término indefinido, prorrogable sucesivamente de seis en seis meses; que afirmó que la sociedad lo terminó unilateralmente cuando aún faltaban tres meses para el vencimiento de su período presuntivo y, en consecuencia, condenó al lucro cesante correspondiente a ese lapso, y que esta situación es absolutamente contraria a la realidad jurídica, ya que el mencionado contrato fue celebrado a plazo, a un plazo tácito y terminó por expiración de ese plazo.

En seguida alega que en el proceso se estableció, y los falladores de las dos instancias así lo aceptaron, que el contrato se pactó y terminó en las condiciones de la escritura de constitución de la sociedad demandada, distinguida con el número 2.350 de 7 de junio de 1961 de la Notaría Séptima de Bogotá, que ha obrado a los fls. 67 a 69 del expediente, por cuyo art. 62 del capítulo 11 los nombramientos de gerentes, y entre ellos el del segundo suplente Bernardo Robledo Isaza, se hicieron mientras la Asamblea General de Accionistas no procediera a realizar las elecciones respectivas; que esta decisión no es simplemente estatutaria sino que constituve acto dispositivo o ejecutivo o de administración y no es ajena al contrato con Robledo Isaza, puesto que se la tomó expresa v específicamente para establecer la relación laboral con este señor, iniciarla v fijarle su carácter; que tampoco quedó sujeta a ningún otro convenio pues Robledo firmó la escritura que la contiene, con lo que la consintió expresamente en todas sus condiciones; que no cabe aplicarle a esta norma o convenio la distinción que trae el fallo del ad quem entre el cumplimiento de los estatutos y los derechos que se derivan de una relación de trabajo, va que en este caso particular las dos cosas se confunden en una; que, en consecuencia, el contrato de la litis se celebró hasta la ocurrencia de un hecho futuro pero cierto es decir. con un plazo tácito, consistente en las elecciones que debía realizar la Asamblea General de Accionistas y de acuerdo con las definiciones legales al respecto; que según el acta número 4 de la Asamblea General de Accionistas, a los fls. 146 y 147 el 26 de septiembre de 1962 ese organismo realizó las elecciones estatutarias v no reeligió al señor Robledo para el cargo de gerente, sino que lo eligió para el de revisor fiscal y, por lo tanto, venció el plazo tácito fijado al contrato de trabajo, expirando éste según el art. 61 ord. a) del C. S. T. Por todas esas razones el recurrente concluye que el Tribunal debió aplicar, y no lo hizo, el texto 61 citado y no ha debido aplicar los arts. 45 y 47 del mismo, con lo cual incurrió en las infracciones indicadas.

El opositor formula varias críticas de carácter técnico al ataque que acaba de sintetizarse, y acerca de su cuestión de fondo sostiene que la forma del plazo tácito no está contemplada por la ley ni por la jurisprudencia; que Robledo tampoco podía considerarse como un trabajador ocasional o transitorio y que al juzgar el ad quem conforme a las pruebas no incurrió en violación ninguna de la ley.

Se considera

El cargo es inestimable, por los defectos técnicos que contiene, ya que sostiene violación por infracción directa y por interpretación errónea de los textos que cita en primer término, confundiendo dos conceptos que solo pueden darse por sus motivos propios, sin que la Sala pueda escoger el que estime viable; porque, además, agrega aplicación indebida de otros dos preceptos, por vía que hay que suponer directa en razón de los dos conceptos anteriores, pero que resulta inconciliable con la alegación

de desarrollo, que afirma una apreciación de hecho sobre la duración del contrato sub lite (plazo tácito) diferente de la presuntiva juzgada por el ad quem. Y tal enfrentamiento fáctico, que el acusador respalda en las probanzas que analiza, no puede considerarse por aquella vía de la aplicación indebida directa, ni con las señaladas también de infracción directa e interpretación errónea. Además, el cargo impugna la decisión sobre lucro cesante y no muestra como violada la norma que consagra el derecho reconocido por el fallador, a pesar de que este la citó en forma expresa, omisión que no puede suplirse por la Corte ni excusarse en el proceso de confrontación legal en que consiste el recurso extraordinario.

Por todo lo anterior el ataque debe rechazarse.

Segundo cargo

Acusa violación indirecta, por error de hecho, de los arts. 15 y 65, numeral 10. del C. S. T.

El recurrente manifiesta que, para el Tribunal, la sociedad no pagó las prestaciones del trabajador en el momento de la terminación del contrato, hecho unilateral del patrono que le acarrea todas las responsabilidades consiguientes, cuando en realidad la forma de pago de esas prestaciones, en cuotas sucesivas, se determinó mediante un acuerdo con Robledo Isaza, acuerdo que constituye una verdadera transacción, autorizada por el art. 15 del C. S. T. y que, por otra parte, el ad quem apreció que el retardo en cancelar las deudas laborales comprendió el tiempo corrido entre el 30 de septiembre de 1962, fecha de la terminación del contrato, y el día en que fue pagada la última cuota de la cuenta total, 3 de junio de 1963, cuando las prestaciones quedaron pagadas completamente, a más tardar el 15 de enero de 1963 o, en apreciación más exacta y equitativa, el 20 de diciembre de 1962, es decir, que la sanción moratoria máxima sería de tres meses o noventa días v no de ocho meses v cinco días como lo juzgó la sentencia acusada.

El acusador señala como pruebas dejadas de apreciar, respecto de la transacción, los indicios relativos a que a la terminación del contrato el trabajador obtuvo beneficios extraordinarios por cantidad de \$14.426.15, consistentes en un reconocimiento gratuito de \$6.063.15 y el pago de unas acciones que le habían sido obsequiadas por valor de \$8.360.00

y a que aceptó otro cargo en la misma empresa en el momento mismo en que terminaba su desempeño anterior, se causaban y liquidaban sus prestaciones sociales y se convenía su forma de pago; y respecto del "exceso en la sanción", la "cuenta global e indistinta" por \$29.514.84 que incluía créditos a favor de Robledo, independientes del contrato de trabajo, por \$19.926.15, y por prestaciones y comisiones por solo \$9.588.69, en relación con los pagos en cuotas quincenales de \$1.750.00 que debían imputarse ante todo al pago de tales prestaciones, porque ellas tienen carácter privilegiado, "con lo cual resultan canceladas con el recibo del 17 de diciembre o, al máximum con el de 15 de enero (fls. 12 y 13)". Por todo lo cual concluye que es absurdo que a un deudor que demore el pago de unas acciones o la devolución de un préstamo recibido, se le sancione con la obligación de pagar salarios caídos.

El opositor también encuentra defectos técnicos en este ataque, sostiene que no hay pruebas sobre la transacción y estima confuso lo alegado sobre compensación o abonos a un préstamo.

Se considera

Según el alcance que el acusador fijó al recurso, como fue transcrito en su lugar debido y como lo expresa, además, la sustentación del cargo, éste persigue que se reduzca la condena por indemnización moratoria. En tal entendimiento, que la Sala no puede rebasar, lo que se encuentre fundado en él no llevaría al quebrantamiento del fallo para eximir de la sanción sino, en su caso, a limitarla conforme al petitum de la demanda extraordinaria.

Es claro que en el presente asunto no cabe hablar de transacción por cuanto ningún contrato cèlebraron las partes para terminar un litigio pendiente ni para precaver uno eventual y son impertinentes las opiniones del impugnador acerca del art. 15 del C. S. T. En cambio, los hechos que el recurrente muestra como indicios, con señalamiento además de las piezas que los establecen, exhiben que entre la demandada y el demandante Robledo hubo, al finalizar el contrato por el que se acogieron las súplicas sobre lucro y mora en el pago completo de prestaciones, un convenio por cuya virtud éstas se pagarían en cuotas periódicas que atenderían también otros conceptos debidos por la sociedad. Tal concierto, en la oportunidad indicada, está previsto por el art. 65

C. S. T., que el cargo destaca como violado y autorizaba al patrono para retener valores insolutos de los derechos del trabajador, en la forma parcial que fijaron las voluntades de ambos y para que fueran cancelados gradualmente, autorización que es distinta a la reglada por el art. 59 del mismo estatuto laboral y que eximía de la indemnización moratoria. El asunto no es, pues, de desconocimiento de un contrato de transacción, como se le propone por el acusador: ni de autorización escrita para retener, como lo juzgó el ad quem, sino de voluntad de las partes al concluir el contrato de la litis, conforme al numeral 1 del art. 65 C. S. T. que el cargo presenta como violado. Ha de prosperar, por lo tanto, por cuanto el fallador aplicó la sanción indebidamente, como consecuencia de error de hecho proveniente de no haber apreciado las pruebas plurales, singularizadas por el acusador, que establecieron el convenio para pagar las prestaciones debidas en la forma gradual que registran los autos. Sin embargo, tal prosperidad del ataque habrá de limitarse a lo pedido en el recurso, por las razones que ya se expusieron. Debiéndose agregar que la reducción no obedece a la alegación final del recurrente, sobre aplicación de las cuotas de pago quincenal en primer término a las prestaciones, por el carácter privilegiado de éstas, ya que esta modalidad del convenio no aparece probada y el propio recurrente admite que no la hubo. y el tal carácter privilegiado no tiene el alcance que se le predica ni cabía suponerlo cuando los recibos correspondientes contienen satisfacción gradual de los distintos conceptos debidos y, con ello, cancelación total de las prestaciones en la fecha del último de dichos documentos. Mas aunque el cargo no es fundado en este aspecto, sus primeras razones evidencian la violación del art. 65 C. S. T., en la forma expuesta. En la decisión de instancia subsiguiente la Sala reducirá la condena indemnizatoria a la suma de \$12.301.32, correspondiente a los tres meses del petitum en el recurso extraordinario, sobre la base, no discutida, de un sueldo de \$4.100.44 mensuales.

Finalmente, por la prosperidad de este cargo no habrá costas en casación; mas nada habrá de disponerse sobre las de segunda instancia, porque no se le impusieron a la sociedad demandada, y tampoco procede modificar las del primer grado, ya que el 50% que se ordenó corresponde a las resultas del pleito.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia v por autoridad de la Lev. CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso, en cuanto por su ordenamiento segundo confirmó la condena del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por indemnización moratoria, en suma de treinta y tres mil doscientos trece pesos con noventa y cinco centavos (\$ 33.213.95) y en su lugar, con reforma de la de primer grado sobre este extremo de la litis, reduce la dicha condenación a la cantidad de doce mil trescientos un pesos con treinta y dos centavos (\$ 12.301.32). No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso ni en la segunda instancia.

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

Juan Benavides Patrón, Hernando Franco Idárraga, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

El reconocimiento de la firma y las explicaciones sobre el contenido del escrito forman una sola confesión que debe valorarse por el juzgador en forma indivisible.

Ahora bien: Al presentar la demanda, el actor pidió que el señor César Marcucci fuera llamado a reconocer la firma y el contenido del documento que se ha mencionado y en la diligencia de absolución de posiciones se cumplió aquella formalidad. El señor Marcucci reconoció haber autorizado con su firma el documento, pero respecto de su contenido rindió las explicaciones o descargos que se han visto. No podía, pues, el juzgador desligar los dos elementos, como si se tratara de distintos medios de prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 39).

El señor Eduardo Coronado demandó por conducto de apoderado a César R. Marcucci V., propietario del Taller Fargo de la ciudad de Santa Marta, con la finalidad de obtener el pago de lucro cesante, cesantía, vacaciones, prima de servicios, subsidio familiar, salarios caídos o indemnización moratoria, perjuicios morales y materiales, intereses legales de las sumas debidas y costas del juicio.

Afirmó el demandante en apoyo de sus peticiones que celebró con el señor Marcucci V. un contrato verbal de trabajo para prestar en el taller Fargo los servicios de latonero; que prestó tales servicios desde el 26 de noviembre de 1958 hasta el 26 de enero de 1960, fecha ésta en que fue despedido injustamente; que devengó un sueldo promedio de mil pesos mensuales; y que no se le ha pagado lo que tiene derecho a recibir por los conceptos anotados.

César Marcucci V. contestó oponiéndose a

las peticiones de la demanda. Negó los hechos alegando que no celebró con el demandante ningún contrato de trabajo. A este respecto explicó: "Los trabajos que realizaba allá eran buscados por él y contratados por él. Los realizaba en mi taller pagando un precio por el uso del equipo de herramientas del taller. Trabajaba ocasionalmente cuando quería y además trabajaba simultáneamente en las mismas condiciones con otros talleres". Propuso excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, carencia de acción, ilegitimidad adjetiva y sustantiva de personería de la parte demandada, e inepta demanda.

El Juzgado del Trabajo de Santa Marta, en sentencia pronunciada el 22 de noviembre de 1961, condenó al demandado a pagar a Eduardo Coronado \$ 161.00 por concepto de cesantía; \$ 69.00 por vacaciones causadas y no disfrutadas; \$ 138.00 por primas de servicios; y \$ 4.60 diarios a título de indemnización moratoria, desde el 26 de enero de 1960 hasta el día en que se verifique el pago de prestaciones. Lo absolvió de las Aemás peticiones de la demanda, declaró no probadas las excepciones que propuso, y le impuso la obligación de cubrir las costas del juicio.

Apelada la sentencia de primera instancia por el apoderado de la parte demandada, el Tribunal Superior de Santa Marta, en fallo proferido el 7 de mayo de 1962, revocó lo resuelto por el inferior y absolvió al apelante de todos los cargos. Contra este fallo de segunda instancia interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado del demandante. Concedido éste, admitido y sustentado en legal forma, pasa la Corte a resolverlo, con base en la demanda presentada y en el alegato de oposición que presentó la parte demandada.

LA IMPUGNACION

Al fijar el alcance de la impugnación manifiesta el recurrente aspirar a que la Corte case la sentencia objeto del recurso y confirme la proferida en primera instancia, por cuanto ésta "se ajusta a derecho en todos sus aspectos". Y concreta su acusación así:

"Cargo único.- Primera causal del art. 87 del C. P. T., por violación indirecta o de medio en que incurrió el H. Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil y Laboral de Decisión, causada en el error evidente de hecho al haber interpretado erróneamente el certificado de los folios dos y veintisiete (27) y el cuadro de posiciones absuelto por el actor (fls. 19 a 23); violación ésta de hecho que aparece a primera vista y que implica la infracción de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral: arts. 1o., 20., 30., 50., 60., 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 43, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 46, 47, 49, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 69, 90, 127, 132, 133, 134, 138, 140, 144, 148, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 249, 250, y s/s. 306, 307, 308, 344, del C. S. T. Decr. No. 249 de 1957, Decr. No. 1.521, de 1957, Decr. No. 0118 de 1957, Decr. No. 2.214 de 1956, y Decr. No. 1.090 de 1960".

Para demostrar el cargo expone el recurrente:

"Dentro del juicio está demostrado el servicio personal del actor al demandado por medio del certificado de los fls. dos (2) y veintisiete (27), el cual aparece suscrito por el demandado y el cual, además, nunca, dentro del proceso fue redarguido de falso prueba ficta. Esto es indiscutible e inmodificable dentro del juicio y especialmente dentro del tema probatorio del mismo. Esta prueba, además, fue producida por el mismo demandado personalmente: es plena prueba, ni más ni menos. Querer desvirtuarla, interpretarla erróneamente, o desconocerla es un despropósito increíble. Lo afirmado sobre este particular por el demandado en la absolución de posiciones, que le da una causación al certificado distinta de la que realmente tiene —la prestación de un servicio personal y consecuencialmente la existencia del contrato de trabajo— es realmente increíble; pero, esto no es tan fuerte como para que el H. Tribunal comparta la tesis realmente peregrina del demandado. El contenido del certificado, en su texto, no da lugar a ninguna salida de escape para el actor, aunque éste después se arrepienta en las posiciones de lo que él escribió y firmó en forma responsable y ajustándose a la verdad de lo ocurrido entre las partes por haber existido el contrato de trabajo de que se viene haciendo alusión. El argumento de autoridad que trae a colación de ad quem no debilita la posición ni la fuerza de esta prueba; todo lo contrario la refuerza porque, precisamente, fuera de la confesión del demandado en posiciones, hay otra prueba que desvirtúa aquella, a saber, el certificado de marras. Luego el argumento, tan traído de los cabellos por el ad quem no sirve para nada y sí cabe la tesis contraria sobre la estimación no solo del testimonio provocado del demandado, sino que es indispensable y necesario apreciar en todo su valor el citado documento que contiene el tiempo de servicios del actor en forma matemática: un año y dos meses".

Agrega que el mismo documento referido es suficiente para fundamentar la condena por lucro cesante, porque de él se desprende que faltaban cuatro meses para vencerse una prórroga presuntiva iniciada sesenta días antes. Termina diciendo que ante la falta de prueba sobre el salario devengado por el trabajador, el Tribunal ha debido atenerse a las disposiciones legales sobre salario mínimo.

Se considera:

1. El documento a que se refiere el recurrente y las posiciones absueltas por el demandado constituyen todo el material probatorio del juicio. Acerca de estas piezas expresó el Tribunal:

"A los fls. 7 y 27 se encuentra una constancia del demandado donde dice que el actor trabajó en su taller un año y dos meses.

Y en las posiciones absueltas el 26 de agosto de 1960 (fls. 19 a 23), en la 2a. dice, que el tiempo fue de seis meses, siendo trabajos ocasionales. En la 4a. afirma, que los trabajos han de ser efectuados en conveniencia de ambas partes; que el valor de los trabajos "se valoraban, que de ese valor el cincuenta por ciento le pertenecía al Latonero y el otro cincuenta le pertenecía al Taller Fargo, teniendo éste que pagar el valor de todos los repuestos y materiales que se utilizan en la obra, quedando reducido el 20% de utilidades para el taller y el 50% para el señor Coronado que llenaba todos los requisitos de nuestro contrato hablado y del 30% que eran como gastos de dicho trabajo".

"De esas posiciones se observa que el demandante buscaba la obra que iba a hacerse; hacía la obra sin observación del dueño del Taller, es decir, no había vigilancia por parte de éste y entonces la bondad de la obra dependía del obrero o demandante, no tenía intervención el demandado en su confección, apenas permitía que en su Taller se hiciera el trabajo y facilitaba los materiales e instrumentos para la obra que

había confeccionado el demandante teniendo en cuenta la conveniencia de ambas partes.

"Hecha la obra, el dueño pagaba el servicio en el Taller, valor que sería distribuído para el operario o demandante 50% y para el Taller el otro 50% y que el absolvente estima en 30% para atender los gastos y para utilidad del Taller 20%.

"De modo que al contratar la obra se tenía en cuenta la conveniencia de ambas partes y una utilidad que se estimaba para el demandado (Taller) en 20%".

El Tribunal cita luego doctrinas de conocidos autores relativas a la indivisibilidad de la confesión; considera que la confesión producida en este juicio por la parte demandada está contenida tanto en el documento que se lee en el fl. 27 como en absolución de posiciones; que siendo esta la prueba única, debe tomarse en su conjunto, y que a la luz de ella se llega a la conclusión de que "no existiendo las relaciones laborales a que se refiere la demanda no pueden aceptarse los hechos ni el derecho invocados allí".

2. Según transcripción anterior, y según observa el opositor, el cargo único en que se concreta la acusación adolece de desperfectos en su formulación. El recurrente confunde la violación indirecta de la Ley, que es la que se produce por error de hecho o de derecho causado por mala apreciación o falta de apreciación de la prueba, y la violación medio que es la que, recayendo sobre normas sustantivas o adjetivas, sirve de vehículo para la violación de otras que son las final o inmediatamente aplicables.

El opositor solicita que la Corte rechace el cargo de que se trata, anotando además lo siguiente:

"Cita como violados cerca de un centenar de artículos del C. S. T. y cinco estatutos legales, que son: los Decrs. 249 de 1957, 1.521 de 1957, 0118 de 1957, 2.214 de 1956 y 1.090 de 1960. Si, como es de rigor, el recurrente tiene obligación de hacer el análisis de cada una de las disposiciones que estima 'violadas, con el fin de acreditar la incidencia de la sentencia recurrida en la violación del precepto, habrá que imaginar la tarea gigantesca a que habría quedado sometido el recurrente en el caso de autos, de haberle intentado, y el expediente inmenso a estudiar por la H. Corte, acrecentado con el análisis de disposiciones ajenas a la regulación de las prestaciones sociales perseguidas con la demanda."

Efectivamente, la técnica de la casación

exige que la demanda, además de señalar el error cometido, indique la incidencia que éste ha tenido en la conclusión que fija los alcances de la sentencia y en la consiguiente infracción de las disposiciones legales que se citan. Pero esta labor no podía cumplirla el recurrente en forma satisfactoria respecto de cada una de las innumerables normas que incluve en la acusación, muchas de las cuales no era necesario mencionar. Y la formalidad ni siquiera aparece bien cumplida respecto de las disposiciones legales que sí guardan relación con los razonamientos del Tribunal que el recurso pretende desquiciar. Por lo demás, es cierto que el recurrente se refiere a algunos decretos sin señalar en ellos concretamente las disposiciones que considera infringidas.

No obstante lo anotado, la Sala puede estudiar el cargo porque tolera una interpretación aceptable. Así, entre las disposiciones concretamente mencionadas por el recurrente como objeto de violación, se incluyen los arts. 22, 23 y 24 del C. S. T., así como los que consagran las prestaciones que en la demanda se solicitan; disposiciones con las cuales guarda relación el desarrollo del cargo, en cuanto defiende la existencia del contrato de trabajo. Además, es posible entender que al hablar de la violación de medio el recurrente quiso hacer referencia a la que pudo recaer sobre las normas primeramente citadas; y que al hablar de violación de hecho en la interpretación de las pruebas quiso acusar de error de hecho adquirido en la mala apreciación de las mismas.

En consecuencia, se considera:

El documento a que se refiere la acusación, que aparece expedido el 26 de enero de 1960, reza: "El Taller Fargo hace constar: Que el señor Eduardo Coronado, trabajó en el Taller en calidad de Latonero por el término de un año y dos meses, durante este lapso desempeñó con suficiente capacidad y honradez por lo tanto se permite recomendarlo a quien le interese".

Durante el juicio el demandado fue llamado a absolver posiciones y dentro de la diligencia se le presentó el documento para que lo reconociera. El absolvente admitió la autenticidad de la firma que en él puso, pero explicó respecto de su contenido que el mismo demandante fue quien hizo elaborar el escrito; y que si accedió a firmarlo fue sólo para que sirviera de recomendación, porque el destinatario iba a entrar a trabajar al Taller Studebaker. Y a lo largo de las posiciones sostuvo lo que anota o comenta el

Tribunal en la fundamentación de su sentencia y lo que se expresa en la contestación de la demanda, a saber: que Coronado no fue empleado del taller sino que apenas hacía trabajos ocasionales contratados por él mismo, realizados bajo su responsabilidad, sin intervención o vigilancia de un patrono; que pagaba al taller un 20% del valor de los contratos "para poder hacer el trabajo dentro de sus dependencias"; y que lo demás se repartía a razón del 30% y el 50%, llevando así mayor utilidad el demandante.

Si se aceptan las explicaciones dadas por el demandado al absolver las posiciones, no puede tacharse de evidentemente errónea la conclusión del Tribunal, de que no está demostrada la existencia del contrato de trabajo. De un lado, se descarta el elemento de continuada dependencia o subordinación; de otro, queda faltando la noción de salario como retribución del servicio, pues el reparto del precio de los distintos contratos, en el cual el demandante llevaba la mayor parte, adquiere los contornos de un pago de derechos por el uso del taller y de sus implementos.

Ahora bien: Al presentar la demanda, el actor pidió que el señor César Marcucci fuera llamado a reconocer la firma y el contenido del documento que se ha mencionado y en la diligencia de absolución de posiciones se cumplió aquella formalidad. El señor Marcucci reconoció haber autorizado con su firma el documento, pero respecto de su contenido rindió las explicaciones o descargos que se han visto. No podía, pues, el juzgador desligar los dos elementos, como si se tratara de distintos medios, de prueba. El reconocimiento de la firma y las explicaciones sobre el contenido del escrito forman una sola confe-

sión que debe valorarse por el juzgador en forma indivisible.

Debe anotarse además que del solo texto del documento que se menciona no se desprende la existencia del contrato de trabajo, ya que en él no se expresa en qué condiciones desempeñaba el señor Coronado sus labores de latonero. En modo alguno se declara allí que estuviera sometido a una relación personal de trabajo al servicio del taller Fargo, o como dependiente de éste. En tal forma, las explicaciones dadas por el demandado en la absolución de posiciones tampoco significan contradicción de lo expresado en el documento.

Como el único elemento de convicción que obra en autos es la referida confesión y en la apreciación de ella el Tribunal obró correctamente, no se descubre el error de hecho que se imputa en la demanda de casación.

No prospera, pues, la acusación.

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 que se ha hecho mérito, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Santa Marta.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Hernando Franco Idárraga, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

La norma contenida en el art. 23 de la Ley 16 de 1968 es perentoria en el sentido de que "el error de hecho será causal de casación solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, mayo treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 27).

En el juicio ordinario laboral promovido por Víctor M. Matiz P. al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Caja Nacional de Previsión Social para el reconocimiento y pago de salarios, cesantía, indemnización por despido ilegal e indemnización moratoria, el juez cuarto laboral municipal de Bogotá, que conoció del negocio en primera instancia, dictó sentencia en que condena al Instituto a pagar al actor \$56.388.16 por concepto de Jucro cesante o indemnización por despido y \$ 177.32 diarios desde el 10 de mayo de 1966 hasta la fecha del pago por el de indemnización moratoria. El fallo absuelve al expresado establecimiento de los demás cargos de la demanda y a la Caja Nacional de Previsión Social de todos los que le fueron formulados.

En la demanda se alega la prestación por el actor de servicios al Instituto desde el 16 de noviembre de 1965 hasta el 10 de febrero de 1966, como piloto en el grupo de vuelos de la Sección de Aerofotografía del Departamento Cartográfico, y su despido injustificado del cargo en la fecha últimamente indicada, y en el curso del juicio se estableció que la causa de despido alegada por el Instituto fue la renuencia del trabajador a acatar la orden de someterse a las disposiciones del Observador de vuelos.

El Instituto negó la existencia del contrato de trabajo, alegando que el piloto se hallaba ligado a la institución por una relación de derecho público, dijo no constarle los demás hechos, y consecuencialmente se opuso a la acción.

Contra la providencia del juez a quo interpusieron las partes recurso de apelación, que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 10 de septiembre de 1968, en la cual revoca la condena por lucro cesante e indemnización moratoria pronunciada por el juez y confirma en lo demás el fallo de primer grado.

Contra esta última resolución interpuso el demandante recurso de casación, al que oportunamente se opuso el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Con el propósito de obtener que se case la sentencia de segunda instancia para que la Corte la revoque y en su lugar confirme la del primer grado, el casacionista formula a la primera de las providencias mencionadas, dos cargos, así:

1. Se acusa el fallo de violación indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 80. y 11 de la Ley 6a. de 1945, en concordancia con los arts. 50., 49 y 51 del Decr. 2127 de 1945 dejados de aplicar siendo pertinentes.

La acusación señala como error de hecho en que incurrió la sala de instancia "dar por demostrado, sin estarlo, que 'hubo incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandante', sosteniendo que existió el 'desconocimiento de una orden que no se cumplió' para concluir que el despido fue legal; y en no dar por demostrado, estándolo, que no solamente no hubo negativa al cumplimiento de órdenes, sino que inclusive esa orden no debía acatarse por constituir según el contrato escrito de trabajo una modificación unilateral del patrono a uno de los efectos de la relación contractual".

En la fundamentación del cargo el casacionista manifiesta que el Tribunal incurrió en el error que le atribuye por no haber apreciado la cláusula primera del contrato escrito de trabajo en cuanto en ella se determinan las obligaciones y deberes del trabajador, y especialmente la forma de actuar en vuelo, como piloto al servicio de la institución demandada, y durante su permanencia en bases fuera de Bogotá en lo concerniente a la prestación de ese servicio, y haber estimado erróneamente los documentos que en fotocopias aparecen a fls. 65 y 67 a 68 y el testimonio de Jorge Noel Rodríguez.

Estos elementos instructores expresan: la cláusula primera del contrato de trabajo, en la parte pertinente, que el demandante quedaba obligado en su condición de piloto a actuar "en vuelo, coordinadamente con el observador del Instituto, acatando sus decisiones durante el tiempo de vuelo fotográfico. Para los vuelos de crucero y de mantenimiento -continúa la cláusula— tendrá completa autonomía y en lo que se refiere a permanencia en bases fuera de Bogotá se atendrá a lo previamente convenido con el jefe de la sección o lo consultará oportunamente". El documento de fl. 65 es una fotocopia de la comunicación dirigida al Jefe del Departamento Cartográfico por el Jefe de la Sección de Aerofotografía el 4 de febrero de 1966, que reza: "Atentamente informo a usted que la comisión para ejecutar trabajos aerofotográficos del Alto Sinú, con el avión HK-913G, organizada y autorizada de acuerdo con lo convenido con usted verbalmente, no parte hoy 4 de febrero de 1966, según la copia que adjunto del piloto Capitán (R) Mario Sánchez Mutis, de febrero 4 de 1966, dirigida a la Jefatura de esta Sección. En consecuencia, solicito a usted una rápida decisión al respecto, puesto que el avión y la restante tripulación está lista para salir en comisión". En la copia fotostática que obra a fls. 67 y 68 el Mayor (R) Víctor M. Matiz y el Capitán (R) Mario Sánchez M. dicen al Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi:

"10. Tal como está redactado el contrato que celebramos con el Instituto y como ha sido costumbre hasta ahora, los pilotos de la Sección de Aerofotografía han sido los Jefes de las comisiones de aerofotografía, cuando estas permanecen en bases fuera de Bogotá, y no el observador designado, como se establece en su oficio.

"20. Efectivamente la cláusula Primera del contrado dice que para vuelos de crucero y de mantenimiento tendremos completa autonomía y en lo que se refiere a permanencias en bases fuera de Bogotá, se atenderá a lo pre-

viamente convenido con el Jefe de la Sección de Aerofotografía o se le consultará con éste oportunamente.

"30. Como puede apreciarse, en parte alguna, dice el contrato que el observador será el Jefe de la comisión y que nosotros en nuestra condición de pilotos estemos subordinados a él. Solamente se estipula y por razones obvias, que durante los vuelos fotográficos debemos actuar coordinadamente con el observador y acatar sus decisiones, pues es lógico que durante esta operación, él es quien debe dirigir el avión e impartir instrucciones a los pilotos para conseguir un buen trabajo aerofotográfico.

"4. El hecho de que no seamos empleados de nómina de tiempo completo, no implica que no podamos asumir una responsabilidad y representemos al Instituto durante las comisiones. La diferencia entre empleado y trabajador oficial solamente está en la forma de vinculación, pues ambos deben cumplir funciones específicas, se encuentren éstas determinadas en los reglamentos o en el contrato, y ambos también, están en la obligación de responder a la administración por sus actos.

"5. Consideramos que las instrucciones contenidas en el oficio No. 4/548, modifican el contrato celebrado con el Instituto, unilateralmente.

"6. El hecho de que estemos subordinados al observador durante el desarrollo de las comisiones, aunque aparentemente podría estimarse sin importancia, por razones profesionales y técnicas, no lo podemos aceptar".

El testigo Jorge Noel Rodríguez expone a fl. 60 que "el referido señor Matiz manifestó que no estaba dispuesto a continuar prestando sus servicios como piloto si durante el tiempo en que la nave operara desde bases fuera de Bogotá el jefe de la comisión era el observador no el piloto. Y efectivamente —agrega— al recibir en los días inmediatamente siguientes órdenes para cumplir una comisión de aerofotografía como piloto del avión se negó a cumplirla, lo cual puse en conocimiento de la Dirección del Instituto y fue motivo único, creo, para la terminación del contrato".

El casacionista analiza cada una de estas pruebas, para concluir que "no solamente no está demostrado que 'hubo incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandante', ni 'desconocimiento de una orden, que no se

cumplió', sino que por el contrario, se evidencia ostensiblemente que no hubo negativa al cumplimiento de una orden, sino que inclusive esa orden no debía acatarse por constituir según el contrato escrito de trabajo una violación patronal a una de sus obligaciones contenidas".

Se considera

Para fundamentar su decisión sobre indemnización por despido expone la sala falladora: "Partiendo, como ya se vio, de que entre las partes existió un contrato de trabajo, la Sala entiende que efectivamente hubo incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandante. Al efecto, la nota de fl. 65 así lo amerita y la declaración rendida por el señor Jorge Noel Rodríguez, inmediato jefe del demandante, es en sentir del Tribunal lo suficientemente explícita". Al efecto, afirma: "El referido señor Matis manifestó: 'que no estaba dispuesto a continuar prestando sus servicios como piloto si durante el tiempo en que la aeronave operara desde bases fuera de Bogotá el jefe de la comisión era el Observador y no el piloto. Y efectivamente, al recibir, en los días inmediatamente siguientes órdenes para cumplir una comisión de aerofotografía como piloto del avión se negó a cumplirla, lo cual puse en conocimiento de la Dirección del Instituto y fue motivo único, creo, para la terminación del contrato, porque yo no sé si se alegaron otros motivos'. Por lo demás, la nota de fls. 67 a 68, aunque aparentemente una solicitud de reconsideración, es lo cierto que en el fondo conlleva el desconocimiento de una orden, que no se cumplió, como lo atestigua el ya referido señor Jorge Noel Rodríguez. Al no cumplir las órdenes impartidas el demandante infringió gravemente sus obligaciones y justificó la terminación del contrato de trabajo por parte del Instituto demandado. Se revocará la decisión de primera instancia, en cuanto condena al pago del lucro cesante, v en su lugar se absolverá de ella al Instituto demandado".

Eso es todo lo que sobre la cuestión debatida dice la providencia que se revisa.

Ciertamente la sala sentenciadora pasó por alto, sin aludir a ella siquiera, la cláusula primera del contrato en que el demandante apoyó desde un principio el cargo de incumplimiento de lo pactado que hace al Instituto, siguiendo la costumbre que viene arraigando en no pocos tribunales y jueces laborales de no demorarse en el examen de los medios probatorios sino concretarse a afirmar conclusiones con omisión del estudio de las circunstancias de hecho pertinentes y olvido de que los arts. 470 y 471 del C. J. les ordenan perentoriamente motivar las sentencias y hacer cuando menos referencia a "las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse"; y es indiscutible que las cláusulas convencionales en que las partes determinan sus facultades y deberes constituyen pruebas de hechos fundamentales de la litis cuando ésta versa sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas, como es el caso de este negocio.

En la expresada cláusula se estipula la autonomía del piloto en vuelo de crucero o mantenimiento, y específicamente su subordinación al Observador en vuelo aerofotográfico; y se le exige, además, que hallándose en bases fuera de Bogotá obre de acuerdo con el jefe del Departamento respectivo o lo consulte en todo lo relativo al servicio. Dada la naturaleza de la función que le correspondía y el carácter de la institución a que prestaba sus servicios, y la generalidad de la estipulación que no impone restricción alguna a las atribuciones del Jefe de la Sección Aerofotográfica en el último de los casos mencionados, nada hay que induzca a suponer que este último funcionario careciera de facultad para atender, especialmente respecto de cuestiones técnicas o que con éstas tuvieran relación -como la oportunidad de tomar aerofotografías— las indicaciones del Observador o de otros funcionarios, v aun para subordinar al piloto a disposiciones transmitidas a través de los últimos o de acuerdo con éstos. De suerte que si el jefe de la sección de la cual dependía por estipulación entre las partes le ordenaba obrar como lo indicaba el Observador, no de otra manera estaba obligado a actuar porque de todos modos la orden tenía origen en la facultad del funcionario que de acuerdo con el contrato estaba autorizado para darla. Aunque hubiese deferido a otro la potestad decisoria correspondiente. Nada distinto cabe inferir de la cláusula contractual si se toman también en cuenta el necesario concierto de las distintas funciones que demanda una institución técnica como el Instituto Agustín Codazzi y la organización que en establecimientos de su índole debe suponerse. De ahí que el hecho exculpativo alegado por la parte demandada, y sobre el cual no hay en lo que tiene de esencial —la negativa a la orden del Jefe de la Sección de someterse a las disposiciones del Observador— discrepancia alguna entre las partes ni de éstas con el Tribunal, no demuestra con calidad de manifiesto el error que se atribuye a la sala falladora.

Cuanto a los elementos instructorios señalados por el recurrente como mal apreciados, ni el hecho que de ellos deduce el fallador de instancia difiere del aceptado por las partes —la renuencia del piloto a acatar al Observador en situación distinta a la de vuelo para tomar aerofotografía—, ni la estimación que de ellas hizo el Tribunal podría ser examinada por la Corte para revaluarla, porque a ello se opone lo prescrito en el art. 23 de la Lev 16 de 1968 que restringe el recurso por error de hecho al caso de que solamente provenga de la falta de apreciación de un documento auténtico. Que es precisamente el que se examina, en que la causa del error en que hubiera podido incurrir el Tribunal hubiera sido la no apreciación de la cláusula primera del contrato, pues el hecho que las demás pruebas acreditan no es motivo de controversia en sí mismo sino sólo en sus consecuencias jurídicas frente a ese contrato.

El cargo no prospera.

2. Violación directa por interpretación errónea del numeral 20. del art. 49 del Decr. 2127 de 1945, en concordancia con los arts. 80. y 11 de la Ley 6a. de 1945, 47 y 51 del Decr. 2127 citado y 10. del Decrt. 797 que se dejaron de aplicar debiendo haber sido aplicados.

Dice el impugnador que el recto sentido del numeral 20. del art. 49 del Decr. 2127 "es que la inejecución de las obligaciones convencionales o legales por parte del trabajador tiene que ser sistemática y sin razones válidas para que se constituya en causal de terminación unilateral del contrato por parte del patrono", por lo cual "se entiende o interpreta mal o erróneamente esta norma si donde se exige que haya inejecución sistemática y sin razones válidas se pretende que sólo basta cualquier incumplimiento o inejecución de una sola orden patronal".

Se considera

En el único paso de la sentencia en que el Tribunal examina —muy superficialmente, como ya se dijo— la procedencia de condena por lucro cesante, que es el arriba transcrito, no se hace interpretación alguna del art. 49 que pudiera servir de base a la Corte para el

estudio del cargo, y el examen de si la conducta del piloto que dio lugar al despido tuvo o no carácter sistemático implica el de circunstancias de hecho que escapan al conocimiento de la Sala de Casación por razón de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 16 de 1968. Esta norma es perentoria en el sentido de que "el error de hecho será causal de casación solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico" (subraya la Sala): v al precepto así expresado no se le puede dar una interpretación extensiva que permita el examen en casación de pruebas distintas de las que él señala, porque además de que el texto es terminante, esa interpretación haría nugatorios los efectos que persigue la regla, va que bastaría relacionar la falta de valoración de un documento auténtico con otras pruebas para obligar a la Corte a entrar en el estudio del haz probatorio, que es precisamente lo que la ley no quiere que se haga; y esto, no por motivos baladíes, sino en atención al principio de la soberanía del juzgador de instancia para la apreciación de los elementos instructorios, que el art. 61 del C. P. T. amplía en materia laboral en cuanto en vez del sistema de la tarifa legal consagra el de la persuasión racional para efecto de la apreciación de la prueba. La reforma introducida a la casación por el mencionado art. 23 de la Ley 16, envuelve en verdad una muy acentuada evolución hacia el sistema de que el recurso ante todo se propone la guarda de la ley, evitando su infracción, por lo cual ante la Corte no comparece el proceso sino la sentencia, propósito que no se compadece con la función de valorar toda clase de medios instructorios que convierte la casación en una tercera instancia contra lo que ella es por naturaleza.

Tampoco 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho.

Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., Enrique Arrázola Arrázola, Conjuez, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

El Tribunal consideró de acuerdo con las pruebas del proceso, que no se había demostrado la mala fe del demandado para que se hubiere hecho acreedor a la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C. S. T., con lo cual reiteró una vez más, lo dicho por la Corte que predetermina la causalidad de aquella sanción moratoria "en la mala fe y la temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fe, que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximentes de esa pena".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, mayo treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria S.). (Acta No. 40).

María Rosaura Cárdenas, por conducto de apoderado, inició juicio ordinario laboral demandando a Vidal Acosta Rico, con el objeto de que mediante sentencia fuera condenado a pagarle reajuste de salario mínimo, cesantía, vacaciones, primas de servicio, el valor del salario por dominicales y días festivos trabajados, horas extras, subsidio familiar, indemnización moratoria equivalente a un día de salario desde el 13 de julio de 1966 hasta cuando Acosta Rico le cancele las deudas laborales, indemnización de perjuicios por daño emergente y las costas y costos del juicio.

Indicó como hechos del libelo los que a continuación se sintetizan:

- 1. Que en forma constante e ininterrumpida y bajo continuada subordinación o dependencia trabajó al servicio de Vidal Acosta Rico desde el mes de noviembre de 1934 hasta el 13 de julio de 1966, incluyendo los días domingos y festivos:
- 2. Que los servicios prestados por la actora lo fueron en la elaboración de sotanas, bonetes, esclavinas, solideos, pecheras y en general vestuario para sacerdotes que ejecutaba en su pro-

pio domicilio ayudada por su hermana María Celia Cárdenas y por su señora madre Delfina Rodríguez de Cárdenas y mediante remuneración que le pagaba el demandado;

- 3. Que el demandado no llevaba libro de trabajadores, ni entregó libreta de salarios, así como tampoco obtuvo autorización del Ministerio del ramo para contratar trabajadores a domicilio;
- 4. Que la cantidad de trabajo copaba su actividad normal lo mismo que la de su señora madre y de su hermana:
- 5. Que diariamente trabajó durante todo el tiempo de servicio un promedio de 2 horas suplementarias diurnas y nocturnas;
- 6: Que durante todo el tiempo en que prestó servicios al demandado, éste dejó de pagarle el salario mínimo legal;
- 7. Que devengó distintos salarios así: de noviembre de 1934 a diciembre de 1936, \$0.50 diarios; de enero de este último año al 10. de octubre de 1955, \$1.00 diario; del 2 de octubre de 1955 al 31 de diciembre de 1958, \$3.00 diarios; del 10. de enero de 1959 al 31 de diciembre de 1962, \$4.00; del 10. de enero de 1963 al 31 de diciembre de 1964, \$5.00 y desde el 10. de enero de 1965 hasta el día de su retiro, \$400.00 mensuales;
- 8. Que el patrimonio del demandado ha sido constantemente superior desde 1950 a \$ 200.000.00 y en la actualidad es mayor de \$ 1'000.000.00:
- Que el demandado rompió unilateralmente el contrato de trabajo que lo ligaba a la actora en forma sorpresiva y sin motivo legal, sin comunicarle la causa de la terminación;
- 10. Que con excepción de los indicados en el punto 70. no le han sido cancelados por Vidal Acosta Rico los salarios y prestaciones debidos, así como tampoco se le hizo practicar el examen médico de retiro;
- 11. Que tuvo y tiene hijos en razón de lo cual ha debido pagársele el correspondiente subsidio familiar:

- 12. Que ha sufrido perjuicios y pérdidas provenientes del incumplimiento de algunas de las obligaciones del demandado, de haber incumplido éste imperfectamente otras y de haber retardado el cumplimiento de muchas; y,
- 13. Que fue inscrita en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales como trabajadora del demandado y posee el carnet de afiliación No. 01-130470, expedido el 13 de octubre de 1951.

Presentada la demanda le correspondió conocer de ella al Juzgado Tercero Municipal del Trabajo de Bogotá, el cual la admitió y ordenó correr traslado al demandado quien, por medio de apoderado la contestó, oponiéndose a sus peticiones y negando todos los hechos en que se apoyó. Propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación, falta de título y de causa, falta de obligación de su poderdante, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

El Juzgado desató el litigio y pronunció sentencia de primera instancia el 7 de julio de 1967, absolviendo al demandado de todos los cargos del libelo. Contra esta providencia interpuso recurso de apelación la parte actora y debidamente concedido, conoció del juicio el Tribunal Superior de Bogotá, Corporación ésta que por medio de su Sala Laboral, en fallo de 30 de abril de 1968 revocó el del a quo y condenó a Vidal Acosta Rico a pagar a la actora \$ 6.170.50 por concepto de cesantía; \$ 775.20 por vacaciones causadas y no disfrutadas, y \$ 1.228.50 por primas de servicio. Además lo condenó a pagar el 70% de las costas de la primera instancia. No impuso costas de la segunda.

Contra este proveído interpusieron recurso extraordinario de casación los apoderados de las partes. El Tribunal negó el recurso respecto del demandado por cuanto su interés jurídico para recurrir es inferior al establecido por el art. 15 de la Ley 16 de 1968. Concedió en cambio el propuesto por la demandante, previo avalúo de su interés en el juicio.

EL RECURSO

Se persigue con este recurso extraordinario, según lo dicho en el capítulo "Alcance de la impugnación" de la demanda sustentatoria, que la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Sala de Casación Laboral, casa la sentencia de 30 de abril de 1968, "en cuanto confirma la absolución dada a favor del señor Vidal Acosta Rico por la sentencia de 7 de julio de 1967 del Juzgado 30. Laboral de Bogotá, en relación con

la petición 8a. de la demanda" y que, como consecuencia de la anterior se revoque lo dispuesto sobre el particular y se condene al demandado a pagar a la actora, a título de indemnización moratoria "una suma igual al último salario devengado, desde el 13 de julio de 1966 en adelante, hasta tanto el señor Acosta Rico le haya cubierto las prestaciones sociales" determinadas en la sentencia del Tribunal.

Se pide en consecuencia la casación parcial de la sentencia de segunda instancia, que se estudiará a través de la demanda y de su réplica presentadas en tiempo.

El recurrente formula tres cargos que debido a su modalidad, infracción directa de la ley, y por referirse todos a la violación del art. 65 del C. S. T., a la cual llegó el Tribunal, según el censor, con independencia de cualesquiera error de hecho, se estudiarán conjuntamente.

- a) Violación directa del art. 65 del C. S. T. Dice el recurrente que el Tribunal violó esta disposición en la medida en que negó el derecho claramente consagrado en esta norma a favor de los trabajadores que a la terminación del contrato no se les han pagado sus salarios y prestaciones sociales. Agrega que en la sentencia acusada se condenó al demandado a pagar a su mandante determinadas prestaciones en los períodos no prescritos y que admitiendo que Acosta Rico no pagó en forma alguna dichos valores, ha debido condenar igualmente a la indemnización moratoria y que sin embargo no lo hizo con el argumento de la buena fe patronal. Finaliza afirmando que el patrono nunca estuvo bajo el patrocinio de la buena fe y que esto lo aceptó el sentenciador al establecer que "no puede el demandado alegar en favor suyo su propio dolo", es decir, que se estimó que el fraude propio no eximía al patrono de sus obligaciones laborales, y que existía dicho fraude. convirtiendo la presunta buena fe en mala fe.
- b) Violación directa del art. 65 del C. S. T. por aplicación indebida del mismo.

El ataque a través de este medio de violación de la ley es, en su primera parte, singularmente igual al hecho por el recurrente en el anterior.

Sin embargo, cita un aparte de la sentencia acusada completando la frase del sentenciador sobre la alegación del propio dolo, que no surte efectos, y que lo relaciona con la afiliación de su poderdante a los Seguros Sociales.

Resulta claro, dice, "que la regla del art. 65 se aplicó a un hecho no probado (buena fe), en

forma tal que se llegó a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la lev y la jurisprudencia". Hace otras disquisiciones y finaliza afirmando: "Es obvio que la figura de la buena fe no fue expresamente regulada en el art. 65 del C. S. T., pero la jurisprudencia nacional se ha encargado de llenar tal vacío, fijando con exactitud sus extremos. Al haberse aplicado indebidamente un raciocinio correcto sobre un hecho no probado se dedújeron consecuencias contrarias a las queridas por la norma. La consecuencia no querida por la norma fue la de eximir al patrono del pago de la indemnización moratoria. La tesis correcta fue la de que la buena fe patronal releva de la sanción; el hecho no probado fue el de la buena fe v el hecho probado v no atendido fue el de la mala fe, dolo o fraude. como lo llama la propia sentencia de 30 de abril de 1968.

c) Interpretación errónea del art. 65 del C. S. T. En este cargo, subsidiario como el anterior, se fundamenta en el hecho de que el Tribunal lo interpretó "en el sentido de que pueden existir ciertas circunstancias, como, por ejemplo, la duda razonable sobre la existencia de la obligación y otras semejantes que presenten modalidades configurativas de la buena fe patronal, que, por lo mismo, podrían excluir la imposición de la sanción moratoria. Pero tal duda razonable necesariamente tiene que tener asidero en los hechos probados de la demanda".

A continuación el recurrente hace alusión al certificado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y al testimonio del señor Clímaco Villarreal para afirmar que con estos elementos se demuestra la prestación del servicio y los extremos temporales del contrato, tal como lo hizo el sentenciador y que admitido igualmente en el fallo que no es razón valedera para destruir dichos extremos, la de que con fines fraudulentos, se hubiera tratado de utilizar la inscripción en el Seguro Social, se concluye que la interpretación dada por el ad quem es errónea pues le da un alcance distinto al que ha precisado la jurisprudencia nacional, en relación con la buena o mala fe patronal.

Por su parte, el opositor critica la demanda, la cual dice no debe prosperar, por defectos insubsanables de técnica de casación como por razones de carácter sustancial.

Los defectos de técnica los hace consistir principalmente en la ausencia de una proposición jurídica completa, ya que dice, que el demandante ha debido correlacionar la norma que dice

violada con aquellas que establecen el derecho a "los salarios, vacaciones y prima de servicio, que forman parte de los derechos reclamados" por la actora.

Por lo demás, hace un breve análisis de las pruebas para concluir que entre las partes no existió contrato de trabajo, reiterando su inicial petición y solicitando la condena en costas del recurrente.

Consideraciones de la Sala

Tanto el cargo principal como los subsidiarios (aplicación indebida e interpretación errónea) se edifican sobre el concepto de la mala fe, afirmándose que ella existió y que por el contrario no se configuró la buena fe en el demandado, lo cual obligaba a la condena de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones a que condenó el Tribunal al señor Vidal Acosta Rico.

El recurrente en el primer cargo llega a esta conclusión manifestando que en la misma sentencia acusada se afirmó este hecho. Mas tal cosa no corre parejas con la realidad, ya que el Tribunal fue claro al decir una cosa bien distinta. En efecto, la cita de la demanda que reza "no puede el demandado alegar en favor suyo su propio dolo", en la terminación de una frase cuyo sentido es diferente al que ha querido mostrar el impugnador. Dijo el Tribunal:

"Argumenta el demandado que la afiliación de María Rosaura Cárdenas a los Seguros Sociales se hizo para que ésta gozara de los servicios médicos asistenciales, y no disminuyeran sus ingresos con la erogación que estos servicios le causaren, pero no porque fuese su trabajadora. No se demostró en el juicio esta circunstancia, y de todos modos, si la afiliación se hizo fraudulentamente, (se subraya) no puede el demandado alegar en favor suyo su propio dolo". (fl. 126).

Por lo demás en la misma sentencia se lee:

"El demandado ha discutido con argumentos lógicos y legales la inexistencia del contrato de trabajo con la demandante, y con fundamento en las pruebas del precepto (subraya la Sala). No se ha demostrado su mala fe y en consecuencia no se ha hecho acreedor a la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C. S. T.". (fl. 129).

El aparte de la sentencia transcrito antes in-

dica claramente que el Tribunal consideró, de acuerdo con las pruebas del proceso, que no se había demostrado la mala fe del demandado para que se hubiere hecho acreedor a la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C. S. T., con lo cual reiteró una vez más lo dicho por la Corte que predetermina la causalidad de aquella sanción moratoria "en la mala fe y la temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fe, que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximentes de esa pena".

En estas condiciones y por tratarse de cuestiones de hecho, cuando ha dejado de aplicarse el art. 65 del C. S. T., por considerarse que existió duda razonable en el demandado, sobre la existencia misma del contrato, no se configura ni la infracción directa de la ley, ni su aplicación indebida, cuando esta se dice haber ocurrido con prescindencia de error de hecho en la apreciación de la prueba.

Finalmente, y en lo que atañe al segundo cargo subsidiario (tercero de la demanda), in-

terpretación errónea del art. 65 del C. S. T., él no puede prosperar por las mismas razones que se han expuesto, y porque además en su desarrollo se hace consistir el equivocado concepto de la norma en la apreciación equivocada que se dice dio el Tribunal a algunas pruebas.

Los cargos formulados se rechazan.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

La prescripción del derecho consagrado por el art. 306 del C. S. del T. referente a la prima de servicios, empieza a correr, en cada semestre del calendario, desde el día siguiente al de la fecha señalada en ese artículo para efectuar el pago.

En el caso de las vacaciones, la extinción de la acción se cuenta, no desde el día en que se causa el derecho a disfrutar de las vacaciones, sino desde el día en que se cumple el año subsiguiente, dentro del cual el patrono está obligado a señalar el tiempo de su disfrute, de acuerdo con el art. 187 del C. S. T.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio dos de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Pu-

yana). (Acta No. 39).

Se conoce del recurso de casación concedido a la parte actora contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario Laboral de Domingo A. Londoño contra la sociedad en liquidación "Transportes Arango Limitada" y sus socios liquidadores Carlos Antonio Arango e Israel Maya Ortiz.

EL LITIGIO

Domingo A. Londoño demandó a la sociedad mencionada y a sus socios liquidadores para que fueran condenados solidariamente a pagarle lo que pudieran adeudarle por los siguientes conceptos: reajuste de salarios en la suma de \$13.20 diarios, más lo que resultare por "ambulancia", por ser tal el salario pagado a otros choferes de la empresa en idénticas condiciones; cesantía, primas de servicio y vacaciones liquidadas con base en el último salario devengado; indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, comprensiva de daño emergente y lucro cesante; remuneración por dominicales y festivos; sobrerremuneración por trabajo nocturno; jubilaciónsanción; salarios pendientes, en especial los pactados bajo la denominación de "ambulancia"; reajuste de salarios en la cuantía establecida en la ley 1a. de 1963 y los Decretos reglamentarios 236 y 240 del mismo año; indemnización por la mora en el pago de las deudas laborales anteriores y costas del juicio.

El demandante apoya su acción en los siguientes hechos que se copian;

- "1. Mediante contrato verbal de trabajo, Domingo A. Londoño vinculó su actividad personal al servicio de la Sociedad "Transportes Arango Limitada" y al de sus socios Sres. Israel Maya Ortiz y Carlos Antonio Arango H., desde el 3 de septiembre de 1954 hasta el 18 de octubre de 1965, fecha en la cual fue despedido.
- "2. Devengaba un salario de \$11.20 diarios, más el 15% del producido del Vehículo después de ser despachado de la Oficina, o sea de las sumas de dinero que se recolectaron durante el trayecto del vehículo luego de haber sido despachado de la Oficina y hasta el final de su itinerario. Esta remuneración era denominada por la Empresa como "Ambulancia", y subía o ascendía mensualmente a la cantidad de \$450.00 aproximadamente (Promedio mensual).
- "3. La retribución pactada con el nombre de "Ambulancia" correspondiente a los últimos veintiséis (26) meses no le ha sido pagada.
 - "4. Desempeñaba el oficio de Chofer.
- "5. Otros trabajadores "Choferes" de la Empresa, recibían como salario la suma de trece pesos con veinte centavos. (\$13.20) diarios y el mismo porcentaje de "Ambulancia", o sea el 15% de lo recolectado en la carretera. Tal es el caso del Sr. Héctor Cuartas, quien siendo chofer, ganaba \$13,20 diarios, más el 15% de Ambulancia.
 - "6. Tenía como jornada de trabajo la com-

prendida entre las 3 a.m. y las 7 p.m.

- "7. Laboraba diariamente, incluso dominicales y festivos, sin recibir por ellos doble remuneración o descansos compensatorios.
- "8. Unilateralmente la Empresa Empleadores — dieron por terminada la relación de trabajo existente entre las partes.
- "9. Las prestaciones sociales a que tiene derecho por el tiempo servido no le han sido pagadas".

Los demandados contestaron el libelo por separado oponiéndose a la acción intentada. Arango negó que el demandante Londoño hubiera prestado servicios a la empresa mediante contrato verbal, ni por el tiempo indicado, afirmando que los contratos se celebraron por escrito y en diferentes períodos que le fueron cancelados v pagados oportunamente. Así fue como Londoño trabajó del 10. de mayo de 1956 al 10. de noviembre de 1959, fecha ésta en que se retiró voluntariamente mediante el pago de sus prestaciones sociales; se vinculó nuevamente a la empresa, a petición suya, el 3 de noviembre de 1959 y trabajó hasta el 13 de octubre de 1965, fecha en la cual la Inspección Seccional del Trabajo de Medellín autorizó a la Sociedad para liquidar el personal a su servicio, por venta de la empresa a la Cooperativa Norteña de Transportes Limitada, pero habiéndose negado Londoño a recibir sus prestaciones, éstas le fueron consignadas en el Banco Popular de Medellín, por orden del Juzgado 10. del Trabajo, el día 19 de octubre de 1965, en cantidad de \$5.240.89. Negó en general los demás hechos fundamentales del libelo.

A su turno el demandado Maya Ortiz se limitó a desconocer todos los hechos de la acción. Ambos demandados coincidieron en proponer una serie de excepciones dilatorias y perentorias, entre las que sobresalen las de pago por consignación y prescripción.

Abierto el debate en primera instancia solo vino a cerrarse con el fallo que dictó el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín condenando a la empresa "Transportes Arango Limitada", representada por sus socios liquidadores Carlos Antonio Arango e Israel Maya Ortiz, a pagar a Domingo A. Londoño las siguientes sumas: \$5.614.34 por cesantía; \$954.00 por vacaciones; \$954.00 por primas de servicio; \$7.800.00 por 26 meses de "ambulancia", a razón de \$300.00 mensuales, parte del sala-

rio que no se le canceló a su debido tiempo; \$3.705.30 por dominicales y festivos sobre 207 días de descanso que registra el calendario en los tres últimos años de la relación laboral no cubiertos por la prescripción. Absolvió a la parte demandada de los restantes cargos del libelo. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, con exclusión de las de pago parcial y pago por consignación, así como la de prescripción en lo relativo a las prestaciones causadas en el período anterior a los últimos tres años de la vinculación laboral. Y dispuso finalmente que de las condenas hechas anteriormente se dedujera la suma de \$6.133.59 que aparece pagada al actor, ya de manera directa, ya por consignación judicial.

Este fallo fue recurrido en apelación por ambas partes litigantes ante el Tribunal Superior de Medellín, que en providencia del 4 de julio de 1967 dice confirmarlo "con la modificación de que el valor de las prestaciones reclamadas es la suma de cinco mil doscientos cuarenta pesos con ochenta y nueve centavos (\$5.240.89), esto es, la consignación efectuada por la empresa y que fue retirada por la parte demandante".

EL RECURSO

Con el recurso extraordinario busca la parte actora que se case la sentencia del Tribunal y en su lugar se condene a los demandados "Transportes Arango Limitada", Israel Maya Ortiz y Carlos Antonio Arango, a pagar solidariamente a Domingo A. Londoño las siguientes sumas: \$7.800.00 por concepto de salario pactado como "ambulancia"; \$4.388.40 por dominicales v festivos: \$8.430.52 por cesantía, \$ 1.136.70 por primas de servicio: \$ 1.515.60 por vacaciones; \$4.950.95 por indemnización originada en la ruptura unilateral del contrato de trabajo; y a la suma de \$ 25.60 diarios como indemnización moratoria, a partir del 18 de octubre de 1965 hasta cuando se efectue el pago de las condenas anteriores.

Contra la sentencia del ad quem erige el recurrente siete cargos, los cinco primeros por violación indirecta de normas sustanciales de derecho laboral, como también el séptimo, reservando solamente el sexto a la infracción directa con independencia de toda cuestión probatoria. El primer cargo lo refiere al salario pactado bajo la denominación de "ambulan-

cia"; el segundo a los dominicales y festivos; el tercero a la cesantía; el cuarto a las primas de servicio; el quinto a las vacaciones; el sexto a la indemnización por la ruptura unilateral del contrato de trabajo, y el séptimo a la indemnización moratoria o salarios caídos.

Dada la estrechísima conexión que existe entre los primeros cinco cargos, pues el éxito ó fracaso de la pretensión relacionada con el pago del salario denominado "ambulancia" incide necesariamente en las prestaciones cuya liquidación está vinculada al quántum salarial y a las que se refieren los cuatro cargos siguientes, y además la circunstancia capital de que todos tengan por común denominador la falta de apreciación de unas mismas pruebas, la Sala Laboral opta por examinarlos y decidirlos en conjunto.

En el primer cargo acusa el recurrente falta de aplicación al caso de autos de los arts. 127 (salario), 132 (libre estipulación salarial) y 142 C. S. T. (irrenunciabilidad del salario). En el segundo violación indirecta por falta de aplicación de los arts. 179 (retribución de dominicales v festivos), v 181 C. S. T. (descanso compensatorio remunerado) y de los arts. 12 y 13 del Decr. 2351 de 1965 que modifican respectivamente los anteriores. En el tercero acusa en concepto de aplicación indebida los arts. 54 C. S. T. (prueba del contrato de trabajo con los medios ordinarios), 127 ib. (salario), 249 ib. (cesantía), 253 ib. (salario básico de la cesantía) y 17 del Decr. 2351 de 1965. En el cuarto acusa violación indirecta por aplicación al caso de autos de los arts. 127 C. S. T. (salario) 129 ib. (salario en especie) y 306 ib. (prima de servicios). Y en el quinto acusa en el mismo concepto de aplicación indebida los arts. 127 C. S. T. (salario) y 189 ib. (compensación en dinero de las vacaciones).

A todas estas violaciones dice el recurrente haber llegado el sentenciador como consecuencia de protuberantes e incontrovertibles errores de hecho en que incurrió al desestimar o dejar de apreciar las siguientes pruebas: a) el documento del fl. 6, suscrito por el señor Hernán Guillermo Arango, el cual contiene una "liquidación de prestaciones que la empresa "Transportes Arango Ltda." está dispuesta a reconocer al trabajador Domingo A. Londoño, con motivo de la venta que de la compañía se realizó a la 'Cooperativa Norteña de Transportes Limitada Coonorte', liquidación calificada por el recurrente de 'proforma'

y que está fechada el 18 de julio de 1965". b) Las posiciones absueltas por el demandado Maya Ortiz, en especial la respuesta 11 (folio 61). c) Las posiciones absueltas por el demandado Arango (fl. 60). d) El contrato de trabajo del fl. 48. e) Las declaraciones juradas de Héctor Eligió Cuartas (fl. 43), Luis B. Echavarría (fl. 63 v) y Carlos E. Saldarriaga (fl. 64 v.).

El verro principal que el recurrente atribuve al Tribunal lo deriva de la desestimación absoluta que hizo el ad quem de la liquidación proforma suscrita por Hernán Guillermo Arango, documento en el cual aparece que a Londoño se le reconoció, en cálculo promedio, por concepto de su participación salarial en la llamada "ambulancia", la suma de \$ 300.00 mensuales, y por "festivos trabajados" la suma de \$1.344.00. De este escrito afirma el impugnador que se halla cobijado por el reconocimiento tácito de que trata el art. 645 del C. J., pues habiendo obrado en el juicio con conocimiento de la parte obligada contra quien se presentó, no ha sido objetado ni redarguído a fin de que se pruebe su legitimidad; que el codemandado Israel Maya Ortiz, al absolver posiciones contestar la pregunta' un-У decima, expresó que Hernán Arango había sido administrador de la empresa; y que si el Tribunal hubiera apreciado, relacionándolas entre sí, estas dos probanzas, habría encontrado sin problemas la demostración de la cantidad devengada por el trabajador Londoño, al menos la reconocida por la empresa. Asegura también el recurrente que el otro codemandado Carlos Antonio Arango, al absolver posiciones, admitió sin reatos que a Londoño se le dejó de pagar el salario convenido como "ambulancia" durante los últimos veintiséis meses de la relación laboral; y que esta forma de retribución salarial adicional, equivalente 15% de la venta de pasajes en los trayectos o recorridos de cada viaje, así como la suspensión de su liquidación y pago ordenada por la empresa, está confirmada por los testigos Cuartas, Echavarría y Saldarriaga, cuyas declaraciones fueron menospreciadas por el sentenciador.

El ad quem, según el recurrente, tuvo bases probatorias suficientes para deducir la cuantía del salario "ambulancia", si hubiera estimado la liquidación proforma elaborada por quien tuvo el carácter de administrador de la empresa, tal como lo admitió uno de los socios liquidadores; de igual modo, las tuvo para deducir el valor de los festivos y dominicales;

y si hubiera reconocido aquella retribución salarial específica ella debió repercutir sobre el cómputo de las otras prestaciones vinculadas al salario, como la cesantía, las primas de servicio y las vacaciones, ya que en autos está claramente establecido el tiempo de servicio ordinario así como el prestado en días dominicales y festivos, según resulta de las posiciones absueltas por los demandados y de las declaraciones de los mencionados Cuartas, Echavarría y Saldarriaga.

La Sala considera

No se discute en este caso la existencia del contrato de trabajo, ni su duración misma ha constituído capítulo fundamental de discordancia entre los litigantes. Los problemas han surgido con motivo de la liquidación y pago de la remuneración especial denominada "ambulancia", que las partes convinieron en la equivalencia de un 15% a favor del trabajador sobre los tiquetes o pasajes que vendiera durante el recorrido. Tal participación influye decisivamente, por lo demás, en la liquidación de las prestaciones sociales cuya cuantía está vinculada al factor salario. El Tribunal sentenciador, que reformó en perjuicio del demandante Londoño las condenas hechas por el a quo, no halló pruebas adecuadas para deducir el monto de dicha remuneración especial, ni tampoco el de los dominicales y festivos cuyo pago reclamaba el actor. Sobre el particular dijo el Tribunal:

"Las peticiones relativas a sobrerremuneración por trabajo nocturno y suplementario, en días domingos y festivos en general, así como por la llamada prima de "ambulancia", no podrán prosperar porque las pruebas allegadas para acreditar los hechos generadores de tales obligaciones no resultan suficientes a dicho fin, ya que no permiten fijar en forma cierta la jornada de trabajo cumplida por el demandante ni el término por el cual excediera a la legal, como tampoco el trabajo uniforme o regular en dichos días domingos y festivos, y, porque en los viajes que hacía el actor se empleaban cinco, diez y hasta doce horas según a la población que se le destinara y en ocasiones el carro que manejaba permanecía varios días en el taller y en otras no había viaje para hacer, lo afirma el deponente de fls. 63. Con relación a la llamada prima de "ambulancia", tampoco se acreditó el valor efectivo de lo recaudado para de él deducir el porcentaje que se dice correspondía al demandante".

Sin desconocer las dificultades prácticas que supone la liquidación de los dominicales y festivos cuando éstos no se laboran con sujeción a una pauta rígida, la misma participación salarial sobre recaudos eventuales, es indudable que el ad quem pasó sobre ascuas en el examen de las probanzas que apoyan las reclamaciones del trabajador en este punto y al proceder de modo tan superficial y ligero puede decirse mejor que las desestimó en absoluto, tal como alega el recurrente.

En efecto:

Los contratos escritos de trabajo que obran en autos estipulan la obligación del conductor de trabajar en días domingos y festivos, nacionales o religiosos, por tratarse de una actividad indispensable como el transporte (fls. 48 y 50). Los declarantes Héctor Eligio Cuartas (fl. 43), Luis B. Echavarría (fl. 63 v.) y Carlos E. Saldarriaga (fl. 64 v.), que son los únicos testigos traídos al debate por las partes, aseveran de consuno la prestación del servicio en tales días por parte del demandante, aunque con alternativas y variaciones de tiempo, según las circunstancias. Los mismos deponentes hablan de la participación convenida entre la empresa y sus choferes, conocida como "ambulancia", igual al 15% sobre los recaudos efectuados durante el recorrido, cuyo producido era naturalmente variable. Los testigos Cuartas y Echavarría, también choferes, dicen que la "ambulancia" les fue suprimida a todos los conductores, a quienes se les dejó de cubrir en un lapso de veintinueve meses, y el demandante Londoño quedó reducido a un salario o diario de \$ 11.20. El codemandado Carlos Antonio Arango admite al contestar en posiciones la pregunta cuarta, que Londoño tenía un salario diario de \$11.20 más el 15% de "ambulancia"; y al responder la sexta acepta que en los últimos veintiséis meses "Transportes Arango" no le pagó a Londoño el valor de la "ambulancia", dando por excusa que los choferes se dedicaban a no dejar tiquetear para así recoger más dinero en el camino, lo que determinó que los agentes de la empresa aconsejaran que se les pagara sueldo fijo en vez de porcentaje. pues ya los pasajeros no entraban a las oficinas a comprar tiquete.

Estas solas probanzas, aunque establecen sin lugar a dudas el trabajo en dominicales y festivos, como la participación salarial llamada "ambulancia", no darían base por sí mismas para una liquidación concreta y exacta, dada la falta de uniformidad en el trabajo y en los recaudos, sin que aparezca que las partes acordaran algún sistema práctico de liquidación. Pero en defecto de la forma corriente u ordinaria de comprobar una cosa y otra, existe en el proceso un documento que, a juicio de la Sala, es bastante a concluir que la empresa hizo un reconocimiento mínimo del valor de la "ambulancia" y de los dominicales y festivos, documento que resulta desdeñado por el ad quem, que ni siquiera lo menciona. Se trata de la liquidación "proforma" elaborada por el señor Hernán Guillermo Arango (fl. 6), de quien el absolvente Israel Maya Ortiz, correo en este negocio, admitió "haber sido administrador de la empresa" (fl. 61 v.). Este escrito proviene, pues, de la misma parte obligada y se halla amparado por la presunción de legitimidad emanada del principio de derecho probatorio conforme al cual se tienen por auténticos, con autenticidad tácita o implícita, los instrumentos que habiendo sido presentados al juicio no han sido objetados ni redarguídos de falsos por la parte obligada contra quien se hacen valer. De él se desprenden consecuencias tales como que la empresa reconoció, al menos, una participación promedial en concepto de "ambulancia", en favor de Londoño, de \$ 300.00 mensuales; y por festivos trabajados la suma de \$ 1.344.00.

Por manera que si el Tribunal no hubiera menospreciado estas probanzas no habría incurrido en el verro ostensible y notorio de aseverar que "las pruebas allegadas para acreditar los hechos generadores de tales obligaciones no resultan suficientes a dicho fin". La falta de apreciación de estas mismas pruebas lo condujo al error de establecer como único salario de Londoño el de \$11.20 diarios, que incide también erróneamente en el monto de las prestaciones correspondientes al actor, como cesantía, primas de servicio y vacaciones. Estos errores de hecho determinaron así la violación indirecta, por aplicación indebida, del conjunto de normas sustanciales que regulan el salario y las prestaciones sociales a que se refiere el recurrente.

En consecuencia, prosperan los cargos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

Sexto cargo.- Concebido como "violación directa de lo preceptuado en los arts. 80. y concordantes del Dcr. 2351 de 1965 por falta de aplicación de la norma citada al caso de autos, abstracción hecha del aspecto probatorio, pues no se discute el despido del trabajador", el recurrente lo remite a la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo.

Según la redacción del cargo, el recurrente parece situar la violación de los arts. 80. y concordante del Dcr. 2351 de 1965 en el concepto de la infracción directa, uno de cuyos casos principales se presenta cuando a un hecho que no se discute se deja de aplicar la norma pertinente. En tal evento, el texto legal que se infringe por falta de aplicación debe ser perfectamente claro, por una parte, y la situación de hecho a la cual debió aplicarse tiene que ser completamente indiscutible, por otra parte.

El Tribunal, sin embargo, no aplicó en este caso la norma o normas que se dicen violadas, no porque las ignorara o desconociera abiertamente, sino porque se encontró frente a una situación fáctica que no permitía su aplicación. El ad quem halló, en efecto, que "las autoridades administrativas del Ministerio del Trabajo autorizaron a la empresa para despedir a sus trabajadores, en virtud de la transacción llevada a cabo con la "Cooperativa Norteña de Transportes Limitada", o sea, por terminación de la empresa, o sustitución patronal, en términos en que sus trabajadores solo podrían continuar con el nuevo propietario afiliándose a dicha Cooperativa, para lo cual, como se desprende de la Res. No. 81 de 11 de agosto de 1965, emanada de la Jefatura de Asuntos Individuales de la Regional del Trabajo de Antioquia, se les dio opción, en los términos del art. 30. de la aludida providencia. Esta misma circunstancia hace que el despido asuma un carácter legal, y que, en consecuencia, no haya lugar a deducir sanciones contra la empresa por este concepto, ni tampoco a la de pensión, pues siendo justo el despido dicha pretensión carece de base legal, fuera de que como se vio antes, el tiempo servido acreditado es inferior a diez años". (

El recurrente se empeña, a su turno, en combatir la apreciación que hace el Tribunal de la Resolución administrativa que autorizó el despido de varios trabajadores de la empresa y de la cual dedujo el ad quem que el de Londoño había sido lícito o justificado, con lo cual no hace el impugnador cosa distinta de demostrar que el cargo ha debido formularse en el campo de la falta de aplicación de una norma legal como consecuencia de errores de hecho y no

en el de la infracción directa como desviadamente se presentara.

Se rechaza el cargo.

Séptimo cargo. Refiriendolo a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones e indemnizaciones, el recurrente acusa la sentencia de violar, en razón de manifiestos errores de hecho, por falta de aplicación, el art. 65 C. S. T.

El Tribunal expresó que no había lugar a condenación por mora "porque la empresa demandada consignó lo que creía deber al día siguiente de la desvinculación del actor". El impugnador del fallo ataca el juicio del ad quem haciendo algunas apreciaciones probatorias que, a su modo de ver, destacan como de mala fe la conducta procesal observada por la parte demandada, su deslealtad con el actor y la irrisión de la suma depositada en relación al monto de lo debido. Dice, entre otras cosas, que "a pesar de la benevolencia del juzgador de instancia, el fallo fue ridículo, la buena fe, con la cual la jurisprudencia ha almidonado (sic) la aplicación del art. 65 del C. S. T. No lleva a tanto como a permitir que los patronos puedan convertirse en beneficiarios lánguidos y despreocupados respecto de las obligaciones y del celo que nuestra legislación social les impone".

Se considera

La jurisprudencia laboral ha sido pertinaz. desde los propios orígenes de la indemnización moratoria, como puede verse, v. gr. en sentencia del 15 de diciembre de 1954, en que "basta penetrar el sentido del inciso 20, del art. 65, para concluir sin esfuerzo que el elemento de la mala o de la buena fe gobierna su aplicación y entendimiento, pues si en él se consigna como causal exonerante de la sanción el depósito de la suma que se confiese deber, se está remitiendo al criterio subjetivo del patrono la aplicación de la pena sobre la base necesaria de la buena fe que exige el art. 65 del C. S. del T.. por lo cual si el patrono en la contestación de la demanda confiesa no deber nada porque así lo considera de buena fe, no es posible aplicarle la sanción moratoria si del estudio del proceso no resulta temeraria su oposición a las pretensiones del trabajador".

La Sala falladora no apoyó la exoneración de la parte demandada al pago de los salarios caídos en ninguna consideración expresamente relacionada con su buena fe, por lo cual es injusto el énfasis recriminatorio del recurrente sobre este punto concreto. Se limitó el ad quem a declarar sobriamente que la condenación moratoria no tenía cabida "porque la empresa demandada consignó lo que creía deber al día siguiente de la desvinculación del actor", es decir, se remitió simplemente a la circunstancia eximente consagrada en el inciso segundo del art. 65, la cual envuelve tácitamente el elemento anímico de la buena fe exigido por la jurisprudencia, como se desprende del aparte transcrito.

Habría que preguntar entonces: ¿la consignación judicial por la suma indiscriminada de \$5.240.89, en concepto de prestaciones sociales, cumple la función eximente que le señala el inc. 20. del art. 65, significando que el patrono atendió sus obligaciones laborales mediante el depósito de la cantidad que de buena fe consideraba estar debiendo al trabajador? En sentir de la Sala no obran en el proceso elementos de juicio que eliminen una respuesta afirmativa, ni menos aún puedan destruir la convicción del fallador de segunda instancia sobre este particular. El mismo Tribunal llegó a concluir que la suma consignada superaba en más de dos mil pesos el monto real de las deudas laborales, interpretando este exceso en una supuesta renuncia parcial a la prescripción alegada o en algunos reajustes hechos por la empresa a las liquidaciones de contratos anteriores. No debe menos de considerarse, además, que buena parte de las pretensiones del actor, como la prima llamada "ambulancia" y los dominicales y festivos, constituyen acreencias que, por su naturaleza misma de ingresos eventuales, resultan casi siempre de dificil precisión. En tales circunstancias, existiendo para los demandados, al momento de la terminación del contrato, razonables dudas acerca de la cuantía exacta de sus obligaciones, no es dable poner en tela de juicio la buena fe implícita en su confesión de deber la suma que depositaron, ni tampoco calificar de irrisoria tal cantidad, por ser epíteto que conviene solamente a lo que es risible o insignificante.

Por lo dicho el cargo no prospera.

Consideraciones de instancia

La prosperidad de los cargos primero a quinto determina que la sentencia recurrida deba ser casada y en su lugar la Corte deba pronunciar la correspondiente decisión de instancia, a lo cual procede mediante las consideraciones que siguen.

Recaen los cargos mencionados sobre las pretensiones del actor relacionadas con el pago de su participación salarial conocida como prima de "ambulancia", pago de dominicales y festivos; cesantía; primas de servicio; y vacaciones, que la Corte analiza en el mismo orden.

- 1. Prima de "ambulancia".- Esta retribución salarial adicional es equivalente, como se ha visto, al 15% de los recaudos hechos por los conductores de la empresa, por concepto del transporte de pasajeros durante sus recorridos. La sociedad demandada, en la liquidación proforma del folio 6, para efectos de la cesantía de Londoño, calculó el valor de la "ambulancia" en un promedio mensual de \$300.00. Admitido por la empresa, a través de la confesión en posiciones de uno de sus codemandados, en punto sobre el cual deponen contestes dos testigos, que a Londoño, como a los demás choferes de "Transportes Arango", se les dejó de pagar el valor de la mencionada prima durante los últimos veintiséis meses, sin razón valedera alguna distinta de que tal participación era inconveniente para los intereses de la empresa, el monto de lo adeudado a Londoño es lo que resulta de multiplicar el promedio de la "ambulancia", tal como lo estimó la propia demandada, por el número de meses pendientes de pago. La operación aritmética correspondiente da la suma de \$7.800.00 igual a la fijada por el a quo, decisión que deberá ser confirmada en este punto.
- 2. Dominicales y festivos. Dada la irregularidad del servicio prestado en tales días, según lo manifiestan los testigos traídos al debate probatorio por el actor, es preciso atenerse a la estimación global hecha por la misma empresa en la referida liquidación proforma, que arroja la cantidad de \$1.344.00, la cual deberá ser deducida contra la empresa en lugar de la señalada por el juzgador de primera instancia
- 3. Cesantía. De conformidad con el art. 17 del Dcr. 2351 de 1965 aplicable al sub lite, el auxilio de cesantía se liquida tomando como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los últimos tres meses, como es el caso de autos. El demandante sirvió a la empresa, sin interrupción alguna, desde el 3 de noviembre de 1959, fecha en que reingresó después de haber laborado bajo un contrato de

trabajo anterior debidamente cancelado, hasta el 18 de octubre de 1965, en que fue despedido, o sea un lapso total de seis (6) años, once (11) meses, quince (15) días. Para la liquidación de esta prestación debe tenerse en cuenta el último salario devengado por el actor, el cual resulta de sumar el salario básico de \$ 336.00 mensuales con la participación o prima de "ambulancia" señalada por la empresa, en la cantidad de \$300.00 también mensuales, lo que da un salario mensual de \$636.00, que multiplicado por el tiempo de servicio en años completos y fracciones de año, arroja la suma de \$4.425.50 que le corresponde a Londoño en concepto de cesantía, en vez de la señalada por el a quo, punto en el cual el fallo apelado debe sufrir modificación. La liquidación de esta prestación se mantiene dentro de los límites del recurso tal como ha prosperado.

4. Primas de servicio. Esta prestación se halla gobernada en el sub lite por el art. 306 lit. b) C. S. T., el cual manda que las empresas de capital menor de \$200.000.00 paguen una prima de servicio a sus trabajadores igual a quince días de salario, pagadero en la siguiente forma: una semana el último día de junio y otra semana en los primeros veinte días de diciembre, pagadero por semestres del calendario a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre; o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa.

No hay constancias procesales de que al demandante se le haya cubierto en ningún tiempo esta prestación especial, pero habiendo alegado expresamente los demandados la prescripción extintiva de las acciones laborales ejercitadas, la condenación al pago no puede extenderse más allá de las primas de servicio causadas con anterioridad de tres años a su fecha de exigibilidad (art. 488 C. S. T.).

"La prescripción del derecho consagrado por el art. 306 C. S. T., referente a la prima de servicios —dice la jurisprudencia laboral— empieza a correr, en cada semestre del calendario, desde el día siguiente al de la fecha señalada en ese artículo para efectuar el pago, o sea, que la prescripción de la prima de servicios correspondiente al primer semestre de cada año del calendario que debe pagarse el último día de junio, empieza a correr desde el 10. de julio siguiente; y la correspondiente al segundo semestre de cada año del calendario, empieza a corter desde el cada año del calendario, empieza a corter desde el cada año del calendario, empieza a co-

rrer desde el día 21 de diciembre del mismo semestre". (G. J., XCI, 1222).

Por manera que las primas de servicio aún no prescritas y a las cuales debe limitarse la condena, son las causadas por los semestres correspondientes a los años 1963 y 1964, el primer semestre de 1965 y el período de 3 meses y 18 días del segundo semestre del mismo año, que el demandante Londoño alcanzó a trabajar. Sobre un salario mensual de \$636.00, hechas las operaciones aritméticas respectivas, arroja una suma global en favor del actor, por este concepto, de \$881.57 a que deberá ser reducida la condena que dedujo el a quo por este concepto.

5. Vacaciones.- El art. 14 numeral 20. del Dcr. 2351 de 1965, aplicable a la litis, expresa que cuando el contrato de trabajo termine sin que el trabajador hubiere disfrutado de vacaciones, la compensación de éstas procederá por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año, siempre que éstas excedan de seis meses.

Caso de haberse alegado la prescripción. como ocurre aquí, la extinción de la acción se cuenta, no desde el día en que se causa el derecho a disfrutar de las vacaciones, sino desde el día en que se cumple el año subsiguiente, dentro del cual el patrono está obligado a señalar el tiempo de su disfrute, de acuerdo con el art. 187 C. S. T., tal como lo ha advertido la jurisprudencia laboral. Es decir, que el actor tiene derecho a reclamar, por no haberse extinguido en virtud de la prescripción, las vacaciones correspondientes a los años 1962, 1963, 1964 y la fracción proporcional al tiempo servido en 1965 (9 meses y 18 días). Hechos los cálculos pertinentes, de acuerdo al último salario de \$636.00 devengados por el actor, tiene éste derecho a vacaciones compensadas en dinero por valor global de \$ 1.040.57.

Las condenas hechas en este fallo por salarios insolutos y prestaciones sociales ascienden en total a \$15.491.64. Pero como la parte demandada consignó la suma de \$5.240.89 que creyó deber al actor por tales conceptos, la cual aparece recibida por su apoderado en el juicio, es procedente confirmar en este punto, al par con la prescripción extintiva, la excepción de pago parcial, reconocidas y declaradas ambas en el fallo de primera instancia. Por consiguiente, deberá restarse esta última cantidad de aquella otra, para hacer una sola condenación por el saldo líquido de \$10.250.75 que queda a favor del actor.

RESOLUCION:

Visto lo cual, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia acusada y en función de instancia REFORMA la de primer grado dictada por el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín el 16 de enero de 1967, la cual queda así: Primero.- Decláranse probadas las excepciones perentorias de prescripción extintiva de las acciones laborales pertinentes y la de pago por consignación. Segundo.- Condénase a la sociedad "Transportes Arango Limitada", representada por sus socios liquidadores Carlos Antonio Arango H. e Israel Maya Ortiz, a pagar al demandandante Domingo Antonio Londoño Tabares la suma líquida de diez mil doscientos cincuenta pesos con setenta y cinco centavos (\$10.250.75) en concepto de salarios insolutos (prima de ambulancia) y prestaciones sociales. Tercero. Absuélvese a la parte demandada de las demás súplicas del libelo.

Sin costas.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

CASACION (Técnica)

Para que la acusación sea eficaz, es necesario, en el cargo, atacar la sentencia en su soporte fundamental.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 42).

Aurelia Flórez Villamizar demandó por conducto de apoderado, a Sabina Guzmán de Rodríguez, vecina de Bogotá, pidiendo se la condenara a pagarle las siguientes sumas de dinero: por concepto de salarios insolutos, \$210.00; por auxilio de cesantía, \$5.020.00; por vacaciones no disfrutadas, \$1.200.00; por primas de servicio, \$2.400.00; y por dominicales y festivos, \$7.900.00. Pidió además indemnización por mora y condenación en costas en caso de oposición.

Como fundamentos de hecho alegó la demandante que en virtud de contrato meramente consensual celebrado el 17 de enero de 1938, entró a prestar servicios de camarera en el hotel "El Demócrata", de propiedad de la señora Carmen Guzmán; que fallecida aquella señora, el 16 de marzo de 1952, siguió desempeñando el mismo trabajo al servicio de la demandada Sabina Guzmán de Rodríguez, quien como hija de la primitiva dueña recibió el negocio y se encuentra al frente de él; que el 15 de diciembre de 1958 se vio precisada a retirarse por el mal ambiente que le hicieron; que al retirarse no recibió el pago de las prestaciones sociales, ni el sueldo correspondiente a la última quincena; y que la demandada está en la obligación de cubrir todas las prestaciones en virtud de la sustitución patronal, de acuerdo con el art. 67 del C. S. T.

Al contestar el traslado Sabina Guzmán de Rodríguez propuso la excepción de inepta demanda alegando que el negocio en que la demandante prestó sus servicios no pertenece a ella sola, por cuanto también son propietarios de él sus hermanos Luis y Marcos Guzmán, formando todos una sociedad comercial, por lo cual la acción ha debido dirigirse contra los tres socios o contra la sociedad. Alegó además, que la demandante se retiró del empleo por algún tiempo y que solo se deben las prestaciones correspondientes a dos años y medio, las cuales no se han podido liquidar porque la interesada no se ha avenido a ello; propuso también la excepción perentoria de prescripción en cuanto sea procedente y para el caso de que haya derechos que reclamar.

Después de agotada la tramitación del juicio el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, conocedor del negocio, sentenció absolviendo a la demandada, por cuanto encontró demostrado que el hotel "El Demócrata" no es exclusivamente de Sabina Guzmán, sino que pertenece además a Luis y Marcos Guzmán. El Tribunal Superior de Bogotá, al revisar aquella sentencia en apelación, declaró nulo todo lo actuado, desde la primera audiencia de conciliación y trámite. Vuelto el expediente al Juzgado, el apoderado de la demandante presentó nuevo libelo de demanda, haciéndola extensiva a los mencionados Luis y Marcos Guzmán. El Juzgado admitió la adición; mas apelado el auto en que tal resolvió, fue revocado por el superior. En tal forma, el negocio volvió a tramitarse con la sola audiencia de la primitiva demandada.

Agotada otra vez la tramitación, el Juzgado del conocimiento profirió la sentencia fechada el 23 de septiembre de 1960, que fue igualmente de sentido absolutorio. Apelada esta sentencia por la parte demandante, el Tribunal la confirmó, en fallo del 21 de junio de 1961.

Contra el fallo de segundo grado interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la demandante. Tramitado este en debida forma se procede a resolverlo. No hubo alegato de oposición.

El recurrente fija así el alcance de la impugnación: "El recurso de casación que interpongo tiene por objeto que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, invalide y revoque la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral de Bogotá, de fecha 21 de junio de 1961, materia de este recurso y que convirtiéndose en Tribunal de Instancia, entre a decidir sobre todas y cada una de las peticiones materia de demanda, con el fin de que se condene a la demandada a pagar las sumas que correspondan de conformidad a las peticiones mencionadas en el libelo".

Con tal propósito concreta la acusación en dos cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer cargo

Expresa el recurrente:

"Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de ser violatoria de la Ley sustantiva por infracción directa de la misma.

"En efecto, durante el juicio y por pruebas idóneas, se demostró el tiempo de servicio, el salario y la subordinación o dependencia de mi poderdante, tanto en relación con la primera patrona, como con la sustituta y demandada Sabina Guzmán de Rodríguez.

"El art. 249 del C. S. T., establece el derecho a cesantía, el art. 306 del mismo, a primas de servicio; el 57, el pago de salarios; el 186, y el 7o. del Dcr. de 1954, al pago compensatorio de vacaciones; los arts. 172 y 179, al pago de remuneración en domingos y días de fiesta y el 65 de la misma obra, el pago de indemnización por mora en pago de salarios y prestaciones. Establecido el tiempo de servicio, los salarios y la continuada dependencia y subordinación, es decir, configurado el contrato de trabajo, al no condenar a la demandada sustituta al pago de los salarios y prestaciones reconocidas por las disposiciones de Derecho positivo antes mencionadas, se violó directamente estas disposiciones, produciéndose una sentencia absolutoria. La violación fue directa de la ley sustantiva, independiente de errores de hecho o de derecho.

"Los arts. 67, 68 y 69 del C. S. T., reglamentan lo denominado 'sustitución patronal' y establecen que el patrono sustituto responde de las obligaciones propias y las del sustituído. La sentencia materia del recurso violó directamente estos artículos, ya que establecido en autos, que mi poderdante prestó servicios a Carmen Guzmán y que al fallecimiento de ésta fue sustituída como patrona por otros y posteriormente con Sabina Guzmán demandada, la cual obró como patrona, ya que pagó salarios dio órdenes y sustituyó en sus derechos a Carmen Guzmán, era responsable ésta de los salarios y prestaciones reclamados".

Se considera:

El tribunal fundamentó así la sentencia absolutoria que es objeto del recurso:

"La demandada Sabina Guzmán de Rodríguez al contestar el libelo con que se inicia este juicio opuso a las pretensiones de la demandante el hecho de que el Hotel El Demócrata en donde prestó servicios la actora, pertenece a Luis Guzmán, Marcos Guzmán y a la demandada, los cuales se han turnado en la administración de dicho negocio, y que ella ha sido la administradora durante los dos últimos años del lapso en que prestó sus servicios la demandante. Este hecho está comprobado con los diversos testimonios que figuran en el expediente lo mismo que por la confesión que sobre tal hecho hace la misma demandante en la diligencia de absolución de posiciones.

"Se deduce de lo anterior que la demanda que debió ser dirigida contra los tres propietarios del establecimiento en el cual sirvió la demandante, se encaminó únicamente contra uno de ellos, o sea Sabina Guzmán de Rodríguez, lo cual quiere decir que en el presente juicio se ha demandado a persona distinta de la obligada.

"En otras palabras, no se ha demostrado aquí que la obligación cuyo cumplimiento se reclama exista en cabeza de la demandada Sabina Guzmán de Rodríguez. Se echa pues de menos, en el presente asunto, el elemento de la acción denominada legitimación en causa pasiva, por la cual se entiende la identidad del demandado con la persona sujeta a la obligación que se pretende deducirle en el juicio, fenómeno que determina su absolución".

Como se ve, la sentencia acusada tiene un soporte que no ataca el recurrente. Este habla del fenómeno jurídico de la sustitución de patronos, y acusa al fallador de haber violado directamente las normas que lo contemplan, así como las que consagran los derechos reclamados en la demanda.

El Tribunal, por su parte, consideró demostrado, con prueba testimonial y con la confesión de la demandante, que Sabina Guzmán de Rodríguez no es la única propietaria del hotel "El Demócrata", sino que esta empresa pertenece a tres personas, todas las cuales han debido ser demandadas. Para destruir este argumento único de la sentencia, había que demostrar: o que la situación planteada no existe, con lo cual se denunciaría un error de hecho, no atacable por la vía directa; o, admitiendo tal situación, que el Tribunal le atribuyó un significado que no tiene, frente a las disposiciones legales. En este último caso, las normas que resultarían violadas, en una violación medio, no serían las relacionadas con la sustitución de patronos. sino otras.

En suma, en el cargo no se ataca la sentencia en su soporte fundamental. La acusación resulta por eso ineficaz y no prospera.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia por violación de los arts. 249, 57, 186, 306, 172, 179, 65, 67, 68, 69 del C. S. T., 2324 del C. C. y 40 de la Ley 28 de 1931, violación causada por error de derecho en que incurrió el fallador.

En el desarrollo del cargo anota el recurrente que el Tribunal dio por establecida la existencia de una comunidad de bienes entre la demandada y dos presuntos hermanos suyos, al paso que en la contestación de la demanda se excepcionó afirmando que había una sociedad comercial. Luego expresa:

"Para demostrar estos hechos simplemente se llevaron al expediente unas declaraciones, por medio de las cuales se demuestra o se pretendió hacerlo, que Sabina Guzmán, era hija de Carmen Guzmán y hermana de Luis y Marcos y que por tanto al fallecimiento de Carmen, se formó una comunidad de bienes entre sus hijos. comunidad que fue, según declaraciones administradas alternativamente por cada uno de ellos y finalmente por la demandada, ésta en los últimos años. No son las declaraciones las pruebas idóneas para demostrar parentesco, sino las actas de registro del Estado Civil o las pruebas supletorias, de conformidad con el art. 18 de la Ley 92 de 1938, que establece esta prueba y en cuanto a la prueba de la sociedad comercial tampoco se puede hacer por declaraciones, sino de conformidad con lo dispuesto por el art. 40 de la Ley 28 de 1931, es decir por medio de certificado expedido por la correspondiente Cámara de Comercio".

Al final agrega el recurrente:

"Subsidiariamente y no como un cargo nuevo, sino como violación de la ley sustantiva por errónea interpretación de la prueba, ya que establecido que Sabina Guzmán fue administradora de la comunidad, se violaron los arts. del C. S. T. antes mencionados, por violación indirecta al violarse el art. 2324 del C. C. que establece que toda comunidad universal de bienes, cada uno de los comuneros es responsable de las deudas adquiridas a nombre de la comunidad y por lo tanto la demandada, era responsable de los salarios y prestaciones a cargo de la comunidad, si ésta existió y por lo tanto por este aspecto debe casarse la sentencia y entrar a resolver las peticiones de la demanda".

Se considera:

1. En la argumentación de la sentencia acusada que antes se transcribió, el Tribunal afirma, simplemente, que según está demostrado por la propia confesión de la demandante y por la prueba testimonial, el hotel "El Demócrata" donde aquella prestó sus servicios pertenece a Luis Guzmán, Marcos Guzmán y a la demandada, y que los tres se han turnado en la administración del negocio. Y el propio recurrente empieza diciendo que el Tribunal dio por demostrada la existencia de "una comunidad de bienes".

El fallador no habló, pues, de la existencia de una sociedad comercial regular; tampoco de que el negocio pertenezca a una sucesión, de que los derechos los tengan las personas nombradas a título hereditario, o de que los hayan adquirido por causa de muerte de la señora Carmen Guzmán, en calidad de hijos de ella. Si alguna de esta situaciones se invocara, bien estaría exigir una comprobación solemne.

Pero el Tribunal se limitó a admitir como establecida una "comunidad de bienes", según expresión que usa el mismo recurrente, o una copropiedad en el negocio, o una compañía de hecho; y esto es lo que al parecer existe, con la adehala de que la comunidad o compañía de hecho apenas recae sobre la explotación del negocio de hospedajes, porque al fl. 116 se da a entender que la casa está tomada en arrendamiento. Es claro que una realidad de tal significación bien puede darse por demostrada con cualquier medio de prueba, como la confesión a los testimonios. Mal puede, entonces, hablarse de error de derecho, o de que se hubieran admi-

tido medios probatorios no autorizados por la lev.

No prospera, pues, la acusación.

2. En lo tocante a la última acusación, se tiene:

El recurrente la agrega "subsidiariamente y no como un cargo nuevo", según su propia aclaración; y la concreta a la violación indirecta del art. 2324 del C. C., por "errónea interpretación de la prueba", ya que ésta demuestra que Sabina Guzmán de Rodríguez es administradora de la comunidad y responsable, por ello mismo, de las obligaciones laborales de ésta.

En verdad lo que así se concibe es un cargo nuevo o distinto del que se acaba de ver. Se acusa aquí la violación del art. 2324 del C. C., cometida por error de hecho causado por errada apreciación de pruebas. Pero el recurrente no expresa cuáles fueron las pruebas mal apreciadas, que guarden relación con el hecho que enuncia, o sea que Sabina Guzmán de Rodríguez era administradora de la comunidad. Por lo demás, si la acusación se basa en este hecho, faltó al recurrente indicar cuál norma laboral de carácter sustantivo fue la violada. Citó, es cierto, el art. 2324 del C. C.; pero tra-

tándose de una disposición de carácter civil, su violación apenas podía acusarse como medio de violación de la norma sustantiva laboral. Ya que se invoca respecto de la demandada la condición de administradora de la comunidad, resultaría aplicable el art. 36 del C. S. T.; pero esta disposición no se encuentra relacionada tampoco en el enunciado general del segundo cargo, dentro del cual está involucrada la censura que se estudia.

Se rechaza, pues, este último aspecto de la acusación.

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 objeto del recurso, pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

SALARIO

Por salario, en términos generales, se entiende la remuneración con que se retribuyen servicios personales. Y si bien es cierto que el patrono y el trabajador libremente pueden convenir el salario en sus diversas modalida-

des, también lo es que esta libertad tiene el

límite que le impone el "salario mínimo".

Como quiera que todo trabajador dependiente debe ser remunerado, para evitar que esto no suceda por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador, el Estado ha procedido a señalar tal remuneración mínima no de una manera arbitraria, sino teniendo en cuenta adecuados factores que han sido materia de estudios cuidadosos, tales como el costo de vida, las modalidades mismas del trabajo, la capacidad económica de los patronos, la clase de actividad y las condiciones de cada región. Ya cabe aqui advertir además, que automáticamente el salario mínimo modifica los contratos de trabajo en los cuales se haya estipulado un salario inferior. Y si toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo y éste se integra con elementos que son de su esencia, tales como la actividad personal del trabajador, su continuada dependencia respecto del patrono y el salario, como retribución del servicio, preciso es entender que aceptada la relación de trabajo personal, se admite consecuencialmente la existencia de un salario y si su cuantía no ha sido establecida, deberá serlo acudiendo al salario mínimo, como lo dispone la ley, pues de lo contrario se incurriría en el fenómeno de enriquecimiento sin causa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección primera. — Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. Mario Barios M.).

(Acta No. 35).

Ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta y por medio de apoderado, el señor Herminio González H. demandó al doctor Rafael Barrios Ferrer con el fin de que, previos los trámites de rigor se le condene a pagarle el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo durante el cual le prestó sus servicios como dependiente de su almacén; "el término presuntivo de su contrato de trabajo"; los sueldos que no le fueron cancelados, correspondientes a los meses de abril a agosto, inclusive, del último año de servicios; el valor de las primas de servicio de todo el tiempo trabajado; las vacaciones correspondientes al mismo lapso; el aumento decretado en 1957 sobre los salarios; la indemnización moratoria, los intereses legales y las costas del juicio.

Los hechos en los cuales apova el actor las an-

teriores peticiones indican: Que González H.

celebró contrato verbal de trabajo con el demandado, en virtud del cual se comprometió a desempeñar el cargo de almacenista en el Almacén de propiedad del doctor Barrios Ferrer, con remuneración de \$200.00 mensuales. Que comenzó a prestar sus servicios el 15 de junio de 1957 y que el 27 de agosto, sin causa justa, fue despedido. Que no disfrutó del aumento del 15% ordenado por el Decr. 6118 de 1957, cuya vigencia se inició el 1o. de julio de ese año. Que el demandado le adeuda el valor de los salarios correspondientes a los meses comprendidos de abril a agosto, inclusive, de 1960. Que le adeuda así mismo el valor de las vacaciones, como quiera que nunca disfrutó de ellas. Que fue despedido injustamente y que el demandado se ha negado rotundamente a pagarle el valor de las prestaciones causadas y los salarios por los meses

El Juez del conocimiento decidió la litis en sentencia de fecha 6 de septiembre de 1961, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

ya indicados.

"10. Condénase al doctor Rafael Barrios Ferrer, a pagar al señor Herminio González, lo que a continuación se expresa:

- "a) Por salarios insolutos, la suma de seiscientos noventa pesos (\$ 690,00) m / l.;
 - "b) Por auxilio de cesantía, la suma de cua-

trocientos veinticinco pesos con cincuenta centavos (\$ 425,50) m/l.:

- "c) Por primas la suma de cuatrocientos catorce pesos (\$ 414.00) m/l.;
- "d) Por vacaciones causadas y no disfrutadas, la suma de doscientos siete pesos (\$207,00) m/l.; y
- "e) Por salarios caídos, la suma de cuatro pesos con sesenta centavos (\$ 4,60) diarios, a partir del primero de septiembre de 1960, y hasta la satisfacción completa de las prestaciones aquí líquidadas.
- "2. Absuélvese al doctor Rafael Barrios Ferrer, de los demás cargos impetrados en el libelo de demanda.

"Con cestas".

Al conocer por apelación de este negocio, el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, dispuso:

"Refórmase el fallo proferido por el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, con fecha 6 de septiembre de 1961 en lo referente a los puntos de su parte resolutiva sobre salarios insolutos y salarios caídos, en el sentido de que aquellos se limitan a los meses de abril, mayo, junio y julio de 1960, y estos deben reconocerse y pagarse a partir de 10. de agosto y no de septiembre de 1960. Confírmase en todo lo demás la referida sentencia y condénase en las costas de esta instancia al demandado".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación la parte demandada, cuyo apoderado propone dos cargos previo el siguiente alcance de la impugnación:

"Impugno la sentencia de segunda instancia, proferida por el Honorable Tribunal de Santa Marta, Sala Civil Laboral de decisión, de fecha veinticinco de julio de mil novecientos sesenta y dos (1962) la cual obra a los folios cincuenta y uno (51) a sesenta y uno (61) inclusive, del expediente, por haber confirmado la sentencia del a quo en todas sus partes, excepto en cuanto a los salarios insolutos y a la fecha en que se inicia el pago de los salarios caídos; mediante la cual se condenó al demandado, para que la Honorable Sala Laboral de la Corte, revogue la sentencia materia del presente recurso y que por ende quede sin base legal ni judicial la sentencia proferida por el a quo, ya que ambas sentencias son incompletamente injurídicas como lo voy a demostra: más adelante. En otros términos que se absuelva al demandado de todos los cargos y condenas ordenados en la sentencia acusada".

Y a continuación procede el recurrente a formular el primer cargo, lo que hace en los términos siguientes:

"Primera causal del artículo ochenta y siete (87) del Código Procesal del Trabajo (C. P. T.) D. L. 2.158 de 1948. Acuso dicha sentencia de segunda instancia, en la parte que corresponde a lo resuelto sobre salarios devengados por el actor, en los cuales aplicó el H. Tribunal, el salario mínimo que había por esa época y el aumento decretado por otra disposición legal. La violación es directa, por aplicación indebida, motivada por haber dejado de aplicar el art. 40. de la Ley 187 de 1959, y haber, en cambio aplicado las siguientes disposiciones legales: arts. 27, 38, 127 a 148 del C. S. T.; Decrs. números: 2118 y 2214 de 1956 y Decr. 118 de 1957; disposiciones legales todas las citadas en el presente cargo de orden sustantivo laboral".

A continuación el casacionista procede a hacer la demostración del cargo y sostiene, en síntesis, que el art. 144 del C. S. del T. solamente tiene aplicación en aquellos casos en que las partes no han estipulado salario. Cuando lo han convenido mas no se ha podido establecer su cuantía en el curso del juicio, deberá aplicarse, dice, lo que dispone el art. 40, de la Ley 187 de 1959, siendo imperativa su fijación por medio de peritos. Si se omite este medio de prueba, agrega el casacionista, queda sin demostración este extremo del contrato de trabajo, haciéndose entonces necesaria la absolución del demandado. Tal el caso que se estudia, de donde, por omisión del señalamiento del salario por parte de los peritos, habiendo sido convenido por las partes pero no demostrado en su cuantia, considera el recurrente, que el Tribunal incurrió "en violación directa, por aplicación indebida, motivada por haber dejado de aplicar el art. 40. de la Lev 187 de 1959" y haber en cambio aplicado las demás disposiciones que cita.

La parte demandante, también por medio de apoderado, presentó oportunamente escrito de oposición, en el cual formula críticas al recurso que se estudiará adelante, por estimar que no se ajusta en su sustentación a la técnica de la casación así como también porque considera que el alcance de la impugnación denota confusión y vaguedad, lo que obedece, posiblemente, dice, a que el recurrente cree que este recurso extraordinario es una tercera instancia. De ahí concluye, que la Sala deberá desestimar

el recurso v en consecuencia no deberá casar la sentencia acusada. Pero agrega, si por amplitud la Sala procede a su estudio, deberá tener en cuenta que al decir el impugnador que hay violación directa por aplicación indebida del art. 40. de la ley 187 de 1959, y de los preceptos contenidos en los arts. 27, 38, 127 a 148 del C. S. del T., incurre en un tremendo error de técnica, para establecer el cual, transcribe jurisprudencia reiterada de la Corte. Y en cuanto al segundo cargo dice que los errores de hecho anunciados por el recurrente, no han sido por este demostrados así como tampoco su incidencia en la parte resolutiva de la sentencia. Afirma a su turno que, la Corte debe tener en cuenta que el sentenciador de segundo grado "goza de amplia autonomía para apreciar el material probatorio" y que en virtud de tal libertad, apreció las pruebas puestas a su consideración, que fueron motivo de un razonado estudio, lo que impide que prospere la acusación.

Se estudia:

Se colige que el fin que se propone el casacionista no es otro que el obtener que se case totalmente la sentencia acusada y que obrando la Corte como tribunal de instancia, revoque el fallo de primer grado y en su lugar se absuelva al demandado de todos los cargos que le han sido formulados en el libelo inicial.

No discute el impugnador en el primer cargo la prestación de los servicios del actor y ni siquiera que de ellos se hubiera beneficiado el demandado Barrios Ferrer. Se limita a sostener que la cuantía del salario no fue determinada en el juicio, aceptando tácitamente su estipulación por las partes, e indicando que en tales casos la única prueba admisible es el dictamen de peritos al tenor de lo que prescribe el art. 40. de la Ley 187 de 1959, y que, al no haberse producido tal dictamen como quiera que los peritos no fueron designados, la cuantía del salario no fue establecida concretamente, de donde este extremo quedó sin demostrarse, razón por la cual el Tribunal sentenciador ha debido absolver a la parte demandada de todos los cargos que le fueron formulados.

Ataca, pues, el recurrente la determinación tomada por el ad quem, fundamentada por este así: "En cuanto al salario que devengaba Herminio González, en vista de que los autos no arrojan prueba alguna sobre su cuantía, para determinar esta hay que atenerse a las nor-

mas legales vigentes en la época en que se prestó el servicio sobre salario mínimo. Estas normas son las de dos Decrs. 2214 y 118 de 1956 y 1957 respectivamente. En efecto para el mes de julio de 1957 en que empezó a trabajar Herminio González al servicio de Barrios Ferrer, el salario mínimo, según el art. 1o. aparte b), numeral 50. del Decr. 2214 de 1956 era de \$ 4.00 diarios. Este salario mínimo vino a ser aumentado automáticamente en 15%, en virtud de lo dispuesto en el art. 1o. literal a) del Decr. 118 de 1957, por consiguiente el valor de dicho salario vino a ser de \$4,60, que fue el que siguió rigiendo hasta la fecha en que Herminio González dejó de trabajar al servicio del doctor Barrios Ferrer".

Por salario, en términos generales, se entiende la remuneración con que se retribuyeron servicios personales. Y si bien es cierto que el patrono y el trabajador libremente pueden convenir el salario en sus diversas modalidades, también lo es que esta libertad tiene el límite que le impone el "salario mínimo". Como quiera que todo trabajador dependiente debe ser remunerado. para evitar que esto no suceda por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador, el Estado ha procedido a señalar tal remuneración mínima no de una manera arbitraria, sino teniendo en cuenta adecuados factores que han sido materia de estudios cuidadosos, tales como el costo de vida, las modalidades mismas del trabajo, la capacidad económica de los patronos, la clase de actividad y las condiciones de cada región. Y cabe aquí advertir además, que automáticamente el salario mínimo modifica los contratos de trabajo en los cuales se haya estipulado un salario inferior. Y si toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo y éste se integra con elementos que son de su esencia, tales como la actividad personal del trabajador, su continuada dependencia respecto del patrono y el salario, como retribución del servicio, preciso es entender que aceptada la relación de trabajo personal, como ocurre en el caso de autos, se admite consecuencialmente la existencia de un salario v si su cuantía no ha sido establecida. deberá serlo acudiendo al salario mínimo, como lo dispone la ley, pues de lo contrario se incurriría en el fenómeno de enriquecimiento sin causa. Sobre este particular es abundante la jurisprudencia de la Corte, que por conocida no es del caso transcribir.

De suerte que, al darle la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta aplicación a las normas sobre salario mínimo en el caso de autos, apenas sí cumplió con un mandato legal. Y es que la tesis del recurrente sobre el particular no solamente es equivocada, sino que de aceptarse, como lo propone, llevaría a situaciones de aberrante injusticia. La interpretación que da a la norma contenida en el art. 40, de la Ley 187 de 1959, como se verá a continuación, es equivocada. El texto legal dice: "Los salarios mínimos sustituven de derecho, durante su vigencia, cualesquiera otros inferiores que se havan estipulado o se estipulen. A falta de prueba del salario estipulado en cada caso, las condenas a que haya lugar en las controversias laborales, se calcularán sobre el que se señale por peritos designados oficiosamente por el Juez, sin bajar del respectivo mínimo".

La primera parte de la disposición se limita a reafirmar lo dicho por el art. 148 del C. S. del T.. o sea, que el salario mínimo de manera automática modifica los contratos en los cuales se haya estipulado un salario inferior, o aquellos que en un futuro señalen uno por debajo de su límite. Agrega luego el texto que se comenta, que a falta de prueba del salario convenido, en los juicios laborales se estará al que determinen los peritos designados de oficio por el Juez. pero siendo obligación de estos respetar el salario mínimo. Quiere decir lo anterior, que la ley busca, por medio de la institución de los peritos, que en las controversias laborales, se fije el salario más equitativo y justo, habida consideración de los conocimientos de los expertos, en aquellos casos en que la prueba correspondiente no haya sido aportada. Y así, si los peritos fijaren un salario inferior al mínimo legal. el Juez tendrá en cuenta este y no aquel. De suerte que en casos tales, el salario mínimo prevalecerá y será tenido en cuenta por el juez. Pero en manera alguna puede entenderse, como se desprende de lo anterior, que el dictamen pericial tenga un carácter imperativo. De ahí por qué, si el dictamen no se produce, por cualquiera circunstancia, así sea por desconocimiento de la norma por parte del funcionario, como parece ha sido lo ocurrido en el caso de autos, tal hecho no obsta para que el fallador. acuda a las normas generales sobre la materia.

Ahora bien, el Decr. 0118 de 1957 aumentó en un 15% el salario mínimo hasta entonces vigente, determinado por el 2214 del año anterior. Esto quiere decir, que el fallador debía, como lo hizo, tomar para determinar la cuantía del salario devengado por Herminio González, el salario mínimo, que por la época de iniciación de las labores de este, ya había sido elevado en el porcentaje indicado, o sea, que para entonces, el salario mínimo era de \$ 4,60 y no de \$ 4,00. De manera, que no encuentra la Sala que el sentenciador hubiera aplicado indebidamente las normas que cita el recurrente, de donde el cargo formulado no puede tener prosperidad.

Segundo cargo:

Lo formula en los siguientes términos el casacionista: "Primera causal del art. 87 del C. P. T., D. L. 2158 de 1948, por violación indirecta o de medio en que incurrió el H. Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral y Civil de Decisión, causada por error evidente de hecho al haber tenido como probado el tiempo de servicios del actor y en cuanto confirma las condenas del a quo; error este de hecho que aparece a primera vista y que tuvo su origen al haber estimado como probados los hechos que causan la reforma de la del a quo, al haberle dado valor probatorio a las declaraciones judiciales de: José Alzamora fls. 18, 19 y 20, Alejandro Duarte Ortiz, Mario Castro, fls. 20, 21, y 22, y, Eduardo Olarte Núñez, fls. 26, 27. Igualmente a la carta dirigida por el Banco Comercial Antioqueño. Sucursal de Santa Marta, de fecha veintiuno (21) de junio de mil novecientos sesenta y uno (1961), fl. 29; todo lo cual trajo como consecuencia la infracción de las siguientes disposiciones legales sustantivas laborales, arts. 24, 27, 47, 186, 187 y 189, 249 y 253, 306 y 308 del C. S. del T. art. 70. del Decr. 617 de 1954, finalmente el art. 65 del C. S. T.".

En la sustentación del cargo dice el recurrente que la Carta del Banco, fl. 29, no es un certificado ni una constancia. Que se trata apenas de un documento que incluye la relación de giros de cheques del demandado al actor, que no expresa causa ninguna. Que esta relación no tiene regularidad en el giro de los cheques y no expresa si se trata de obligaciones civiles o de obligaciones de carácter laboral satisfechas. Y luego procede a formular críticas a las declaraciociones de las personas mencionadas en el cargo. para concluír que ninguna de tales declaraciones da base para determinar el tiempo servido por González al doctor Barrios Ferrer y que a falta de esta determinación el sentenciador ha debido absolver al demandado. De donde concluye, hubo por parte del sentenciador una equivocada apreciación de tales pruebas, que lo llevaron a confirmar el fallo de primer grado y a producir las reformas del mismo a las cuales hizo referencia en el "alcance de la impugnación".

Se estudia.

Con reiteración ha dicho la Corte que el recurso de casación"... no es una tercera instancia que le permita hacer una nueva valoración completa de la litis, con la consiguiente evaluación de todos los elementos instructorios según el concepto que se forma de su mérito, sino un recurso extraordinario principalmente encaminado a rectificar cualquier violación de la ley sustantiva en que el juzgador haya podido incurrir. De ahí que la apreciación de las pruebas hechas por él sea intocable, aunque la Corte no esté de acuerdo con ella, salvo el caso excepcional de error grosero por lo evidente. Es decir, que la libertad del Tribunal sentenciador para estimar los medios de prueba sólo tiene el límite que le demarca lo absurdo de la conclusión a que lo lleve un error de apreciación probatoria, entendiéndose por conclusión absurda la que repugna a la razón natural. Mientras las consecuencias a que llegue el Juez sean el resultado de un razonamiento lógico, el Tribunal de casación ha de respetarlas, porque los preceptos legales sobre estimación de las pruebas están dirigidos al fallador, y es él quien debe aplicarlos".

En ese orden de ideas encuentra esta Sala, que en el caso de autos la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta no cometió ninguno de los pecados que anota el acusador. En efecto, no puede afirmarse que hubiera incurrido ostensiblemente en equivocada apreciación de las pruebas que tuvo a su consideración, —y que son las mismas que señala al recurrente—(en lo que parece consistir la fundamentación del cargo que se estudia), porque las que analiza en su fallo permiten sacar las consecuencias que extrajo y porque el razonamiento que alrededor de ellas hizo no repugna a la razón natural, como se verá enseguida:

Dice el declarante Mario Castro, —por razón del conocimiento que tuvo de los hechos materia del juicio—, que González trabajó para el doctor Barrios Ferrer desde julio de 1957 hasta el mes de agosto de 1960. Y obtuvo este testigo conocimiento de lo que afirma, porque en su condición de comerciante que visitaba asidua y frecuentemente el almacén del demandado, pudo percatarse directamente de ello. Esta sola declaración hubiera sido más que suficiente para formar el convencimiento del fallador. Sin

embargo, no se atuvo a este solo medio probatorio. Analizó igualmente la declaración de José Alzamora Rodríguez, quien manifestó que Herminio González trabajó para el demandado Barrios Ferrer desde el año de 1957 y que lo vio laborar a su servicio hasta julio de 1960. Esto le consta al testigo porque por motivo de trabajar en la Alcaldía de Santa Marta en frente de la cual está situado el almacén del demandado. pudo darse cuenta, con frecuencia casi diaria, de que el actor trabajó durante el lapso mencionado en dicho establecimiento. Y si en verdad el declarante no precisa el día y mes del ingreso de González, su dicho viene a darle mayor fuerza a lo afirmado por Mario Castro, como quiera que los dos coinciden por lo menos en cuanto al año de iniciación del contrato y mes de terminación del mismo. Más no satisfecho el sentenciador con tales pruebas, analizó el testimonio de Eduardo Olarte Nuñez, quien visitaba con frecuencia, con el propósito de adquirir repuestos, el almacén del demandado Barrios Ferrer, por lo que afirma que allí vio trabajando como dependiente a González que era la persona que lo atendía y despachaba sus pedidos. Más no se límita el declarante a lo anterior. Dice que en el año de 1957 era dueño del establecimiento o negocio llamado "Tulita" "y le cambié a Herminio González cheques de Barrios Ferrer". No sabe el testigo las fechas de ingreso y de salida del demandante, ni la causa del retiro. pero agrega que los cheques que le cambió a González eran "por valor de \$220.00., o \$200.00". Debe apreciarse que el cambio de cheques de que habla el testigo, se operó en el año de 1957 y que su valor coincide con el que señala en la demanda González como su sueldo mensual. Esta prueba viene a fortalecer aún más las anteriores, y si se considera que en el expediente aparece un documento que si bien analizado en términos probatorios, no tuye como dice el recurrente certificado ni consconstancia, como lo es la relación de cheques girados por Barrios Ferrer a Herminio González, suministrada por el Banco Comercial Antioqueño de Santa Marta, en donde áparecen cheques girados por diversos valores, el primero en agosto de 1957, sí puede tomarse como factor indiciario, como lo hizo el ad quem, habida consideración de que no está demostrada ninguna relación distinta de la laboral entre demandante y demandado, en estimar que las sumas giradas, y consignadas en dicha relación, por Barrios Ferrer corresponden a sueldos del primero, pagados por el segundo, y como el primer cheque fue girado en agosto 6 de 1957, obviamente y sin forzar las cosas puede concluírse que correspondía al sueldo del mes de julio.

Todas estas pruebas fueron analizadas por el ad quem y luego de haberlas sometido al tamiz de la crítica probatoria concluyó: "... De lo antes considerado resulta, pues, que los testimonios a que se viene aludiendo, analizados como se acaba de hacer, de acuerdo con el principio de libre convencimiento consagrado por el art. 61 del C. P. T. constituyen para esta Sala elementos de convicción para concluir, como lo hace el a quo en su falllo, que el actor señor Herminio González trabajó en el almacén de propiedad del doctor Rafael Barrios Ferrer, situado en la calle de San Francisco de esta ciudad, entre carreras 3a. y 4a. al servicio de este desde el mes de julio de 1957 hasta el de agosto de 1960, y que por consiguiente, a diferencia de lo que ha sostenido el apoderado del demandado Dr. Aristarco

Gómez en esta segunda instancia, sí se halla acreditado el elemento tiempo de servicio".

No demostrados, pues, los errores de hecho en que apoya el recurrente el cargo, este no puede prosperar.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte demandada.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Ramiro Araujo Grau, Conjuez.

PRESCRIPCION

Como en la fecha en que fue recibido el reclamo y en la de la notificación del auto admisorio de la demanda —que es el acto procesal con fuerza suficiente para interrumpir la prescripción y no el de la simple presentación del libelo, según reiterada jurisprudencia sobre la materia— ya había transcurrido el término de tres años de que tratan los arts. 488 del C. S. T., y 151 del C. P. L., resulta indiscutible el acierto del Tribunal al aplicar estas normas y declarar probada la correspondiente excepción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 42).

Por conducto de apoderado, Ananías Mateus Boncés demandó a la sociedad denominada "Petty Geophysical Company S. A." para que, mediante los trámites ordinarios, fuese condenada a pagarle las cantidades que se establezcan en el juicio por los conceptos de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, horas extras, descansos obligatorios, reintegro de sumas pagadas por alimentación, indemnizaciones por lucro cesante y por mora y al suministro de zapatos y overoles.

Según las voces del libelo, Mateus prestó sus servicios a la demandada, en distintos cargos y con diferentes remuneraciones, desde el 14 de abril de 1955 hasta el 22 de abril de 1956, fecha en la que fue despedido injustamente. Durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1955 trabajó horas extras nocturnas, pues la jornada comenzaba a las dos de la mañana y terminaba a las ocho de la noche. Con el cómputo de su valor y el del trabajo en domingos y festivos obtuvo un salario promedio de \$ 19.10 diarios. Al ser retirado se le liquidó la suma de \$ 360.00 por concepto de cesantía y vacaciones, pero no la aceptó por no estar conforme con ella; al solicitarla posteriormente, se le manifes-

tó que ya no se le pagaba. El 10 de abril de 1959, por medio de su apoderado, formuló reclamo escrito a la sociedad.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor, negando unos hechos y aceptando otros, y alegó la excepción perentoria de prescripción.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, desató la litis, en sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos sesenta, declarando probada la excepción propuesta y condenando en costas al demandante.

El procurador judicial de éste interpuso recurso de apelación contra ese proveído, y el Tribunal Superior de Bogotá, al desatarlo, lo confirmó e impuso las costas de la alzada al apelante.

Contra ese fallo, proferido el día trece de marzo de mil novecientos sesenta y uno, el mismo apoderado interpuso el recurso de casación que se va a decidir, mediante el examen de la respectiva demanda y del escrito del opositor.

EL RECURSO

Persigue el recurrente que se case totalmente la sentencia impugnada y que la Sala, en sede de instancia, revoque la de primer grado, y, en su lugar, condene a la entidad demandada de acuerdo con las peticiones del libelo inicial.

Al efecto, con invocación de la causal primera del art. 87 del C. P. L., formula tres cargos, que se examinarán conjuntamente por referirse al mismo aspecto del litigio y presentar defectos en común.

, Los cargos

El primero acusa la violación directa de los arts. 249, 189 (art. 70. del Dcr. 617 de 1954), 64, 65 y 306 del C. S. T., por haberse dejado de aplicar, a través de la defectuosa aplicación del 489 ibídem y de los arts. 25, 12, 2524, 2535 y 2539 del C. C. El segundo y el tercero acusan las mis-

mas normas, por interpretación errónea y por vía indirecta, respectivamente, con excepción del precepto 489 del C. S. T., el cual sustituyen por el 19 de ese Código y por el 80. de la Ley 153 de 1887.

Se considera

La resolución del Tribunal, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción, está basada en el hecho de haber encontrado demostrado que entre la fecha en que las obligaciones reclamadas se hicieron exigibles y la en que se notificó el auto admisorio de la demanda, transcurrió un lapso superior a tres años, sin que se hubiese producido válidamente interrupción de ese término. Y en derecho aparece apoyada en los arts. 488 del C. S. T., y 151 del C. P. L., que son las normas laborales que consagran el medio exceptivo reconocido en la sentencia.

Pues bien: en ninguno de los tres cargos señalan como violadas esas disposiciones, circunstancias que los hace totalmente ineficaces, pues los verdaderos soportes jurídicos del fallo permanecen inatacados. Para que la censura sea atendible —ha dicho reiteradamente la jurisprudencia- debe venir formulada mediante una proposición jurídica completa, entendiéndose por tal la que denuncia la violación de todo el complejo de normas que sustentan la decisión y sus consecuencias. Esto es, que en ningún caso deben dejarse de indicar como infringidos los preceptos que crean, modifican o extinguen el derecho que la sentencia declara o desconoce, porque es en virtud de su aplicación o inaplicación como se causa el agravio cuya enmienda se persigue en el recurso. De no hacerse así, el ataque resulta incompleto y no permite el estudio de fondo.

En el primer cargo, además, se expresa que la violación del art. 489 —de la cual se hacen depender las otras infracciones que se afirman—se produjo por "defectuosa aplicación", cuando la realidad es que el fallador se abstuvo de aplicarlo con fundamento en que el reclamo escrito con que se quiso interrumpir la prescripción fue recibido por el patrono extemporáneamente, es decir, cuando ya había transcurrido el término que da lugar al nacimiento de ese fenómeno.

Esta apreciación del ad quem la comparte íntegramente la Sala por tener pleno respaldo probatorio en los autos. Con efecto, la dicha reclamación, si bien fue entregada a uno de los empleados de la demandada el 10 de abril de 1959, apenas fue conocida por el representante legal de ésta el día 23, fecha de su regreso al país, como se comprobó debidamente. La ausencia del destinatario de esa comunicación se le hizo saber oportunamente al reclamante y al mismo tiempo se le informó que existían otros representantes de la empresa a quienes podía dirigirse, pero prefirió no hacerlo, o al menos no acreditó que lo hubiese hecho.

Como en la fecha en que fue recibido el reclamo y en la de la notificación del auto admisorio de la demanda —que es el acto procesal con fuerza suficiente para interrumpir la prescripción y no el de la simple presentación del libelo, según reiterada jurisprudencia sobre la materia— ya había transcurrido el término de tres años de que tratan los arts. 488 del C. S. T. y 151 del C. P. L., resulta indiscutible el acierto del Tribunal al aplicar estas normas y declarar probada la correspondiente excepción.

Por manera que, aún el supuesto de que los cargos comprendieran la acusación de esas disposiciones y estuviesen adecuadamente formulados, no habrían podido prosperar.

Los ataques son, pues, ineficaces y se rechazan, en consecuencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día trece de marzo de mil novecientos sesenta y uno.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

COEXISTENCIA DE CONTRATOS

Según el art. 26 del C. S. del T. permite que un trabajador pueda celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, pero no prohibe que un trabajador pueda celebrar dos o más contratos de trabajo, con un mismo patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 42).

Ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de Bogotá, Justo Honorio Rodríguez Penagos demandó por intermedio de apoderado, a la empresa "Acerías Paz del Río S. A." para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se la condenase a pagarle las sumas que resulten probadas por los conceptos de salarios insolutos, auxilio de cesantía, primas de servicio, dominicales y festivos, horas extras, recargo por trabajo nocturno, indemnización moratoria y las cosdel juicio. O, en subsidio, el valor de las horas extras ordinarias y extraordinarias (sic) trabajadas en el lapso comprendido entre el 27 de octubre de 1954 y el 17 de octubre de 1955, reajuste de cesantía e indemnización por mora.

Afirmó en el libelo que comenzó prestando sus servicios a la demandada, en el cargo de Oficial de 2a. Clase en el Departamento de Ingeniería Eléctrica, en las instalaciones de Belencito, Municipio de Nobsa (Boyacá), el día 10 de marzo de 1954, con un salario promedio de \$ 13.78 diarios y cumpliendo una jornada de 8 horas. El 27 de octubre de 1954 se le nombró como Operador y Celador de la Planta de Luz del Barrio Económico de Duitama, ĉargo que desempeñó a partir de esa fecha, a continuación de la otra labor, pero con la interrupción del tiempo indispensable para trasladarse de un sitio de trabajo al otro, hasta el 17 de octubre de 1955. Esta segunda jornada comenzaba a las 5 o 6 de la tarde y terminaba a las 5 o 6 de la mañana y el servicio lo prestaba también en días domingos y festivos. En varias ocasiones solicitó que se le fijara el salario correspondiente a esta labor y últimamente se le ofreció una remuneración de \$4.00 diarios, pero la rechazó porque a los Operadores y Celadores de la Planta de Sogamoso, que eran dos, se le pagaba a cada uno \$12.00 más la vivienda. Este segundo contrato terminó sin que se le hubiese pagado suma alguna por concepto de salarios y prestaciones.

La demandada negó la totalidad de los hechos afirmados en el libelo y se opuso a las pretensiones del actor. Alegó, además, la excepción perentoria de prescripción.

El Juzgado del conocimiento desató la controversia en fallo proferido el doce de mayo de mil novecientos sesenta y dos, condenando a "Acerías Paz del Río S. A" a pagar las cantidades de \$ 4.640.00 por concepto de salarios insolutos; \$ 386.50 por cesantía: \$ 318.88 por primas de servicio; \$ 564.00 por dominicales; \$ 180.00 por festivos; \$ 912.00 por recargo de trabajo nocturno, \$ 159.96 por lucro cesante y el 60% de las costas; la absolvió de las demás súplicas y declaró no probada la excepción propuesta.

La apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes fue resuelta por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y dos, introduciendo las siguientes modificaciones a la decisión del a quo: redujo las condenas por salarios insolutos, primas, dominicales y festivos a las sumas de \$1.200.00, \$111.09 y \$228.00, respectivamente; mantuvo las relativas a cesantía y costas; revocó las producidas por trabajo nocturno y lucro cesante; condenó a pagar \$12.00 diarios, a partir del 18 de octubre de 1955, a título de indemnización moratoria; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción: absolvió de las restantes súplicas v no hizo condenación en costas en la alzada.

Los mismos representantes judiciales recurrieron en casación contra el fallo anterior, pero el recurso de la parte demandante fue declarado desierto. Como el de la demandada recibió la adecuada tramitación y se encuentra en estado de ser decidido, a ello se procede, mediante el examen de la respectiva demanda y del escrito de réplica.

EL RECURSO

Aspira el recurrente a que la sentencia que impugna sea casada parcialmente, en cuanto "condenó al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de un contrato de trabajo que a juicio del sentenciador existió entre las partes".

Con tal propósito formula dos cargos que la Sala examinará en conjunto por predicar ambos violación directa de unas mismas disposiciones.

Los Cargos

Acusa el fallo de violar el art. 26 del C. S. T., en relación con los arts. 22, 23, 24, 65, 172, 173, 177, 249, 253, 306, 158, 159, 160, 161, 162, 168 y 169 ibídem, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

Para la demostración del primer concepto de violación, expresa el impugnante que no discute los hechos básicos del litigio, o sea que las partes estuvieron vinculadas por dos contratos de trabajo durante un mismo tiempo, pero ejecutados en jornadas y cargos diferentes. Mas arguye que esa situación no está regulada por el art. 26 del C. S. T. que se refiere a la coexistencia de varios contratos de trabajo entre un mismo trabajador y dos o más patronos —y que al serle— aplicado por el ad quem resultó infringido en forma directa.

Y en relación con el segundo, sostiene que al deducir, con base en el citado art. 26, que es posible la concurrencia de contratos laborales entre un mismo trabajador y un mismo patrono, interpretó equivocadamente la norma, pues su texto es muy claro y solo permite que puedan coexistir varios contratos de esa índole cuando los patronos son diferentes.

La Corte considera

1.

No es exacto que el sentenciador hubiese

admitido la coexistencia de los dos contratos de que hablan los autos mediante la aplicación del art. 26 del C. S. T. por estimar que el caso estaba expresamente regulado por esa norma, ni que la hubiera aplicado, después de consultar su espíritu o contenido, por haber llegado a la conclusión de que ella admitía la posibilidad de concurrencia de varios contratos de trabajo entre las mismas partes.

La verdadera razón del fallo acusado, en cuanto abrió campo a esa posibilidad y tuvo como demostrada la existencia simultánea de los dos vínculos contractuales, es la de que "la ley sustantiva del trabajo en parte alguna de su articulado prohibe la celebración de más de un contrato de trabajo con un mismo patrono", y que, por lo tanto, pueden coexistir válidamente si la naturaleza del trabajo permite desempeñar varias labores en forma sucesiva. La referencia que del mencionado art. 26 hizo el Tribunal fue simplemente por vía de ilustración, para mostrar cómo su criterio no era desacertado frente a la consideración de que ese precepto iba aún más lejos al permitir la concurrencia de contratos con diferentes patronos.

Ahora bien, los dos cargos que se examinan parten de la base de que la norma en cuestión fue aplicada por el fallador; pero como ello no aconteció, según se dejó expresado, resultan ostensibles su falta de consistencia y consiguiente ineficacia.

La Sala, en consecuencia, los 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 materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y dos.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo.Harker Puyana.

CONTRATO PRESUNTIVO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Acta No. 37).

Ismael Rodríguez, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado a la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A., domiciliada en Bogotá, para que sea condenada a pagar la suma de seis mil doscientos dieciocho pesos con 22/100, correspondientes al tiempo de servicio comprendido entre el 22 de agosto de 1961 y el 9 de julio de 1962, día en que se vencía el término presuntivo del contrato de trabajo; las vacaciones y primas correspondientes al tiempo reajustado según el anterior pedimento; los reajustes de salarios causados en la ley, en la voluntad del patrono o en las convenciones colectivas de trabajo: los subsidios de transporte. escolares y demás correspondientes al tiempo reajustado, y las costas y costos del juicio.

Según los hechos de la demanda, Ismael Rodríguez trabajó personalmente al servicio de la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A., desde el 9 de junio de 1956 hasta el 22 de agosto de 1961, fecha en que la sociedad demandada rompió unilateralmente el contrato de trabajo; el término presuntivo del contrato comenzaba el 9 de junio de 1961 y era de un año, según la Convención Colectiva vigente; el demandante fue despedido cuando se presentó al trabajo después de cumplir una incapacidad por enfermedad del 14 al 21 de agosto; su trabajo fue satisfactorio en el cargo de electricista de mantenimiento; el salario que devengaba en el momento del despido era de seiscientos cincuenta pesos mensuales.

Al contestar la demanda, el apoderado de la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A., aceptó la existencia del contrato de trabajo, las fechas de ingreso y salida, y negó los demás hechos de la demanda. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, por haberse dado por terminado el contrato de trabajo con justa causa, la de pago, pues al deman-

dante se le pagaron legalmente las prestaciones, salarios y subsidios reclamados; y la de compensación, por cuanto Ismael Rodríguez le adeuda a la empresa un saldo de \$717.25 por concepto de préstamos que le hizo el fondo rotatorio de la compañía, suma que no se le descontó, no obstante haber autorizado el descuento por escrito.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Segundo del Trabajo de Bogotá, dictó sentencia por medio de la cual absolvió a la Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A. de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda. Condenó en costas al demandante, cuyo apoderado interpuso el recurso de apelación. El Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la alzada, confirmó en todas sus partes el fallo de primera instancia.

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandante, fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala. La demanda de casación fue presentada dentro de los términos legales, y previo su estudio, así como del escrito del opositor, también presentado oportunamente, se decidirá el recurso extraordinario.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"Se pretende que la Honorable Corte case un fallo que declaró justificado el despido de un trabajador estando enfermo por retardos anteriores a la enfermedad va sancionados disciplinariamente. Como consecuencia la condena de la parte demandada a pagar la indemnización por rompimiento unilateral del contrato de trabajo en el monto de salarios del presuntivo anual o en su defecto del legal. En cuanto a jurisprudencia, que la Honorable Sala se pronuncie sobre la oportunidad de los despidos en relación con las faltas cometidas y sobre que una falta en la ejecución de un contrato no puede ser castigada dos veces por el Empresario. Así mismo se pronunciará sobre los alcances de la aplicación en las normas disciplinarias y sanciones por violaciones al reglamento interno del trabajo de una empresa".

Con fundamento en la causal 1a., formula un solo cargo.

Cargo único

"La sentencia es violatoria, por vía indirecta, por error de hecho cometido en la apreciación de pruebas, de los arts. 47, 51, 53, 61, 63, numerales 10. y 20., 64, 66, 109, 112, 113, 114, 115 del C. S. T. La violación de la ley proviene tanto de la apreciación errónea como de la falta de apreciación de pruebas producidas oportunamente en el informativo procesal que llevan al juzgador a cometer un error de hecho ostensible".

Señala el recurrente como pruebas apreciadas erróneamente las siguientes: comunicación de la empresa al trabajador de fecha marzo 13 de 1961, en la cual le manifiesta que por el próximo retardo se le sancionará con tres días de suspensión; "notificaciones" de mayo 15 en que se le invita a explicar una ausencia al trabajo y de mayo 16 en que se le sanciona con dos días de suspensión: v la de 7 de junio de 1961; memorandos interiores de la Compañía de fechas agosto 8, 16 y 19, en los cuales se habla de faltas cometidas por Rodríguez en la ejecución de su trabajo (fls. 32 a 36); declaración del doctor Jerjes Zuluaga, empleado de la demandada: absolución de posiciones de Ismael Rodríguez; poder general conferido al doctor Ramón Plazas; documento en que consta la aceptación del puesto y la notificación del reglamento de la Companía: contrato de trabajo: constancias de solicitudes de préstamos (fls. 37 a 46); reglamento interno de trabajo; v copias de la diligencia de consignación.

Las pruebas no apreciadas son: constancia del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre haber pagado en agosto 26 de 1961, al trabajador Ismael Rodríguez la incapacidad de 14 a 21 de agosto; oficio 1-219 de marzo 22 de 1962 del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y la certificación E M 03-19/62 del mismo sobre atención médica suministrada a Ismael Rodríguez y fijación de la incapacidad; y confesión del Gerente de la Empresa demandada.

Dice el acusador que de las tres primeras pruebas erróneamente apreciadas, dedujo el Tribunal que la sociedad demandada se vio en la imperiosa necesidad de destituir a su trabajador Rodríguez, pero que ellas, por separado y en conjunto, significan cosa distinta. Así la documental indicada y la confesión del demandante comprueban que éste incurrió en tres faltas de asistencia, pero también demuestran que fue sancionado por dichas faltas en su oportuni-

dad de acuerdo con el reglamento interno de trabajo, y que deducir que una falta sancionada debidamente justifica otra sanción, traspasa los límites del error para caer en la justificación de la venganza patronal.

Cuanto al testimonio del Dr. Jerjes Zuluaga, anota el impugnador que si se relaciona con los memorandos del fl. 232 a 236, se concluye que a Ismael Rodríguez se le obligaba a trabajar horas extras y que por no trabajarlas se alega falta; que se le llamó la atención por lo deficiente del trabajo; que el documento de fl. 35 es un resumen de estas dos faltas y que el de fl. 36 se refiere a posibles daños ocasionados por desperfectos realizados en agosto 18, cuando Rodríguez no estaba trabajando. Tomar la queja de un empleado de la fábrica, agrega el recurrente, como justa causa para el despido, demuestra el error de hecho cometido por el Tribunal, pues además son versiones dadas por la demandada que objetivamente no se comprobaron ni resisten el menor análisis.

Respecto a las otras pruebas apreciadas erróneamente, hace hincapié el impugnador en el reglamento de trabajo, en cuyo art. 87 se dice que constituyen justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de la empresa, el retardo hasta de 15 minutos en la hora de entrada al trabajo, por quinta vez, y la falta total al trabajo hasta por tercera vez; pero que de acuerdo con los boletines de sanciones. al trabajador se le había sancionado por retardos conforme al art. 85 del reglamento, y aún no había dado lugar a ser sancionado con tres días de suspensión, como lo indica la letra b) de dicho artículo, y que mucho menos el trabajador había sido merecedor de sanción por inasistencia de todo un día, por lo cual tampoco se había acreedor a una máxima de despido con previo aviso. Agrega que de acuerdo con los arts. 92 y 94 del Reglamento, se estableció un procedimiento especial para imponer sanciones, y que el Tribunal erró en la apreciación de esta prueba, al estimar que se habían cumplido reglamentariamente todos los presupuestos para ser despedido.

En lo referente a las pruebas no apreciadas, dice el recurrente que ellas configuran un hecho definitivo: que Ismael Rodríguez, a sabiendas de la Compañía, estuvo enfermo e incapacitado para trabajar, del 14 de agosto al 21 del mismo mes, fecha anterior al despido. Este hecho, de haber sido tenido en cuenta por el sentenciador, lo habría llevado a concluir que en el momento del rompimiento unilateral del contrato de tra-

bajo, el demandante no había cometido ninguna falta que justificara el despido, máxime cuando las alegadas por la empresa ya habían sido sancionadas

Insiste en que la nota de despido fue imperfectamente interpretada, pues ella tiene fecha 22 de agosto de 1962, o sea tres meses y siete días después del último retardo sancionado por la empresa, que fue en mayo 15, y que el haber tomado como justa causa para el despido una falta cometida con tanta anterioridad y debidamente sancionada por el procedimiento impuesto por el reglamento de trabajo, condujo, a cometer un evidente error de hecho por parte del juzgador.

Concluye así el impugnador. Tanto de la simple vista de las pruebas erróneamente interpretadas como de las no apreciadas se tiene:

"Que el juzgador tomó como justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo unas no admitidas por los textos legales: que les dio categoría de suficiencia para el despido a unas faltas sancionadas reglamentariamente con suspensiones simples, admitiendo una doble sanción para una mínima falta cometida: La suspensión y el despido. Pero donde más incide en el error la conclusión del juzgador es en haber admitido como justa causa para dar por terminado un contrato de trabajo una concomitante por el despido, inconfluente en el tiempo con éste. Y lo más grave, es no haberse dado cuenta de que las circunstancias encomitantes con el despido no habían sido las faltas del trabajador sino las circunstancias aflictivas para su salud. Los textos legales invocados no sancionan la venganza contractual sino el equilibrio sucesivo entre las prestaciones y obligaciones del eje patrono-trabajador. Ellas consagran justas causas para dar por teminada la vinculación contractual y no, como lo hizo la sentencia en casación, causas desvinculadas en tiempo, modo y lugar con la correspondiente falta".

LA OPOSICION

Según el opositor, al formularse el cargo por violación de normas de carácter sustantivo, debe demostrarse la violación medio, es decir, el quebrantamiento de las normas probatorias contenidas en el C. J., a las cuales se remite el C. P. T. Considera, además, que el análisis a que se somete la prueba documental y la declaración del Dr. Jerjes Zuluaga, no demuestra el error de hecho manifiesto cometido por los falladores. Dice también que se pide una indem-

nización de perjuicios extralegal, basada en una Convención Colectiva de Trabajo, cuya existencia no se acreditó en la forma legal. En consecuencia, solicita se mantenga el fallo recurrido.

La Sala considera:

La Compañía Colombiana de Grasas "Cogra" S. A. invocó como causales para despedir a Ismael Rodríguez, las contempladas en los ordinales 10. y 20. aparte a) del art. 63 del C. S. T., en relación con las causales a) y b) del art. 87 del Reglamento Interno de Trabajo, con base en "la cantidad de retardos y faltas al trabajo que Ud. ha tenido, causando perjuicios en el funcionamiento ordinario de la Compañía; y por la grave y sistemática negligencia en el cumplimiento de las funciones de su cargo" (fl. 11).

Según el art. 87 del Reglamento Interno del Trabajo de la sociedad demandada, son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso por escrito al trabajador, con antelación por lo menos igual al período que regula los pagos del salario: "a) El retardo hasta de quince (15) minutos en la hora de entrada al trabajo, sin excusa suficiente, cuando no cause perjuicio de consideración a la Empresa, por quinta vez, y b) La falta total del trabajador al trabajo en la mañana, o en la tarde, o en el turno correspondiente, sin excusa suficiente, cuando no cause perjuicio de consideración a la Empresa, por la tercera vez". (fl. 58).

Sobre la existencia de las causales invocadas por el patrono para despedir a Ismael Rodríguez, dijo el Tribunal: "De conformidad con la documental que obra en autos a fl. 11; la empresa demandada invocó como causales para dar por terminado el contrato de trabajo que la ligaba para con el demandante las contenidas en los numerales 10. y 20. del ord. a) del art. 63 del C. S. T., en relación con las causales a) y b) del art. 87 del Reglamento interno de Trabajo. Para fundamentar su aserto, aportó al juicio abundante prueba documental y la declaración del Dr. Jerjes Zuluaga R., fls. 60 a 62, de las cuales se desprende que el actor incurrió en constantes retardos y faltas de asistencia al trabajo sin que hubiera demostrado causal alguna justificativa de su conducta. Si a lo anterior se agrega la propia confesión del demandante al absolver la posición 1a., al Tribunal no le queda camino diferente al de concluir, en la forma como hizo el a quo, que la Empresa demandada se vio en la imperiosa necesidad de dar por terminado el contrato de trabajo y, en consecuencia, mal puede prosperar la súplica en estudio. Se confirma, así, la decisión del fallador de primer grado al resolver este punto".

No hace el fallador de segunda instancia un verdadero análisis de las pruebas que lo llevaron a formar su convicción, sino que se limita a citarlas, ni señala con precisión cuál de las causales invocadas por el patrono se encuentran demostradas. El impugnador reconoce, que las pruebas citadas por el Tribunal demuestran tres faltas de ásistencia del trabajador, ocurridas en los días 13 de marzo, 15 de mayo y 7 de junio, pero que también comprueban que fueron sancionadas en su oportunidad.

Ahora bien: del documento que obra al fl. 28, se desprende que Ismael Rodríguez fue sancionado el 13 de marzo de 1961, por haber llegado ese día con retardo de 29 minutos, con la suspensión por dicho día. En el memorando respectivo se afirma que en los dos meses anteriores había llegado retardado no menos de cinco veces. Según el memorando de fl. 29, Ismael Rodríguez fue sancionado con una suspensión de dos días, por haber faltado al trabajo el 15 de mayo de 1961 sin causa justificativa; y en el documento que aparece a fl. 31, se dice que fue suspendido el 7 de junio de 1961, por no haber asistido al trabajo en el día anterior. El hecho de haber sido sancionado por los motivos indicados en los memorandos, fue aceptado por Ismael Rodríguez al absolver posiciones (fl. 69).

Está demostrado, por lo tanto, que los retardos y faltas de asistencia en que incurrió el trabajador fueron sancionados, y que la última falta de asistencia ocurrió el 6 de junio de 1961, dos meses y diecisiete días antes del despido. Estima la Sala que no puede invocarse como justa causa de despido, faltas cometidas por el trabajador en fecha anterior, no por el hecho de haber sido sancionadas, pues la terminación unilateral del contrato no es una sanción, sino por cuanto implica un abuso en el ejercicio del derecho que la ley concede al patrono. Es contrario a la buena fe que regula la ejecución de los contratos de trabajo, revivir faltas cometidas por el trabajador meses antes, para invocarlas como despido en fecha en que es difícil, por el transcurso del tiempo, justificar la falta cometida. Mas esto no obsta para que puedan tomarse como antecedentes de otras causales de despido.

Sin embargo, el hecho de que el Tribunal calificara como justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo el que el trabajador hubiese incurrido en retardos y faltas de asistencia dos meses antes de la fecha de despido, causal prevista en el Reglamento interno de trabajo, no es suficiente para quebrantar el fallo acusado, por las razones que se expondrán a continuación.

El patrono, al manifestar al trabajador los motivos de despido, invocó las causales previstas en los ords. 10. y 20., aparte A., del art. 63 del C. S. T., o sea la ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido, y la sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones convencionales o legales, en relación con las causales previstas en el reglamento.

Respecto a estas causales legales, estima la Sala que existe en el juicio prueba suficiente de que el trabajador incurrió en ellas. Tal se desprende del testimonio del Dr. Jerjes Zuluaga Jefe inmediato de Ismael Rodríguez, prueba tenida en cuenta por el Tribunal para tomar su decisión, quien declaró lo siguiente: "El señor Rodríguez sí trabajó al servicio de la empresa demandada, en el departamento de mantenimiento y esto me consta por cuanto yo soy el jefe de ese Departamento. Trabajó a mis órdenes desde el primero de febrero de 1960 hasta la fecha de la desvinculación con la empresa. Las causas de la desvinculación, la cual se operó el día 22 de agosto de 1961, fueron irresponsabilidad en el trabajo, descuido, falta de idoneidad, en esta última podemos enumerar mala instalación de motores, mala reparación del compensador de arranque de un compensador Westinjause la cual pudo haber ocasionado la quemada de tal generador con un costo aproximado de sesenta mil pesos, descuido de una instalación eléctrica en la distribución de energía para las prensas 1 y 2 pudiendo haber ocasionado la quemada de tres motores de cuarenta caballos cada uno costo de reparación de \$7.500.00; inversión de las conexiones en el motor de la prensa V 4 lo cual ocasionó la rotación del motor en sentido contrario pudiendo haber ocasionado la pérdida total de la máquina con un costo aproximado de doscientos mil pesos: desconocimiento total en el sistema eléctrico de la caldera automática; el no cumplimiento de órdenes expresas por escrito en el sentido de revisar diariamente las instalaciones eléctricas de la fábrica; chequeo semanal de motores; reposición de fusibles en los swichs: mala instalación eléctrica en un elevador de torta; desperdicio en el tiempo de trabajo por lo menos en un cuarenta por ciento diariamente; exceso de permisos recurriendo muchas veces a false-

dades para conseguirlos. Retardos casi diarios hasta el punto de que por petición mía el señor Jefe de Personal tuvo que fijar en la cartelera de la portería de la fábrica un aviso en el cual notificaba a los porteros de no dejar entrar al señor Rodríguez por los retardos tan seguidos faltas al trabajo con mucha frecuencia sin causa justificada alguna. Personalmente me tocó contratar los servicios de otros electricistas en varias ocasiones por la falta de trabajo del señor Rodríguez. Recuerdo en el momento instalación (reparación) del sistema eléctrico de la caldera de fuel oil: reparación en el elevador de las calderas de carbón; reparación del elevador de torta, en estos trabajos se entiende la parte eléctrica. Estos trabajos fueron realizados por don Jaime Herrera Franco o don Samuel Alvarez Angel, como consecuencia de la no asistencia de Rodríguez al trabajo".

De este testimonio se deduce que el trabajador no era idóneo para desempeñar el cargo, y que además, en forma sistemática, no cumplía con la órdenes que se le daban para desarrollar sus labores. Demostrados estos hechos, la Sala llega a la misma conclusión a que llegó el ad quem como base en las mismas pruebas que éste tuvo en cuenta, o sea que se demostró la justa causa que tuvo la sociedad demandada para terminar unilateralmente el contrato de trabajo. De ahí que no prospere la acusación.

Por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

La Corte ha definido que en el caso del art. 40. del Decr. 2127 de 1945, el carácter de la relación jurídica tanto depende de la naturaleza del establecimiento o empresa como de la índole de la actividad que se ejercita, por lo cual no podía ser determinado con prescindencia de ésta.

La anterior conclusión ha tenido acogida en el art. 50. del Decr. 3135 de 1968 que consagra la regla general de que las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos, y los que los prestan en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, pero con la excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en el primer caso, y de los que ejerzan cargos de actividad de dirección o confianza, en el segundo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, junio cuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 28).

Rafael Ospina Romero demandó, en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, ante los jueces del trabajo de Bogotá (repartimiento), "a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá (Car), establecimiento público descentralizado con domicilio en Bogotá", para el reconocimiento y pago de las siguientes indemnizaciones:

"La cantidad de cincuenta y un mil setecientos veintitrés pesos con 92/100 (\$51.723.92) moneda corriente por lucro cesante correspondiente al período pactado en la cláusula cuarta del contrato escrito de trabajo de fecha primero (10.) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965)", y

"Salarios caídos, a razón de ciento veintio-

cho pesos con 66/100 (\$ 128.66) diarios a partir del 10 de abril de 1967 y hasta la fecha en que el *Car* pague o consigne al demandante Ospina Romero la indemnización que le adeuda".

Subsidiariamente solicitó el pago de \$16.469.28 por concepto de lucro cesante, correspondiente al tiempo faltante para vencerse el plazo presuntivo, y \$128.66 diarios a partir de la fecha ya indicada, por el de indemnización moratoria.

El demandante apoya su acción en los siguientes hechos: Desde el 18 de mayo de 1964 hasta el 10 de enero de 1967 prestó sus servicios a la Corporación Autónoma Regional de la Sabana y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, como médico veterinario de desarrollo rural, habiendo celebrado el 10, de septiembre de 1965 un contrato de formación profesional en el exterior en el cual se obligó a "adelantar las prácticas respectivas en el Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas de París". actividad que cumplió entre el 4 de septiembre de 1965 y el 30 de junio de 1966. El 10. de julio de 1966 se reincorporó a la Corporación "por un término no inferior al doble del de duración de las prácticas referidas", no obstante lo cual fue despedido el 10 de los mismos mes y año por motivo de "nueva organización", cuando le faltaban trece meses y diez días para expirar el contrato de trabajo.

La Corporación se opuso a la acción con fundamento en la inexistencia de contrato de trabajo entre ella y el demandante. Negó además "el compromiso de proporcionar al trabajador empleo por un término no inferior al doble del de duración de las prácticas referidas", manifestando que la prestación posterior del servicio se estipuló como compensación por la beca otorgada, mas no como obligación para el instituto.

El fallo de primera instancia, proferido por el juez segundo laboral de Bogotá que conoció del negocio en aquel grado, condenó a la Corporación a pagar al actor \$16.469.28 por concepto de indemnización por despido y \$128.67 diarios por el de indemnización moratoria.

Esta providencia fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia de 30 de octubre de 1968 con que decidió el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la del juez a quo.

Se decide ahora el recurso de casación interpuesto contra el fallo de segundo grado por la parte opositora.

Con el fin de que se case dicho fallo, y que previa la revocación del de primera instancia se absuelva a la Corporación de los cargos formulados en la demanda, se le formulan cuatro cargos que la casacionista sustenta por separado, pero con razones semejantes.

En el primero se acusa la sentencia de violar, por interpretación errónea, el art. 40. del Decr. 2127 de 1945, violación que condujo al fallador de instancia a dejar de aplicar, siendo aplicables, los arts. 10. de la Ley 151 de 1959, 10. del Decr. 550 de 1960 y 19 (lit. 11) del Decr. 2764 de 1961, y á la aplicación indebida de los arts. 51 del Decr. 2127 de 1945 y 10. del Decr. 797 de 1949.

El segundo y el tercero por interpretacion errónea, aquel de la Ley 3a. de 1961 orgánica de la Corporación Autónoma de la Sabana y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá; y por falta de aplicación, éste, del lit. 11 del art. 19 del Decr. 2764 de 1961, reglamentario de la Ley 3a. citada, que dio lugar a la aplicación indebida de los arts. 51 del Decr. 2127 de 1945 y 1o. del Decr. 797 de 1949.

El cuarto por interpretación errónea del art. 10. del Decr. 797 de 1949, que determinó la violación directa de dicha norma.

Observa la impugnante que la interpretación dada por el sentenciador al art. 40. del Decr. 2127 de 1945 desborda su verdadero alcance, por cuanto en concepto de dicho sentenciador "basta la descentralización de un servicio administrativo para que el respectivo servicio autónomo, una vez investido de personería jurídica y dotado de patrimonio propio, adquiera independencia funcional y se equipare a la empresa privada, por lo cual todas las relaciones de ese organismo con sus servidores, cualesquiera que sean las actividades de estos y su responsabilidad se desarrollen automáticamente dentro del marco del contrato de trabajo, estimando que "basta que haya similitud con las empresas privadas para que se considere que los servidores de los establecimientos públicos, sin que sea necesario indagar acerca de la naturaleza de sus funciones, están vinculados generalmente por un contrato de trabajo. Expone la casacionista que para ella, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, el mencionado art. 40. consagra la regla general de que la existente entre los establecimientos públicos y sus empleados y trabajadores es una relación de derecho público, con las excepciones establecidas taxativamente en la ley o aceptadas por la doctrina de la Sala, mientras que en la sentencia se toma como regla general una de tales excepciones para aplicarla sin distinción alguna al caso concreto, haciendo caso omiso de la naturaleza del cargo para atenerse solamente a la de la institución.

En lo relativo a la violación del art. 10. del Decr. 797 de 1949, dice que "tanto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como la Sala Laboral de la Corte, en abundante e invariable jurisprudencia, han entendido que la disposición sobre indemnización moratoría no es aplicable en aquellos casos que ofrezcan razonables motivos de duda de la obligación que se declara a cargo de la parte demandada, como cuando se controvierte la naturaleza de la relación jurídica que ha dado lugar al litigio".

La parte demandante se opuso oportunamente al recurso, sustentando el carácter meramente laboral de la relación jurídica existente entre el actor y la Corporación Regional Autónoma de la Sabana y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, y manifestando que si el Tribunal aceptó la existencia de esa clase de relación no fue en virtud de una errónea interpretación sino porque encontró, mediante el examen de las circunstancias de hecho, que el caso se halla comprendido en uno de los casos de excepción que prevé el art. 40. del Decr. 2127 de 1945.

Se estudian los cargos:

1. Supuesto el carácter de establecimiento público de La Corporación Regional Autónoma de la Sabana y de los Valles de Ubate, y Chiquinquirá, que no ha sido motivo de desacuerdo en el proceso, el disentimiento que ha traído ante la Corte, para su revisión, al fallo de segundo grado, se concreta a la naturaleza de la relación de servicio entre el actor y la entidad demandada, la cual, es, según la casacionista de orden legal o reglamentario en virtud del precepto general del art. 40. del Decr. 2127, y según la sala sentenciadora de carác-

ter contractual por ser la respectiva situación de hecho de las que caben en la excepción prevista en la última parte de dicha norma; esto es, por ser la Corporación un establecimiento idéntico a los de los particulares que por su similitud con éstos supone la existencia del vínculo contractual. Conforme al fallo, en efecto, "un organismo de esta índole bien puede ser susceptible de ser fundado y manejado en la misma forma por los particulares (...), y es precisamente su similitud con las empresas privadas en el aspecto de su organización y finalidades lo que llevó a la ley a considerar los trabajadores y de estas entidades vinculadas por un contrato de trabajo".

Ciertamente, al través de un proceso de desarrollo doctrinal no en todo de acuerdo con el criterio de la sala falladora, la Corte llegó a definir que en el caso del art. 40, del Decr. 2127 el carácter de la relación jurídica tanto depende de la naturaleza del establecimiento o empresa como de la índole de la actividad que se ejercita, por lo cual no podía ser determinado con prescindencia de ésta, conclusión que ha tenido acogida en el art. 50, del Decr. 3135 de 1968 que consagra la regla general de que las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, y los que los prestan en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales, pero con la excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, en el primer caso, y de los que ejerzan cargos de actividad de dirección o confianza, en el segundo. Particular sobre el cual ha expresado esta Sala:

"La subordinación del empleado cficial al status legal o reglamentario es en este precepto la regla general, y sólo por excepción se le reconoce una vinculación de origen contractual de trabajo. Ello obedece a que siendo por lo común una función pública la que corresponde desempeñar al trabajador del Estado, la respectiva relación de servicio ha de estar tambien regida por normas de derecho público y no por las del derecho laboral, ya que no procede solamente de un acto de voluntad recíproca de carácter contractual sino de un acto condición que coloca al trabajador en la situación legal regulada por la ley.

"Esta consideración llevó a la Corte a definir, en varios fallos, que en todos los organismos estatales, descentralizados, 'el personal directivo sigue la regla general, sin que pueda encasillársele en excepción alguna dada la naturaleza de la función. La función directiva en embebe atribuciones de orientación, mando y control que no es dable eiercer sino con autorización de la ley y dentro de la órbita de facultades que la ley o reglamento señalen, y con más preponderante sujeción a la responsabilidad que consagra el art. 20 de la Constitución: es decir, que la función directiva de por sí implica una situación legal o reglamentaria que comprende poderes de representación, ordenación y control que no cabe ciercer sino con la correspondiente investidura, v por cuvo abuso u omisión se incurre en una responsabilidad específica que no es la común establecida por los actos u omisiones con que los particulares infringen los deberes que les imponen las leyes. No se ve cómo mediante contratos de trabajo pueda legítimamente excluirse a los empleados que ejercen funciones directivas en los servicios públicos de la responsabilidad que para los funcionarios señala el art. 40. de la Carta, ya que en la índole de esa clase de funciones está poder ser ejercidas con omisión o abuso que desvíe el servicio de su cometido o cause perjuicio a los asociados o al Estado mismo; y tal responsabilidad presupone la posesión del status legal o reglamentario para el cual ha sido establecida o regulada. No hay función pública de carácter directivo sin responsabilidad deducible conforme a esta norma fundamental que no sea inherente al status de funcionario y que por consiguiente no lo haga suponer" (Cas. 16 de octubre de 1967, Ord. de Rafael Ramírez Ramírez vs. Beneficencia de Manizales). En el orden jurídico positivo se observa un complejo de normas que conciernen predominantemente a la organización, funcionamiento y actividad de los servicios del Estado, y otras que sólo se explican en cuanto regulan la actividad particular y organizan las relaciones jurídicas de las personas. Aquellas atañen más que al interés privado al público, y forman parte, por tanto, del derecho público, mientras que éstas toman principalmente en cuenta el interés particular, por lo cual se entienden de derecho laboral.

"4. A la imprecisión de la norma arriba transcrita, proveniente de las obvias diferencias que se observan en los establecimientos públicos y empresas oficiales, por razón de su origen y del de su patrimonio, de su naturaleza y de los cometidos de servicio público que les corresponde, si se las compara con los establecimientos y empresas privadas, pusieron fin las disposiciones del decreto 1005 de 1968, que dis-

tingue claramente entre establecimientos públicos y empresas comerciales e industriales del Estado, y del art. 50. del Decr. 3135 de 1968, que lo hace entre empleados públicos vinculados por una relación legal o reglamentaria y trabajadores oficiales ligados por una relación de trabajo simplemente, y que sólo excluye del status legal de empleado público a los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas y a los que de acuerdo con los estatutos del establecimiento o empresa tengan carácter de trabajadores oficiales. Dice así esta última disposición:

"Las personas que presten sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

"Conforme a este texto la regla general es, pues, que las personas al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos tienen la condición de empleados públicos, sometidos por tanto a una situación legal o reglamentaria; mientras que los al servicio de las empresas comerciales o industriales del Estado y las de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales, por lo que su relación con el servicio se entiende regida por un contrato de trabajo. De esta regla general se exceptúan aquellos a quienes por reglamentación estatutaria se ha colocado expresamente en situación distinta, con lo cual la ley ha venido a acoger en gran parte la doctrina sustentada por la Corte respecto del status de las personas que ejercen funciones de dirección y confianza así en los organismos que el Estado utiliza para la prestación directa de los servicios como en aquellos de los cuales se sirve para su prestación indirecta.

"La norma transcrita viene así a precisar, y por tanto a aclarar conceptos y situaciones que

en el texto del art. 40. del Decr. 2127 de 1945 aparecen evidentemente confusas, por la dificultad de atribuir a las empresas oficiales un ánimo de lucro más propio de los particulares que de establecimientos cuyo cometido esencial es el bien común, y determinar si una institución que funciona con fondos provenientes de impuestos, tasas o contribuciones, destinada únicamente a suministrar un servicio público en interés general o a subvenir al costo de la administración Pública y de la satisfacción de los cometidos del Estado, y sometida a la tutela gubernamental y al control oficial de todas sus operaciones, puede ser considerada idéntica a las similares de propiedad de los particulares, o es susceptible de ser fundada y manejada en la misma forma como éstos fundan y manejan las que les pertenecen. Aclaración que se presenta todavía más indispensable si se tiene en cuenta que la condición de funcionario constituye un status de derecho público, con deberes y responsabilidades las más de las veces de origen constitucional, que consiguientemente no puede ser variado por normas inferiores que arbitrariamente califiquen como simples trabajadores oficiales a los que tienen atribuciones y responsabilidades de funcionarios. De suerte que cuando el art. 50. del Decr. 3135 de 1968 clasifica a los servidores de los establecimientos públicos y de las empresas oficiales en empleados públicos y simples trabajadores, y define cuáles pertenecen a una y otra categoría para efecto de su subordinación al régimen de derecho público o de contratación laboral, pero permitiendo a la institución empleadorà precisar en sus estatutos las excepciones a que den lugar la naturaleza del cargo y la índole de la función, no ha hecho cosa distinta de completar con autoridad la interpretación de los preceptos que definen el status del trabajador oficial en relación con los que definen el status del empleado público, labor ya adelantada por la Corte, por vía jurisprudencial, en varios fallos (Hom. 31 de julio de 1967, Empresas Públicas de Calarcá y el respectivo sindicato: Cas. 16 de octubre de 1967, ord. de Rafael Ramírez Ramírez vs. Beneficencia de Manizales; Hom. 13 de marzo de 1968. Universidad Tecnológica de Pereira y su sindicato de trabajadores; Hom. 31 de julio de 1968. Beneficencia de Cundinamarca y el respectivo sindicato).

"La regla del art. 50. del Decr. 3135 además de referirse a la organización y funcionamiento de los servicios públicos como actividad del Estado, y concernir por tanto al interés general, es regla interpretativa de las disposiciones que determinan la situación del trabajador oficial. Frente a las que fijan la del empleado público, y por consiguiente con vocación para ser aplicada a relaciones jurídicas anteriores a ella, puesto que a tenor de los arts. 49 de la Ley 153 de 1887 del CPM la ley aclaratoria o interpretativa debe entenderse incorporada en la interpretada o aclarada, siendo aplicable a las controversias que se susciten sobre actos o contratos ejecutados o celebrados con anterioridad a su promulgación". (Hom. 10. de marzo de 1969, Sindicato de Trabajadores de la Universidad de Antioquia vs. esta entidad).

Como puede observarse, no obstante la coincidencia de la interpretación de la casacionista con la que ha sido reiterada por la Corte, no puede hablarse en el caso de autos de errónea interpretación de la norma del art. 40. del Decr. 2127, porque la aplicación de los arts. 51 del Decr. 2127 de 1945 y 1o. del 797 de 1949, en vez de los arts. 10. de la Ley 151 de 1959, 10. del Decr. 550 de 1960 v 19 del Decr. 2764 de 1961. que la recurrente considera violados, no llegó el fallador en virtud de la equivocada inteligencia del precepto, sino porque entendió que el supuesto fáctico configurado en los autos coincide con la situación jurídica de excepción descrita en la regla jurídica; esto es, porque halló que la Corporación demandada es una institución similar a las de los particulares y que es susceptible de ser fundada y manejada como éstos fundan y manejan sus propias empresas; y siendo ésto así, la censura no cabe por vía directa sino por error de hecho originado en la apreciación o falta de apreciación de elementos instructorios, concepto de violación que salvo cuando a ésta se llega por falta de valoración de un documento auténtico fue suprimido por el art. 23 de la Ley 16 de 1968.

Por tanto no prospera el cargo.

2. Por las mismas razones tampoco prosperan los cargos segundo y tercero, ya que si para demostrarlos la casacionista hace razonamientos encaminados a establecer que la Corporación Regional Autónoma de la Sabana y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá es un establecimiento público, y que el demandante tenía el status de empleado público por la naturaleza de la entidad a que prestaba sus servicios, la forma de su nombramiento y las funciones que ejercía, por lo cual su vinculación con la Administración fue de orden legal, ese status depende de circunstancias de hecho que no pueden ser exa-

minadas aquí por no haberse formulado la acusación por vía indirecta ni ser ésta procedente a partir de la Ley 16 de 1968 salvo el caso expresamente exceptuado. Si, en efecto, como ya se dejó expuesto, el juzgador de instancia llegó a cierta conclusión respecto de la cuestión debatida en consideración a una situación de hecho que encontró comprobada en los autos, como es la de simple trabajador oficial por razón de la naturaleza de las actividades de la Corporación y de las suyas propias, la Corte no podría descubrir la causa de la violación de la ley que se impuía a ese juzgador sin entrar en el examen de los medios instructorios, lo que en este caso es ajeno a su función.

3. En la censura por violación del art. 10. del Decr. 797 de 1949, a que se concreta el cuarto cargo, no expone la impugnante cuál es la interpretación de la corporación falladora que deba confrontarse con la a que la Corporación se acoge al formular el cargo, ni en la sentencia se hace consideración alguna encaminada a determinar el sentido o alcance de aquella disposición. El Tribunal se limita a expresar que "al no cubrir la demandada el lucro por terminación ilegal del contrato y, transcurridos 90 días desde la fecha de ese evento, deberá pagar" al actor la indemnización moratoria. De suerte que para pronunciar la condena se apoya también solamente en hechos que no pueden ser nuevamente apreciados en este recurso; como son también de carácter fáctico los motivos determinantes de la "naturaleza de la relación jurídica que ha dado lugar al litigio", como se ha visto insistentemente en el curso de este fallo.

Tampoco prospera este 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 proferida el treinta de octubre de mil novecientos sesenta y ocho por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y condena a la casacionista en las costas del recurso.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Truillo.

SOCIEDAD DE HECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M).

(Acta No. 35).

El señor Juan Aquilino Scott E., por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado del Trabajo de Santa Marta a Carlos Aurelio Lacouture, con el objeto de que sea condenado a pagarle:

1. El auxilio de cesantía correspondiente a todo el tiempo que trabajó a su servicio. 2. El valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, por el tiempo comprendido entre el 8 de febrero de 1957 y el 4 de junio del mismo año, así como también el valor de los exámenes complementarios como radiografías, de las transfusiones que le fueron hechas y el correspondiente a la intervención de especialistas, etc., al suministro de aparatos ortopédicos y de prótesis necesarios para su recuperación, todo como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió cuando prestaba sus servicios al demandado. 3. El salario completo durante el tiempo arriba mencionado, a razón de \$8.00 diarios. 4. "El valor de la incapacidad permanente parcial debida a amputación quirúrgica de la pierna izquierda en su tercio superior y por debajo de la rodilla, de acuerdo con la tabla de valuación de incapacidades producidas por accidentes de trabajo". 5. "El valor de la indemnización correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones solicitadas".

Las anteriores peticiones las apoya el actor en los siguientes hechos:

Que Scott celebró contrato de trabajo por tiempo indefinido con el demandado Lacouture, para prestarle sus servicios en "trabajos cotidianos de matanza en el Matadero Municipal" de Santa Marta; que el 4 de septiembre de 1956 inició la prestación de los servicios que concluyó el 8 de febrero de 1957, fecha en la cual fue recluído en el Hospital de San Juan de Dios de la mencionada ciudad, como consecuencia del ac-

cidente de trabajo que sufrio; que los gastos que ocasionó el accidente fueron sufragados por el propio lesionado y corresponden a los servicios que se relacionan en la petición segunda, ya que el demandado no le ha reconocido suma alguna por tal concepto; que al demandante no se le pagaron los salarios completos durante el tiempo que comprendio su incapacidad, o sea, desde el 8 de febrero de 1957 hasta el 4 de julio del mismo año; que como consecuencia del accidente le fue amputada una pierna en su tercio superior, por encima de la rodilla, sin que haya recibido del demandado el pago de la indemnización, de acuerdo con lo que dispone la Ley y, que Scott recibía por la época de la terminación del contrato un salario de \$8.00 diarios.

El demandado señor Lacouture se hizo presente en el juicio por medio de apoderado, el cual en la contestación de la demanda negó los hechos aduciendo respecto de unos no ser ciertos y de otros, indicando que nada le consta. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación que no sustentó durante las audiencias de trámite.

El señor Juez del conocimiento con fecha 19 de octubre de 1959 dictó sentencia por medio de la cual absolvió al demandado Carlos Aurelio Lacouture de todos los cargos formulados en la demanda, por considerar que no se demostró el salario devengado por el actor, así como tampoco el tiempo servido. Esta providencia fue apelada por el apoderado del demandante, razón por la cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Santa Marta, cuya Sala Laboral en proveído de fecha 16 de febrero de 1960, confirmó en todas sus partes la sentencia recurrida, aun cuando por razones distintas de las expresadas en ella por el a quo.

Contra la sentencia del Tribunal de Santa Marta, fue interpuesto en oportunidad recurso de casación, en el cual el apoderado del actor, luego de señalar el propósito que persigue, formula en la demanda cuatro cargos.

Primer cargo

"Primera causal del art. 87 del C. P. T. por

violación indirecta o de medio, ocasionada por error evidente de hecho en que incurrió el H. Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, al haber estimado erróneamente las siguientes pruebas: a) Los testimonios de: Víctor Granados Bermúdez, Gregorio Julianes, Adolfo Ortiz Pardo e Isidro Peralta Molina, que obran a los fls. 30, 34, 46 y 79, en su orden; b) Las posiciones absueltas por el actor y el demandado que obran a los fls. 29 a 30 y 43 a 46, respectivamente; falta de apreciación de las siguientes pruebas: a) El certificado que obra al fl. setenta (70) v. v. b). La copia auténtica de la historia clínica del fl. setenta y seis (76); violaciones estas que se refieren a las siguientes disposiciones sustantivas: arts. 1o., 5o., 10, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 45, 49, 54, 55, 127, 133, 142, 143, 144 del C. S. T. y arts. 1.568, 1.571, 1.572 y 1.573 del C. C.".

Procede a continuación el recurrente a la demostración del cargo y dice que el Tribunal Superior "acepta que el actor prestó los servicios como matarife en el Matadero Municipal de Santa Marta" conclusión que deriva de las declaraciones que ha señalado como equivocadamete apreciadas, y que le sirvieron para concluir que Scott fue trabajador particular y no oficial. Manifiesta que el señor Guillermo Manjarrés era el administrador del demandado en el negocio de sacrificio de ganado que éste tenía en el Matadero Municipal de Santa Marta, servicio para el cual tomó como trabajador a Scott. Así se desprende, agrega el recurrente, de lo dicho por los testigos atrás mencionados y al efecto transcribe lo dicho por Víctor Granados Bermúdez: "Los mencionados señores Luis Lacouture y Guillermo Manjarrés le administraban la matanza (sic) al Sr. C. S. Lacouture y por esa razón conocí y supe lo que acabo de contestar". Por eso mismo afirma el impugnador, las personas mencionadas "representaban y obligaban al demandado para los efectos de sus obligaciones lavorales (sic) y que contrajeran a nombre de éste". Y continúa indicando que si en verdad dichos señores daban las órdenes al actor, era porque llevaban la representación de Carlos Aurelio Lacouture, luego si Manjarrés contrató a Scott para beneficiar ganado del demandado y por cuenta de éste, como su administrador y representante, obligó al demandado. Pero, continúa manifestando el recurrente, "bajo el supuesto de que hubiera un socio capitalista, el demandado y los socios industriales, Manjarrés y Luis Lacouture, también está obligado el demandado por la solidaridad que

establece el C. S. T., por lo cual el actor es libre de encaminar la acción ordinaria contra cualquiera de los tres (3) obligados, en forma independiente o conjunta, sin que por otra parte pueda excepcionar el demandado válidamente como lo pretendió hacer". Y en esto precisamente hace consistir las violaciones de las disposiciones civiles que cita en el cargo formulado y el olvido en que incurrió el sentenciador de las normas de los arts. 32, 34, 35 y 36 del C. S. T.

Dice también, en el mismo orden de ideas el impugnador, que el declarante Julianes manifestó que Manjarrés "era el administrador del demandado". Que el deponente Ortiz Pardo dijo que Manjarrés administraba el negocio de sacrificio de ganado de Carlos Aurelio Lacouture y que tenía facultades para buscar personal y que entre ese personal figuró Scott como matarife y por último que Isidro Peralta Molina manifestó refiriéndose al actor "sí era trabajador de Carlos Aurelio Lacouture, me consta porque él iba a traer el ganado a la Bretaña para traerlo al matadero".

Lo anterior demuestra, concluye el recurrente, que el contrato de trabajo verbal y presuntivo existió entre las partes en litigio y que así fuera Manjarrés administrador, socio industrial o simple intermediario, la acción incoada está bien dirigida contra Carlos Aurelio Lacouture en atención a la solidaridad establecida en la ley. Y admite que la acción va encaminada contra el demandado como persona natural y no contra persona jurídica alguna de la cual forma parte el señor Carlos Aurelio Lacouture. Y todo esto porque no hay sociedad de hecho como lo afirma el sentenciador.

Y en lo referente a las posiciones absueltas por el demandante, que considera el recurrente que no fueron estimadas por el Tribunal, dice que Scott en dos apartes de las mismas dijo: "Sí fui buscado por el señor Guillermo Manjarrés para desempeñar las funciones de matarife en el Matadero Municipal de esta ciudad para la matanza del señor Carlos Aurelio Lacouture siendo el señor Guillermo Manjarrés socio industrial v representante del señor Carlos Aurelio Lacouture del negocio de matanza de ganado mayor". Y "sí es cierto que como matarife no recibía órdenes de ninguna otra persona distinta a la del señor Guillermo Manjarrés, las cuales eran secundadas por el señor Carlos Aurelio Lacouture como dueño de los ganados de dicha matanza". Estas palabras demuestran la existencia del con-· trato de trabajo y cómo operaba.

Y ya refiriendose al salario dice el impugnador que sí está demostrado en los autos, cuestión no estimada así por el sentenciador, por lo que incurrió en otro error. Y procede a demostrar su afirmación. Cita las palabras del testigo Julianes que dijo: "La forma de pago que se nos hacía, era de cuatro pesos por cada res que se sacrificava (sic). El día del accidente, junto con Scott trabajamos tres (3) personas más, Marcelino Altahona, Carlos Emilio Avendaño y yo, ibamos a sacrificar siete (7) reses de propiedad del señor Carlos Aurelio Lacouture, como lo habíamos hecho en los días anteriores, de manera que nos correspondía a cada uno como salario, la suma de siete pesos (\$ 7.00), moneda legal". Isidro Peralta Molina sobre el mismo particular expresó: "Me consta que el mínimo salario era de ocho pesos diarios en los repartos que hacían los compañeros con él". De ahí concluye el recurrente que el salario que recibía Scott correspondía a un promedio de siete pesos con cincuenta centavos (\$ 7.50).

Y en lo tocante con el tiempo de servicios de Scott, el recurrente considera que está suficientemente demostrado con las declaraciones rendidas por Julianes, quien expresó: "Me consta por la misma razón anterior que Scott trabajó en las condiciones anteriores que he dicho, alrededor de unos seis (6) meses, aproximadamente". Y por Granados Bermúdez quien dijo: "Me consta que el señor Juan Aquilino Scott, trabajó en el Matadero Municipal de esta ciudad, como matarife, en el lapso comprendido entre el año de 1956 y 1957".

Considera el impugnador que ha dejado así demostrado los errores de hecho en que incurrió el sentenciador y que lo llevarón a violar las disposiciones que cita en el cargo formulado.

Se estudia

Considera la Corte conveniente transcribir el razonamiento de la Sala Laboral del Tribunal Superior que la llevó a confirmar la sentencia de primer grado. Dice así: "En las sociedades de hecho, sociedades que se pueden probar por medio de testigos, los socios son solidariamente responsables y cualquiera de ellos puede ser demandado para que responda de la obligación contraída por la sociedad. Sobre esta apreciación no ha habido disenso alguno en el país y la jurisprudencia de todos los Tribunales ha estado conforme al respecto. Dado el hecho de que dos o más personas se asocian para explotar determinado rengión económico o comercial y apareciendo ellas a los ojos del público como due-

ñas del negocio, natural que todas ellas o una solamente entre a responder de la obligación contraída. La confianza depositada por el público debe estar salvaguardiada y no otra cosa es lo que se busca al establecerse la obligación de los socios de la manera como se ha venido expresando. —Pero es lógico y natural que si a una persona se le demanda por formar parte de una sociedad, se diga en el libelo esta calidad de modo claro y expreso, a fin de que no se corra el riesgo de que ella se confunda con la que tiene como simple persona natural o independiente. Al leerse la demanda con que se inició este juicio se tiene la impresión de que a Carlos Aurelio Lacouture se le demanda como persona natural independiente y no como socio de la sociedad de hecho que tenía formada con Guillermo Manjarrés y Luis Lacouture. Y si está establecido lo cierto de dicha sociedad, se impone concluir que el demandado, en la calidad que se le atribuye en la demanda, no tiene por qué responder de los cargos que se le formulan. Una cosa es el socio Carlos Aurelio Lacouture y otra Carlos Aurelio Lacouture como persona natural. llamada a responder por sus propios y personales actos".

Y al examinar la demanda inicial, se encuentra que ella está dirigida contra Carlos Aurelio Lacouture, como persona natural. Sin embargo las pruebas aportadas demuestran que el señor Lacouture fue miembro de una sociedad de hecho formada con los señores Manjarrés y Luis Lacouture para el negocio de sacrificio de ganado mayor en el Matadero Municipal de Santa Marta, como en efecto se verá a continuación.

Es el propio Juan Aquilino Scott E., quien al absolver el pliego de posiciones que le fue sometido, aclara la cuestión materia de estudio. En efecto, al contestar la tercera pregunta que le fue formulada dijo: "Sí fui buscado por el señor Guillermo Manjarrés para desempeñar las funciones de matarife en el Matadero Municipal de esta ciudad para la matanza del señor Carlos Aurelio Lacouture siendo el señor Guillermo Manjarrés socio industrial y representante del senor Carlos Aurelio Lacouture del negocio de matanzas de ganado mayor". Y al responder la pregunta cuarta manifestó: "Sí es cierto que como matarife no recibía órdenes de ninguna otra persona distinta a la del señor Guillermo Manjarrés, las cuales eran secundadas por el señor Carlos Aurelio Lacouture, como dueño de los ganados de dicha matanza".

De suerte, pues, que el propio demandante estaba en conocimiento de que el señor Lacouture, demandado, era miembro de una sociedad de hecho, en la cual actuaba como socio industrial el señor Manjarrés, que era la única persona de la cual recibía órdenes en relación con el trabajo encomendado, y que fue, además, la persona que lo contrató. Y lo dicho por el demandante viene posteriormente a ser ratificado por el testigo Víctor Granados Bermúdez, quien al contestar el contra-interrogatorio que se le formuló y concretamente la siguiente pregunta, "diga el testigo, si lo sabe y por qué lo sabe, en qué consistían las relaciones comerciales que tenían los señores Carlos Aurelio Lacouture por una parte, y Guillermo Manjarrés y Luis Lacouture por la otra?", respondió: "Porque ellos tenían sus negocios (sic) de matanza, el señor Carlos Aurelio Lacouture como socio capitalista y los otros como socios industriales". Al dar respuesta a otras preguntas, el testigo Granados Bermúdez manifiesta ser cierto que Carlos Aurelio Lacouture, como socio capitalista suministraba los dineros necesarios para la buena marcha del negocio y que los señores Manjarrés y Luis Lacouture. como socios industriales, compraban con los dineros del primero los ganados destinados al sacrificio y concluye indicando el deponente, en relación con otra pregunta que le fue hecha, que Carlos Aurelio Lacouture llevaba un libro de contabilidad relativo al negocio de sacrificio de ganado mayor, en el que figuraba como socio capitalista, mientras en el mismo, y como socios industriales, aparecían Manjarrés y Luis Lacouture.

Pero no solamente existen estas pruebas en relación con la sociedad en referencia, Gregorio Julianes, otro de los testigos cuyo testimonio considera el recurrente como mal apreciado, sobre el mismo particular manifestó al dar respuesta a una de las preguntas del interrogatorio: "A mí me buscó (sic) personalmente el mismo señor Carlos Aurelio Lacouture, pero a los otros tres cuyos nombres he dado anteriormente, (entre los cuales figura Scott, anota la Sala), los buscó los señores (sic) Luis Lacouture y Guillermo Manjarrés, socios y administradores del señor Carlos Aurelio Lacouture". Y por último el declarante Adolfo Ortiz Pardo, si bien es menos explícito que los anteriores, no deja de indicar que el señor Manjarrés "representaba el negocio del señor Carlos Aurelio Lacouture".

No puede, pues, afirmarse como se hace en el cargo que se estudia, que el sentenciador haya interpretado mal las pruebas que fueron oportunamente incorporadas al proceso y dejado de estimar otras. Porque lo cierto es que las pruebas relacionadas por el recurrente, se encargan de dar la razón al Tribunal, como quiera que ellas indican, sin lugar a dudas, que el señor Carlos Aurelio Lacouture tenía formada con los señores Manjarrés y Luis Lacouture, una sociedad de hecho para explotar el negocio de "matanza" como dicen los testigos, en el Matadero Municipal de Santa Marta.

El Tribunal con el propósito de reforzar su decisión expresa en la sentencia recurrida lo siguiente además: "Fuera de esta consideración que lleva a la absolución del demandado, se debe decir que hay tales fallas en el expediente, que aun en el caso de que el demandado debiera responder, no sería posible elevar condena por faltar algunos extremos de prueba indispensables para la prosperidad de los cargos. No se demostró con precisión el salario devengado, ni se demostró, siendo ello sí importantísimo, de manera conveniente y legal el motivo de la indemnización que le correspondía. Bien sabido es que en los juicios laborales todo debe hacerse oralmente y en audiencia pública, so pena de nulidad. Aquí se debe decir que el dictamen pericial rendido no llenó este requisito y, por lo tanto, no habría sido posible tenerlo como prueba buena para la demostración de la indemnización que hubiera cabido, en caso de responsabilidad del demandado, por el accidente de trabajo sufrido por el actor Juan Aquilino Scott".

Considera el recurrente que el tiempo servido por Scott a Carlos Aurelio Lacout re se encuentra suficientemente establecido en los autos con las declaraciones de los testigos y: tantas veces mencionados que han indicado un lapso de seis meses, de donde dice el impugnador, que el Tribunal ha debido precisar mejor el tiempo, contando seis meses hacia atrás desde la fecha del accidente sufrido por Scott. Mas ocurre, que al examinar las declaraciones de los testigos no se precisa la fecha de ingreso del demandante como se verá. El declarante Granados Bermúdez sobre este punto expresa: "Me consta que el señor Juan Aquilino Scott, trabajó en el Matadero Municipal de esta ciudad, como matarife, en el lapso comprendido entre el año de 1956 y 1957, con los señores Guillermo Manjarrés y Luis Lacouture...". Este deponente no precisa, como se desprende de la simple lectura de su declaración, el tiempo servido por Scott. Gregorio Julianes, que así mismo se denomina como el encargado de la matanza del señor Lacouture, dice que Scott cosa que le consta, trabajó "Alrededor de unos seis (6) meses aproximadamente". Tampoco este declarante precisa el tiempo servido por el actor, limitándose a dar un número de meses como tiempo aproximado. Al absolver Adolfo Ortiz Pardo la pregunta que le fue hecha sobre el particular que se examina, respondió: "... por espacio de un año más o menos". Y por último Isidro Peralta Molina al dar respuesta a la pregunta que le fue formulada sobre el tiempo servido por Scott, manifestó: "El tiempo fijo no le puedo decir. Y los años del 55 al 57".

En estas condiciones no puede afirmarse, como se hace en el cargo formulado, que el Tribunal no apreció bien las pruebas que tuvo a su consideración. Basta la lectura de los apartes anteriores de las declaraciones de las personas mencionadas, para llegar a la conclusión de que el tiempo servido por Scott no fue precisado en el juicio y por lo mismo, que el sentenciador no incurrió en los errores que se le atribuyen. Y lo mismo puede decirse del salario, ya que el Tribunal no podía, como se pretende, tomar el resultado de promediar los datos distintos dados y conocidos a través de los dichos de las personas que declararon. No quiere decir esto que no se conozca la fecha en la cual ingresó lesionado Juan Aquilino Scott E. al hospital de San Juan de Dios en Santa Marta, pero de ella no puede deducirse la de iniciación de labores del mismo.

El cargo en consecuencia, no prospera.

Como son tres los soportes del fallo recurrido, ninguno de los cuales ha sido destruído por la acusación, y como ninguno de ellos ha sido objeto de impugnación en los cargos siguientes, la Sala se abstiene de estudiarlos, como quiera que necesariamente resultan ineficaces por las razones anotadas.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte actora.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Ramiro Araújo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HOMOLOGACION

La Corto, por previdencia de 9 de junio de 1969, declara inexequibles las decisiones Quinta y Sexta del Laude Arbitral proferido el 29 de neviembre de 1968 per el Tribunal de Arbitramento convecado per el Ministerio del Trabajo para solucionar el conflicto colectivo suscitado entre el Mospital de Barranquilla y su Sindicato de Trabajadores y le homologa en todos los demás puntos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, junio nueve de mil novecientos sesenta y nueve. (Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Acta No. 29).

El Hospital de Barranquilla interpuso recurso de homologación contra el Laudo Arbitral pronunciado el 29 de noviembre de 1968, que puso fin al conflicto colectivo de trabajo suscitado entre aquel y el Sindicato de sus trabajadores, y en alegato de 27 del mes pasado (pues el expediente respectivo sólo llegó a esta Sala el 26 del mismo mes), mediante apoderado, lo sustenta, acusando de ilegalidad las decisiones Segunda, Tercera, Quinta y Sexta. Además, en memorial del día siguiente, solicita se declare la nulidad del Laudo. Procede, pues, la Sala a estudiar el recurso interpuesto, empezando por la última de las peticiones indicadas, cuyo tenor es el siguiente:

"... al examinar en la mañana de hoy el expediente... he podido darme perfecta cuenta de que el Laudo Arbitral recurrido es exactamente el mismo fallado por la Corte Suprema de Justicia y sobre el cual se declaró la nulidad por extemporaneidad. El Ministerio del Trabajo. notificado de este fallo, convocó por medio de Resolución un nuevo Tribunal de Arbitramento. designando a los mismos árbitros que habían actuado y decidido el conflicto en el año de 1967, pretermitiendo las disposiciones del C. S. T. sobre conversaciones en arreglo directo y conciliación, contenidas en los arts. 432, 433, 434, 436, 37 y ss. y en esta forma el Tribunal repitió exactamente el Laudo de 1967, sin tener en cuenta la nulidad que éste implica y que hace

Para resolver se considera:

Es evidente que por providencia de 9 de mayo de 1968 esta Sala "declaró sin validez" el Laudo Arbitral pronunciado entre las mismas partes el 24 de abril de 1967, por haber hallado que "cuando éste fue proferido, los árbitros habían perdido sus atribuciones para resolver el conflicto", va que se dictó "después del vencimiento de la última ampliación (del plazo), descontados, como se ha hecho en el examen, todos los inhábiles, inclusive los correspondientes a los días jueves y viernes de la Semana Santa". Pero de aquí no se sigue que al convocar de nuevo el Ministerio el Tribunal de Arbitramento para que decidiera por segunda vez el conflicto, hubiera sido necesario que se pasara previamente por las etapas de arreglo directo y de conciliación, como tampoco el que el Laudo que ahora se examina sea el mismo declarado nulo, por el hecho de que contenga disposiciones iguales o semeiantes.

La nulidad del de 24 de abril provino de haber sido pronunciado fuera de los plazos legales respectivos y no de los términos de su pronunciamiento o de la calidad de sus disposiciones. Por tanto, convocado de nuevo el Tribunal y dictado, en la oportunidad legal, este otro fallo, no puede hacérsele extensiva aquella causal de invalidez, con base en un hecho distinto del que la produjo, cual es la identidad o semejanza del texto de ambos Laudos.

Por otra parte, nada empece a que un segundo fallo repita o reproduzca lo dicho en uno anterior declarado nulo, cuando la invalidez surgió de causas diferentes de las consideraciones o decisiones mismas del invalidado, sin que tal reproducción permita considerar que se trata de un mismo fallo y no de dos diferentes, pues la identidad material de ellos no destruye la circunstancia de que se produjeron dos pronunciamientos diversos, en el segundo de los cuales se subsanó la irregularidad productora de la invalidación del primero.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad solicitada y procede la Sala a estudiar los reparos del Hospital al Laudo recurrido.

Se refiere el primero a la disposición Segunda, que reza: "El trabajo ordinario nocturno se remunerará adicionalmente con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del salario ordinario diurno".

Arguye el recurrente que la inclusión en la cláusula anterior del adverbio: "adicionalmente", implica que los que sirvan jornada nocturna recibirán doble remuneración por ella, pues 'olvidó el Tribunal intencionalmente que en la Convención Colectiva vigente de 1966, firmada entre las mismas partes, en la cláusula doceava (12), los recargos por concepto del trabajo realizado en jornada nocturna, están comprendidos dentro del sueldo asignado al personal que trabaja en esa jornada".

No comparte la Sala este argumento, porque es obvio que la Convención de 1966 sólo queda vigente en las cláusulas no modificadas por el Laudo que se estudia y de esta manera la referente a remuneración del trabajo nocturno pactada en aquella, deja de regir por virtud de la decisión que se analiza. Esto es así, no sólo por razones jurídicas conocidas, sino por cuanto que el fallo recurrido lo declara de manera expresa en la resolución undécima, diciendo: "Los puntos de la anterior Convención no incluídos en el presente pliego (sic) y que no han sufrido ninguna modificación, continuarán vigentes" (subraya la Sala). Luego, la cláusula doceava de la Convención de 1966 quedó sin vigor desde la vigencia del fallo arbitral que se analiza y así el adverbio "adicionalmente" no debe entenderse en el sentido de que implique una nueva remuneración del trabajo nocturno, adicional a la que pueda estarse cubriendo por el mismo concepto, en cumplimiento de aquella Convención.

No es, pues, inexequible el Laudo en este punto.

El segundo reparo dice relación a lo decidido en el ordinal Tercero, que obliga al Hospital de Barranquilla a extender el suministro de servicios médicos, quirúrgicos, clínicos, radiológicos y de medicina general que suministra a sus trabajadores, "rebajados en un setenta y cinco por ciento (75%) de su valor o costo, a los padres e hijos legítimos o naturales, cónyuge, compañero o compañera" de aquellos.

El argumento contra esa decisión es como sigue:

"Los servicios asistenciales que el hospital presta a los trabajadores, extendidos a sus familiares, rebasa la capacidad económica y asistencial de que dispone el Hospital para atender estos servicios. Hay pues, una imposibilidad fisica o material para darle aplicación a lo ordenado en el Laudo. Como lo manifiesta el señor Arbitro por parte del Hospital, los trabajadores en número de 300 se multiplican incluyendo sus familiares. Un Hospital que dispone de 41 camas para prestar servicios de hospitalización se vería abocada a un grave problema, porque con solo el personal de empleados y familiares tendrían el cupo lleno, sin beneficio alguno económico, pues en las de media pensión se cobra media pensión, es decir, hay un ingreso modesto, pero al fin y al cabo un ingreso que desaparecería al quedar en firme el Laudo. Quedaría reducido el Hospital a prestar sus servicios exclusivamente a sus propios trabajadores y familiares, es decir, abocada a su clausura. Sobre este punto hago hincapié en el salvamento de voto del doctor Rafael Anava Buitrago, Arbitro del Hospital, en cuyo escrito se puede apreciar la realidad financiera del Hospital de Barranquilla. Olvidaron los señores Arbitros la finalidad primordial que surge de todo Estatuto que regule las relaciones de patronos y trabajadores como es el de lograr la justicia dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

"Violar un principio de derecho es violar la ley, y en este caso, mucho más si se tiene en cuenta que el Hospital es una institución sin ánimo de lucro para prestar servicios precisamente a la clase más desvalida de la población. Este principio rige tanto las relaciones jurídicas entre patronos y trabajadores particulares como entre las instituciones de servicio público".

Es reiterada y uniforme la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que cuando se trata de simple conflicto de intereses, no es modificable por ella lo resuelto en el Laudo respectivo, "salvo casos de protuberante inequidad". Esta doctrina fue reiterada en sentencia de 20 de mayo próximo pasado, para resolver el recurso de homologación interpuesto por la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. (Anagrán), de la siguiente manera:

"Sobre el zarandeado tema de la equidad ha dicho recientemente la Corte:

"El art. 32 del C. C. consagra como regla general de interpretación de los pasajes obscuros o contradictorios de la ley la 'equidad natural', v el 18 del C. S. T. establece como norma particular de interpretación del derecho laboral positivo la finalidad de éste según el art. 10. del mismo código, o sea, 'lograr la justicia de las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económico y equilibrio social'; y el art. 19, también del C. S. T., dispone que 'cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplica la que regule casos o materias semejantes (...) dentro de un espíritu de equidad'. No cabe duda entonces de que los conceptos de 'equidad', 'coordinación económica' y 'equilibrio social' son criterios que la ley misma dispone aplicar cuando el juzgador se ve en la necesidad de interpretarla o aplicarla".

"Pero, ¿qué es la equidad? Sobre ella dice Geny que es, de un lado, una especie de instinto o sentimiento, inconsciente y no razonado, que no difiere esencialmente de las revelaciones de la conciencia moral: de otro, la adaptación de la idea de justicia a los hechos, en consideración a las circunstancias individuales, teniendo en cuenta las ideas generales o bien modelándolas de conformidad con los elementos concretos (Derecho Positivo). (...). Este segundo concepto es el que se ha calificado por algunos doctrinantes como la justicia del caso concreto, porque permite adaptar los principios abstractos contenidos en las normas a las peculiaridades del supuesto de hecho, para de este modo "acomodar la lev especial a los diversos negocios que se presenten'.

"Como simple sentimiento o conciencia de lo justo, la equidad escapa a las formulaciones de los jueces de derecho, estando reservada la solución de los conflictos que con ella toquen a los jueces llamados de equidad (porque fallan en conciencia), como son los tribunales de arbitramento". (Hom. 28 de marzo de 1969, en el conflicto laboral de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y los Almacenes Generales de Depósito de Café con su Sindicato de Trabajadores).

"Ahora, si el mejoramiento de las condiciones generales de trabajo por encima de los niveles mínimos establecidos en la ley o en laudos o convenciones colectivas anteriores es cuestión que depende —y no hay duda que lo es— de los dictados de la conciencia moral y del sentimiento que se tenga de lo justo según las particulares circunstancias del caso concreto (como

las necesidades del trabajador, la naturaleza v consecuencias y el grado de aptitud y de esfuerzo que su realización requiera, la capacidad económica del patrono y su posibilidad inmediata de soportar las cargas, etc.), es obvio que ese mejoramiento compete privativamente, en defecto de acuerdo entre las partes, a quienes tienen facultad de obrar en conciencia, atendiendo no solamente a las prescripciones generales que sobre derechos mínimos contienen las leves sino también a las circunstancias particulares que configuran el caso concreto, mediante la apreciación de aquellos factores; es decir, a los árbitros, con exclusión de los jueces, a quienes no les corresponde armonizar o ajustar o conciliar opuestos intereses según principios de equidad natural, sino definir derechos según las normas legales. De ahí que la Corte haya mantenido invariablemente la doctrina de que la composición del conflicto de intereses es del resorte privativo del Tribunal de Arbitramento, mientras sus decisiones no rebasen los límites dentro de los cuales las leves protejen al trabajo humano. Esos límites son los niveles mínimos de salarios, prestaciones e indemnizaciones que la ley señala y los derechos y facultades concretos reconocidos en preceptos legales o en convenios entre las partes, por lo cual no puede hablarse de violación del art. 90. del C. S. T. mientras el laudo no desconozca esos niveles mínimos ni tales facultades o derechos".

El tercer reparo se encamina a buscar la ilegalidad de la disposición Quinta, que acogió la petición Sexta del pliego de peticiones, y cuyo tenor es el siguiente:

"El trabajo en domingo o días de fiesta se remunerará con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

"El trabajador que lábore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el ordinal anterior de esta misma cláusula".

El recurrente sostiene que como el Hospital de Barranquilla es entidad oficial, lo son del mismo modo sus trabajadores, a los que, por tanto, no cobija el C. S. T., sino la Ley 6a. de 1945, su Decr. Reg. 2127 del mismo año y las demás normas adicionales y complementarias. De esta manera el Tribunal no podía aplicar a los servidores del mencionado hospital el Decr. 2351 de 1965, reformatorio de aquel Código y cuyo art. 12, inciso

10., copia la disposición acusada, sino el 30. de aquella ley, que establece: "Solamente se permitirá el trabajo durante los días de descanso obligatorio, pagándolo o dando un descanso compensatorio remunerado, en aquellas labores que no son susceptibles de interrupción por su naturaleza, o por motivos de carácter técnico, o por satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos y el expendio y la preparación de drogas y alimentos, el servicio doméstico y los choferes particulares...".

De aquí concluye el impugnante "que el trabajo en días de descanso obligatorio (a los servidores oficiales) se paga con el salario sencillo que tienen asignados los trabajadores" y que "al aplicarle el Tribunal el Decr. 2351 de 1965, que reforma el C. S. T., a los trabajadores del Hospital de Barranquilla, violó el status de estos trabajadores e incurrió, en consecuencia, en una extralimitación en sus funciones de Arbitros".

Considera la Sala que tiene razón el recurrente, pues no hay duda alguna que lo determinado por el Laudo Arbitral en este punto contráría lo previsto en el invocado artículo 3o. de la Ley 6a. de 1945, no tanto en lo referente al monto de la remuneración del trabajo en días de fiesta o en domingos, cuya cuantía no concreta ésta, cuanto en lo relativo a la opción que esa norma consagra, en favor del patrono, de pagar los festivos o dominicales trabajados o de conceder un descanso compensatorio remunerado. Por tanto, habrá de declararse inexequible esta cláusula del fallo en estudio.

La última objeción del Hospital se dirige a mostrar la ilegalidad de la disposición Sexta del Fallo Arbitral y que corresponde a la petición Octava del pliego de peticiones, basado en los mismos motivos del ataque a la cláusula anterior. Tal disposición, reza:

"Sexto. Los contratos individuales de trabajo vigentes y los que posteriormente se celebren continuarán siendo a término fijo de un (1) año, y prorrogables por períodos iguales, sin perjuicio de que las partes convengan período de prueba.

"Cuando la terminación de los mismos tenga por causa el vencimiento del plazo pactado, además de la indemnización equivalente al tiempo faltante para tal vencimiento, cuando a ella hubiere lugar, se pagará al trabajador, en forma adicional, la indemnización correspondiente a las que a continuación se expresan:

"a) Cuarenta y cinco (45) días de salario

cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio de tres (3) años a cinco (5) años;

- "b) Sesenta (60) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio de más de cinco (5) a diez (10) años; y,
- "c) Setenta y cinco (75) días de salario para todos aquellos trabajadores que tuvieren un tiempo de servicio de diez (10) años en adelante.

"Parágrafo: La anterior escala de indemnizaciones adicionales no se aplicará cuando quiera que el contrato de trabajo termine por una causa distinta del vencimiento del plazo estipulado".

Las razones del impugnador contra la cláusula transcrita son valederas y ellas fueron las que llevaron a esta Sala a declarar inexequible otra de semejante tenor, contenida en el Laudo Arbitral que desató el conflicto colectivo surgido entre Electrificadora de Antioquia S. A. y el Sindicato de sus trabajadores. En la respectiva sentencia, fechada el 12 de noviembre de 1968, se asienta:

"Es indudable que el Tribunal extralimitó sus funciones al estatuir copiando, mutatis mutandi, el art. 80. del Decr. 2351 de 1965, incorporado al C. S. T. en la parte relacionada con el Derecho Individual, que rige exclusivamente para trabajadores particulares y no puede aplicarse a los de carácter oficial, aunque se encuentren ligados por contrato de trabajo. Respecto de éstos, como el mismo Laudo lo advierte, salvo en lo concerniente con el Derecho Colectivo, sus relaciones laborales están reguladas por la Ley 6a. de 1945, su Decreto reglamentario y las disposiciones modificativas o complementarias correspondientes.

"Y aun cuando tal norma del fallo arbitral no fuese transcripción del mencionado art. 80. del Decr. 2351 de 1965, también sería inexequible, pues establece limitaciones y cargas extralegales, no provenientes de Convenciones o Pactos Colectivos anteriores, y ha sido constante la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que al Tribunal de Arbitramento le está prohibido cercenar las facultades administrativas reconocidas por la ley a las empresas, y al estatuir de ese modo el Laudo, modifica las previsiones de los indicados estatutos sobre servidores oficiales, en cuanto a indemnizaciones por despido o por retiro intempestivo del trabajador...."

Hay más aún. La forma de redacción de la cláusula en estudio es por sí sola base suficiente para declararla ilegal, pues en ella no aparece que las indemnizaciones impuestas se deriven del rompimiento unilateral del contrato de trabajo sin causa justa, sino cuando "tengan por causa el vencimiento del plazo pactado", sancionándose de esta manera el ejercicio legítimo de un derecho, cual es el de dar por extinguido un vínculo contractual al vencimiento del término estipulado. (Los subrayados son de la Sala).

El resto de las decisiones del Tribunal fueron también examinadas por la Sala sin hallar en ellas motivo de invalidación o inexequibilidad, razón por la cual homologará el Laudo, con excepción de las dos resoluciones que aparecen ilegales, según lo expuesto.

DECISION

En mérito de las consideraciones que prece-

den, 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, DECLARA INEXEQUIBLES las decisiones Quinta y Sexta del Laudo Arbitral proferido el 29 de noviembre de 1968 para dirimir el conflicto colectivo surgido entre el Hospital de Barranquilla y el Sindicato de sus trabajadores y lo HOMOLOGA en todo lo demás.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo para su custodia y demás efectos legales.

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

La jurisprudencia laboral ha sentado que la discusión, con razones atendibles, por el patrono demandado, de la existencia del contrato de trabajo, y la duda fundada acerca de este mismo extremo, impiden declarar la mala fe sustentadora de la imposición de la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del C. S. T. por el no pago o depósito de lo que cree deber, al término de la relación laboral, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador demandante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 42).

Agotado el trámite legal procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la senten cia con que el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil Laboral, puso término a la segunda instancia del juicio adelantado por Henning Rieckman contra la firma Eberhar Diestel.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del proceso se pidió se condenara a la firma o casa de comercio denominada "Eberhar Diestel", representada por Joaquín Fritz Emil Thielman, a pagar a Henning Rieckman cesantía, primas de servicio, vacaciones, indemnización por la mora en el pago de las anteriores prestaciones sociales y las costas del juicio, con base en los siguientes hechos:

En virtud de contrato verbal de trabajo, Henning Rieckman prestó servicios personales a la firma comercial Eberhar Diestel, en la ciudad de Santa Marta, como "gerente, administrador y representante legal", del 19 de enero de 1958 al 22 de abril de 1960, con una asignación mensual de US\$ 250.00; y durante este tiempo, el actor no disfrutó de vacaciones, ni se le pagaron

las primas de servicio, valores por estos dos conceptos, lo mismo que los derivados de las "demás obligaciones" del contrato de trabajo, que tampoco se le cancelaron a la terminación de éste

En la contestación de la demanda, el apoderado de la firma comercial demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas por el demandante, y manifestó, en relación con los hechos, que ni afirmaba ni negaba la existencia del contrato de trabajo pregonado y que se debían probar los demás fundamentos fácticos aducidos.

Concluído el debate, el señor Juez del Trabajo de Santa Marta, que fue el del conocimiento. definió el negocio en sentencia de 27 de marzo de 1962, condenando a la firma demandada a pagar al demandante, a más de las costas, las siguientes cantidades y por los conceptos que a continuación se expresan: un mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con dieciocho centavos (\$1.489.18) por cesantía; un mil trescientos ochenta y siete pesos con cuarenta y un centavos (\$1.387.41) por primas de servicio; cuatrocientos noventa y seis con treinta y nueve centavos (\$496.39) por vacaciones causadas y no disfrutadas; y treinta y cuatro pesos con cincuenta centavos (\$34.50) diarios, por indemnización moratoria, desde el 9 de marzo de 1960 hasta la cancelación total de las prestaciones procedentes.

En virtud de apelación concedida a la parte demandada contra esta providencia, el Tribunal Superior de Santa Marta, por conducto de su Sala Civil Laboral, la confirmó y condenó en costas a la apelante, una vez surtido el trámite legal, en fallo de 12 de julio de 1962, contra el cual el apoderado de dicha parte interpuso el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte, dando lugar así al adelantamiento de la tramitación correspondiente hasta poner el negocio en estado de decidir lo pertinente, a lo cual se procede teniendo en cuenta únicamente la demanda extraordinaria, pues no hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone principalmente el recurrente la casación total del referido fallo de segundo grado y que, en su lugar, constituída la Corte en Tribunal de instancia, revoque la decisión de primera instancia y absuelva al demandado de todas las peticiones de la demanda inicial; y subsidiariamente, el quebrantamiento parcial de ese fallo, en lo tocante con la indemnización moratoria, para en cambio revocar la condena que sobre este extremo contiene la mentada sentencia del Juzgado y absolver de su pago al impugnador.

LOS CARGOS

Para la consecución de este resultado y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula dos cargos, principal el primero y subsidiario el segundo, relacionado aquel con el objetivo fundamental perseguido y el último con la indemnización moratoria únicamente.

Primer cargo. - En este se acusa la sentencia recurrida de ser "violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 22, 23, 24, 65, 186, 249, y 306 del C. S. T., violaciones indirectas en que incurrió el Tribunal a consecuencia de error evidente de hecho, que provino de la mala apreciación de las pruebas aportadas al juicio, todas las cuales singularizaré, y que consistió en dar por establecido, cuando esas probanzas acreditan lo contrario, que entre las partes existió un contrato de trabajo y que el demandado obró de mala fe al no pagar o consignar oportunamente las prestaciones sociales adeudadas. Hubo también, en violación medio que acuso, aplicación indebida, en modalidad de falta de aplicación. de los arts. 51 y 61 del C. P. T., en relación con los arts. 607 y 622 del C. J. De aquel vínculo inexistente el Tribunal dedujo las condenaciones que impugno y que constituyen también aplicación indebida de los textos citados sobre cesantía, primas, vacaciones e indemnizaciones por mora.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) Certificado de la Cámara de Comercio, que aparece al
fl. 5); b) Inspección ocular practicada a los libros
de la Cámara de Comercio, fl. 38; c) Confesión
de Fritz Emil Thielman, fls. 34 a 37; d) Inspección ocular practicada sobre los libros o documentos de la Empresa demandada, fls. 23 a 24;
e) La presunción fundada en el art. 24 del C. S.
T.

"La confesión de Thielman fue mal apreciada, primero como prueba, y luego en sí misma.

"Por apreciar mal las pruebas indicadas, y haber tenido como prueba la confesión de Thielman, el Tribunal dio por establecido, contra la evidencia, que entre las partes existió un contrato de trabajo y dedujo, además, sus condenas por los conceptos de cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización por mora. De no haber sido por este error evidente, habría tenido que declarar la inexistencia del vínculo laboral y absolver al demandado por todos los extremos de la litis, revocando al efecto la sentencia de primer grado".

Para demostrar este cargo se analizan cada una de las pruebas anotadas y luego se concluye:

1. Las afirmaciones contenidas en las posiciones absueltas por Joaquín Fritz Thielman, apoderado de la parte demandada, no pueden tenerse como confesión, por cuanto no está establecido en los autos que dicho señor fuera "representante legal" de la última, como indebidamente lo califica el Tribunal; estuviera facultado, como simple apoderado de la misma, en los términos del art. 607 del C. J., para obligar a su poderdante, ni menos para confesar o absolver posiciones en juicio; y "que haya ejecutado los hechos a que se refiere la demanda, a nombre de su representado, tal como lo exige el art. 622 del C. S. del Trabajo (sic), pues no fue él quien celebró contrato con el demandante ni pagó ninguna suma a Rieckman". "La única prueba sobre la calidad del apoderado de Thielman de la parte demandada es la certificación de la Cámara de Comercio que aparece al fl. 5 y la Inspección Ocular practicada en el registro público de comercio y en ellas únicamente se afirma que Thielman tiene la representación de Eberhar Diestel, pero no dice con qué facultades. Es, por lo tanto persona inhábil para absolver posiciones al tenor de lo dispuesto en el art. 622 del C. J. y sus afirmaciones no pueden tenerse como confesión de su mandante".

Y aún estimando como prueba dicha absolución de posiciones, no puede fundarse en ella, como lo hizo el Tribunal, la existencia de la relación de trabajo personal entre demandante y demandado, porque "el absolvente se limita a decir que Rieckman le ayudó y le explicó los negocios de la firma... Pero dicha prestación de servicio no está demostrado que se hubiera realizado con subordinación jurídica y al presumir el Tribunal el contrato de trabajo, incurrió en un error evidente de hecho".

2. La inspección ocular practicada en los libros de la empresa lo único que demuestra es que a Rieckman se le giraron unos cheques; pero de allí no puede deducirse, como lo hizo el ad quem, que ellos obedecían al pago de los servicios prestados en virtud de un contrato de trabajo, pues "han podido corresponder a otros conceptos. Además, no se comprobó en la Inspección Ocular, quién giró los cheques, ni si la cuenta Bancaria contra la cual fueron girados pertenecía al demandado. Por otra parte, si bien es cierto que la prestación de servicios, o mejor la relación de trabajo personal, presume la existencia del contrato de trabajo, o sea que se presumen reunidos los tres elementos esenciales de que habla el art. 23 del C. S. T., la remuneración no puede presumir la existencia de la prestación de servicio".

3. "Si bien es cierto que el Tribunal apreció el certificado de la Cámara de Comercio y la Inspección Ocular practicada en el registro público de comercio, como no demostrativas por sí solas de la existencia de la relación laboral, apreció mal estas pruebas al no considerarlas como demostrativas de un vínculo distinto al laboral, o sea uno de naturaleza comercial. La inscripción de Rieckman en la Cámara de Comercio como apoderado de Eberhar Diestel, prueba plenamente su calidad de mandatario comercial, con la cual se desvirtúa la presunción del art. 24 del C. S. del T., correspondía al demandante, destruída la presunción, demostrar la existencia de los otros elementos del contrato de trabajo, y, dando por cierto que se demostró la remuneración, no hay ninguna prueba sobre el otro elemento, el más importante de todos, y el que diferencia el contrato de trabajo de otra clase de vínculo, o sea el de la subordinación jurídica. Demostrado este hecho, la subordinación, podría, entonces sí, considerar que el mandato comercial era también un contrato de trabaio".

El Tribunal no dio por desvirtuada la mentada presunción, aduciendo como razón la que la parte demandada directamente no aportó elementos de convicción que lo permitieran, olvidando que no estaba obligada a hacerlo "si se llegaba al mismo fin con las pruebas presentadas por el mismo demandante", como lo reconoce la doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo y de esta Sala de la Corte.

Para resolver, la Corte considera:

1. En el fallo recurrido después de analizarse la certificación expedida por la cámara de Comercio de Santa Marta y la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de esta institución, que obran a fls., 5 y 38 del expediente, se concluve que ellas establecen fehacientemente que el actor fue representante de la empresa demandada v así figuró desde el primer registro de la firma Eberhar Diestel efectuado el 11 de marzo de 1958 hasta el 9 de marzo de 1960, en que se lo renovó: v que si bien por sí solas no son suficientes estas probanzas para demostrar que Rieckman en desarrollo de esa representación prestó efectivamente servicios personales a la firma memorada, únicos capaces de dar paso a la presunción de que entre las partes contendientes hubo vinculo contractual de carácter laboral, también es evidente que de las posiciones absueltas por Joaquín Fritz Emil Thielman. representante de la dicha empresa, algunas de cuyas respuestas se transcriben, se desprende en forma terminante que el actor sí realizó para ésta esa actividad, pues no obstante "la conducta un poco evasiva y nada clara que al principio siguió el absolvente, después confiesa ciertos hechos que vienen a establecer la relación de trabajo, por servicios prestados a la firma "Eberhar Diestel". Solamente quien ha trabajado en una actividad puede explicar lo referente a ella y llevar las enseñanzas del caso. Tales actitudes fueron asumidas por el reclamante, y si ello fue así, es forzoso concluir que sí hubo vínculo contractual laboral como se afirma en el libelo de demanda".

Se agrega allí a continuación que complementa estos elementos de convicción la inspección ocular practicada en los libros de la empresa, en la que se constató el giro periódico al demandante de las cantidades de dinero que allí se especifican, sin que sea válido el argumento aducido por el apoderado de dicha firma demandada, de que esos comprobantes de pago son insuficientes para fundar la conclusión en comento. "El argumento —se dice textualmente—, refiriéndolo a la apreciación aislada de tales comprobantes, podría tener alguna fuerza, pero si se piensa en lo que arrojan las pruebas arriba analizadas, no resulta aventurado concluir que sí fueron por actividades desarrolladas por Rieckman en favor de la empresa "Eberhar Diestel". Una sola prueba, es cierto, no trae la plena convicción de la relación de trabajo, pero todas, armonizándolas, sí la despiertan y no dejan ninguna duda en el ánimo del juzgador".

2. Según la certificación de la Cámara de Comercio de Santa Marta, traída con la demanda (fls. 5 del Cdno. ppal), y la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de esta institución (fl. 38 ibídem), a Eberhar Diestel se ins-

cribió en el registro público de comercio como firma individual, "con negocio de exportación e importación, representaciones de casas extranjeras, etc.", y como su "representante legal" primeramente, hasta la renovación efectuada el 9 de marzo de 1960, el demandante R. P. Henning Rieckman, y últimamente Joaquín Fritz Emil Thielman, calidad que conservaba ésta cuando se introdujo la demanda inicial del proceso y que él aceptó al conferir poder al abogado que representó a la empresa en las instancias y al absolver las posiciones a que se lo sujetó.

Lo expresado indica que la aludida representación es lo común y corriente para la ejecución en la localidad colombiana mencionada del negocio para el cual fue inscrita la firma individual en referencia y no la que corresponde a quienes asisten a los incapaces o a las personas jurídicas. Por tanto, como para fines laborales estas personas, según el art. 32 del C. S. T., comprometen con sus actos a sus representados ante sus trabájadores, el señor Thielman es hábil para confesar sobre los hechos que haya ejecutado a nombre de Eberhar Diestel sin necesidad de la autorización expresa de dicho comitente recla mada por el recurrente con base en el art. 607 del C. J., puesto que ella solo la exige el final inciso de esta norma cuando se trata de los apoderados judiciales, carácter que no tiene el citado Thielman, pero no para los otros mandatarios, de conformidad con el primer inciso del mismo precepto legal.

Dentro de este orden de ideas, las respuestas 5a. y 7a. dadas por Thielman en las posiciones que absolvió dentro del juicio, tienen el carácter de confesión, por cuanto versan sobre el hecho de haber recibido del actor ayuda y explicación de los negocios de la firma demandada al asumir él la representación de la misma y ponerse al frente de la empresa en la ciudad de Santa Marta, y de haberse remunerado esos servicios con una determinada suma de dinero. En las demás respuestas simplemente da testimonio de que "el señor Diestel, propietario de la firma, fue quien contrató o se entendió directamente con el señor Rieckman", ignorando los términos del acuerdo, lo mismo que la forma como trabajara y el tiempo en que lo hiciera el demandante, debido a que por entonces se encontraba en Alemania, por lo cual, del propio modo, no sabe si el mentado Rieckman tuviera derecho a prima y vacaciones y si le fueron pagadas o no por Diestel, prestaciones que él en todo caso no cubrió, como no lo liquidó y canceló tampoco el auxilio de cesantía, por las mismas causas.

Si la afirmación del hecho primeramente mencionado tiene el carácter de confesión, no incurrió el ad quem en error al atribuirle esa entidad para fundar en ella la deducción de que si el reclamante asumió las funciones aseveradas por el absolvente, prestó servicios personales en el tiempo precedente en que tuvo la representación de la firma demandada, por cuanto —se repiten sus palabras— "Solamente quien ha trabajado en una actividad puede explicar lo referente a ella y llevar las enseñanzas del caso", servicios personales que, a su vez, le sirvieron para presumir, con fundamento en el art. 24 del C. S. T., que las partes contendientes estuvieron ligadas por un contrato de trabajo.

Esta deducción no se la puede considerar equivocada, como lo pretende el recurrente, por la circunstancia de que no se haya demostrado que estos servicios personales los prestara el demandante "con subordinación jurídica", puesto que el citado art. 24 del estatuto laboral sustantivo solo reclama para la operancia de la presunción que consagra, la relación de trabajo personal. Por tanto, probado por el actor el servicio de esta índole, que da lugar a que se presuma el contrato de trabajo y, por ende, la concurrencia de los elementos que lo tipifican, entre ellos de la labor subordinada, correspondiéndole al demandado, demostrar, para desvirtuarla, como reiteradamente lo ha dicho la jurisprudencia, que esos servicios no fueron dependientes y se ejecutaron en desarrollo de diferente relación jurídica.

3. En la inspección ocular practicada en los libros de la empresa demandada (fls. 23 y 24 del Cdno. ppal.), se verificó por el Juez del conocimiento "que la firma Eberhar Diestel, giró a favor del señor Henning Rieckman, según comprobantes de chequeras, las sumas que a continuación se expresan y en las fechas que se indicarán...".

Ante esta observación del propio Juez, no puede dudarse de que los cheques se extendieron a nombre de la firma giradora y para el beneficiario indicado, por el hecho de que en la diligencia no se hubiera dejado constancia de la persona que los autorizó y la cuenta bancaria contra la cual se giraron, como lo plantea el recurrente. Si eran ineficaces por cualquier motivo, ha debido formularse la alegación respectiva y comprobarse dentro del juicio, cosa que no se hizo, por cuya causa la verdad de lo consignado por el Juez en el acta memorada y lo que de allí naturalmente se desprende, se mantiene firme.

En estas condiciones, no es censurable el com-

portamiento del fallador de segundo grado al tener en cuenta este hecho evidente como complementario de los elementos de convicción anteriormente analizados. Ni tampoco puede aseverarse incurriera en un error evidente u ostensible, único incidente en casación, porque al ar-· monizarlo con esas otras probanzas asentara que "no resulta aventurado concluir" que esos pagos periódicos se hicieron por las actividades desarrolladas por el demandante en favor de la empresa Eberhar Diestel. La misma afirmación del recurrente de que ellos "han podido corresponder a otros conceptos" (se subraya), indica que no es esta la única o necesaria causa que es dable derivar del hecho ameritado; y por lo tanto, bien podía el ad quem, como lo hizo, atribuirle la que dedujo, en ejercicio de la facultad de valoración de la prueba que le confiere el art. 61 del C. P. del T., para la formación de su racional convencimiento, pues no aparece ciertamente descabellada, al conjugar este medio probatorio con los otros.

4. Agrega todavía el impugnador que como la inscripción del actor en la Cámara de Comercio como apoderado de Eberhar Diestel establece plenamente su calidad de mandatario comercial, con lo cual se destruye la presunción del art. 24 del C. S. T., le correspondía a Rieckman, para sacar adelante sus pretensiones, demostrar que los servicios por él prestados lo fueron bajo subordinación jurídica; y como esto no lo hizo, el Tribunal ha debido revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la parte demandada.

Ocurre empero que como el ad quem dio por demostrado que el demandante prestó servicios a la empresa demandada y por ello presumió, con base en el invocado art. 24, que las partes contendientes estuvieron ligadas por un contrato de trabajo, sin incurrir en error evidente ni en lo uno ni en lo otro, según ya se ha visto, la reclamación de la prueba por dicho actor de que esos servicios fueron dependientes o bajo subordinación jurídica como condición para el mantenimiento de la aludida deducción judicial, resulta impertinente, como así mismo ya se expresó. Era a la recurrente a quien competía, en estas condiciones, probar que esas labores no se realizaron en la forma referida, para que se le pudiera dar prevalencia a esa relación comercial, que no se alegó en las instancias y que solo ahora se hace en casación y que en principio revela la inscripción en comento en el registro público de comercio, desvirtuada con los elementos probatorios apreciados por el Tribunal, cosa que no hizo.

Por todo lo expuesto, no prospera este cargo.

Segundo cargo. En este se acusa el fallo recurrido de ser violatorio, "por aplicación indebida, del art. 65 del C. S. del T., violación indirecta en que incurrió el Tribunal a consecuencia de error evidente de hecho que provino de mala apreciación de unas pruebas y que consistió en dar por establecida la mala fe del demandado al no pagar ni consignar oportunamente el valor de las prestaciones sociales adeudadas. En violación de medio, el Tribunal infringió además, por falta de aplicación, el art. 31 del C. P. del T.

"Las pruebas mal apreciadas son: la contestación de la demanda en cuanto ella implica confesión: el certificado de la Cámara de Comercio que aparece a fl. 5; la Inspección Ocular en el registro público de comercio, que obra a fl. 38, y el poder que obra a fl. 1. Por haber apreciado mal las pruebas singularizadas el Tribunal dejó establecido, contra la evidencia, que hubo mala fe por parte del demandado al no consignar oportunamente el valor de las prestaciones sociales a que tenía derecho el demandante v dedujo como consecuencia la condenación a pagar la indemnización por mora en el pago o consignación de dichas prestaciones, aplicando indebidamente el art. 65 del C. S. del T. De no haber sido por este error evidente el Tribunal habría tenido que reconocer la buena fe del demandado y absolverlo del pago de dicha indemnización".

Se afirma, para sustentar esta acusación, que el Tribunal incurrió en error grave al dar por probadas la mala fe del patrono demandado con el hecho de no haber reconocido éste en la contestación de la demanda la existencia del contrato de trabajo y haberse limitado a decir que se atenía a lo que resultara establecido en el juicio, puesto que esa posición como perfectamente lícita que es y, por ende, permitida, según lo ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia de 18 de junio de 1951, no puede considerarse como constitutiva de mala fe. Por lo demás, era la que lógicamente le correspondía asumir, ya que con la presentación del poder y la certificación que obra al fl. 5, el mismo demandante acreditaba la existencia de contrato diferente.

A lo anterior se agrega que es dudosa la existencia del pacto laboral, lo que patentiza más la circunstancia de que el mismo Tribunal "tuvo que hacer un desesperado esfuerzo para considerar probada la presunción del art. 24 del C. S. del T."; la inspección ocular practicada en la Cámara de Comercio; y la "ausencia de pruebas que demostraron diáfanamente la existencia

de un contrato de trabajo", ausencia de pruebas que se debió a la omisión, no del demandado, sino del demandante. Esa fundada duda es demostrativa precisamente de la buena fe del patrono, como lo han sostenido el Tribunal Supremo del Trabajo y esta Sala de la Corte, entre otras sentencias en las de 30 de junio de 1953 y 10 de marzo de 1954. Por consiguiente, incurrió en nuevo error el ad quem al no tener en cuenta este factor para absolver del pago por indemnización moratoria.

Para resolver, la Corte considera:

1. En el fallo recurrido después de manifestarse que la sanción moratoria "se aplica a las empresas o patronos que sin motivo justificativo alguno dejan de cancelar las prestaciones y salarios debidos o cuando habiéndose hecho reclamo, sin acuerdo alguno entre las partes, no se consigna lo que se cree deber", se fundamenta así la que al respeto se impone a la parte demandada:

"La conducta de la empresa es censurable porque no reconoció la existencia del contrato de trabajo, habiéndose limitado a decir que se atenía a lo que resultare probado. La buena fe en todo contrato conlleva el que él no se desconozca y que los contratantes acepten su existencia. Lo contrario es poner en situación difícil a la contraparte y someterla a un esfuerzo largo para la comprobación del vínculo que se dio, cosa que se evitaría con la sana aceptación del patrono de haber tenido bajo su servicio al reclamante. Por ello aprecia la Sala que es el caso de aplicar la sanción prevista en el art. 65 del C. S. T.".

2. La negación por el demandado de los hechos de la demanda contra él introducida, o la manifestación de que se atiene a lo que sobre el particular resulte probado en el juicio, no son posiciones en sí mismo censurables, pues no existen normas legales que le prohiban asumirlas o que le impongan la obligación de admitir lo aseverado por el actor como fundamento de sus pretensiones, librándolo así de la carga de la prueba que sobre él pesa para la consecución del resultado que persigue, las que de existir le cercenarían su derecho de defensa en la forma que considere conveniente a sus intereses puestos en juego. Ni son indicativas tampoco, por sí solas, de que con tal comportamiento ha obrado de mala fe, por cuanto esta conducta solo puede pregonarse cuando de autos aparece claro que su negativa o su reticencia carecen de fundamento razonable, por establecer fehacientemente las probanzas aportadas por la contraparte que eran ciertos o que tenía conocimiento de los hechos afirmados por ésta y no obstante eso los negó o no los admitió expresamente. Por esto la jurisprudencia laboral ha sentado que la discusión, con razones atendibles, por el patrono demandado, de la existencia del contrato, y la duda fundada acerca de este mismo extremo, impiden declarar la mala fe sustentadora de la imposición de la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del C. S. T. por el no pago o depósito de lo que cree deber, al término de la relación laboral, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador demandante.

En el presente caso, el apoderado que constituyó el representante de la empresa demandada, ni afirmó ni negó la existencia del contrato de trabajo en ésta pregonado, y se limitó a decir que se atenía a lo que resultara probado en el juicio. Pero no se ha establecido que ese representante, que se apersonó en el proceso a nombre de su representada, hubiera celebrado el pacto laboral deducido o hubiera sido enterado de él por su comitente y recibido del mismo instrucciones para tomar la referida posición adoptada por el apoderado en la aludida contestación de la demanda, para que pudiera afirmarse su mala fe justificativa de la sanción moratoria en comento. No es admisible, por lo tanto, la razón dada por el fallador de segundo grado para sostener esta condena impuesta en la sentencia de primera instancia.

Lo que a la mentada entidad falladora le correspondía indagar era si la presunción de mala fe que determina el no pago o depósito de lo que se cree deber, a la terminación del contrato deducido, de los derechos laborales reconocidos, la desvirtuaba alguno de los factores considerados idóneos para ello, para si se confrontaba exonerar al patrono de pago alguno por tal concepto. No lo hizo así por reparar en el que se ha declarado inadmisible y por esto confirmo la condena en referencia, siendo así que ciertamente la falta de prueba directa del contrato de trabajo y el hecho de que éste hubo de deducirlo de probanzas indirectas, permiten aceptar la duda razonable acerca de la existencia de la relación laboral, la que, como se ha visto, se admite desvirtúa la mala fe que fundamenta la indemnización aludida.

Tiene razón, por lo tanto, el recurrente y por ello prospera este cargo, lo que conduce a la casación parcial del fallo acusado en lo tocante al extremo estudiado y a la consecuencial revocación del fallo de primera instancia, en esta parte, para, en su lugar, absolver a la empresa demandada de la indemnización moratoria, bastando como motivaciones de instancia para ello las consideraciones que preceden.

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 el fallo aquí proferido por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil Laboral, en cuanto confirmó la condena de la sentencia de primer grado sobre indemnización moratoria, y, en su

lugar y en función de instancia, revoca ese pronunciamiento y absuelve a la empresa demandada de su pago al demandante. En lo demmás no se casa dicha decisión de segunda instancia.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Ricardo Silva, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HECHO NOTORIO

Los principios del derecho probatorio en cuanto tienen de universales, admiten que los hechos notorios no requieren demostración, remontándose así al antiguo derecho donde regía la máxima "notorio non agent probatione".

En el sentido del léxico, notorio es todo lo que es público y sabido de todos, mas la dificultad no está en la definición sino en saber cuándo se presenta y debe aplicarse la circunstancia de la notoriedad, porque como lo enseña Couture," pueden considerarse notorios aquellos hechos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un circulo social determinado, en el momento en que ocurre la decisión".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 43).

En demanda ordinaria laboral pidió Juan B. Capella Tache al Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta que se condenara al Banco de Bogotá a pagarle las horas extras trabajadas durante el tiempo que prestó sus servicios a dicha entidad, en la nombrada ciudad, desde el 4 de enero de 1954 al 31 de diciembre de 1960; como también el reajuste del auxilio de cesantía que pudiera corresponder a las horas extras laboradas; y finalmente la indemnización moratoria desde el 31 de enero de 1962 hasta cuando le sean pagados los valores que demanda.

Funda Capella sus pretensiones en los siguientes hechos: a) en que celebró contrato de trabajo con el Banco de Bogotá, Sucursal de Santa Marta, el 4 de enero de 1954 y se retiró el 31 de enero de 1962; b) en que sus servicios al Banco fueron los de celador; c) en que en tales funciones se obligó a trabajar doce horas diarias, pero el Banco lo hizo laborar, en un primer lapso comprendido desde el 4 de enero de 1954 al 31 de diciembre de 1958, una jornada de 16 horas distribuídas así: de las 6 p.m. a las 8 a.m. y de las 12 m. a las 2 p.m.; y en un segundo lapso comprendido desde el 10: de enero de 1959 al 31 de enero de 1960, una jornada de 14 horas que transcurría de las 6 p.m. a las 8 a. m.; d) en que dicho trabajo suplementario nunca le ha sido pagado por el Banco; e) en que devengó al servicio del Banco los siguientes salarios: del 4 de enero de 1954 a 1956, \$150.00 mensuales; de 1956 a 1958, \$250.00 mensuales; de 1958 a septiembre de 1962, \$350.00 mensuales; y de septiembre de 1962 hasta la fecha de su retiro, \$385.00 mensuales: y f) en que al no pagarle las horas extras también le debe el Banco el reajuste del auxilio de cesantía.

El Banco demandado contestó el libelo diciendo no constarle algunos de sus hechos fundamentales y negando que el demandante trabajara en horas extraordinarias. Propuso la excepción de prescripción extintiva de la acción.

Surtida la primera instancia, el Juez absolvió al establecimiento demandado.

Y en la segunda, que se siguió por apelación del actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta revocó la sentencia recurrida para en su lugar condenar al Banco de Bogotá, a pagar a Juan B. Capella Tache la suma de \$4.000.70 por concepto de horas extras trabajadas. Esta decisión se produjo con un salvamento de voto.

El recurso de casación

Contra el fallo del Tribunal se interpuso por la parte del Banco de Bogotá el recurso de casación, que tiene por alcance la infirmación total de la sentencia de segundo grado y en su lugar se absuelva a la parte demandada, confirmando así la Corte el de primer grado.

Uno solo es el cargo que formula el recurrente contra la sentencia acusada, fundado en la causal primera de las establecidas en el art. 87 C. P. T. Se impugna en tal cargo el fallo del Tribunal por vía indirecta y en razón de violación de los arts. 158, 159, 161 lit. b) y 168 C. S. T., por indebida aplicación de los mismos al caso sub judice, a consecuencia del error de hecho en que manifiestamente incurrió el juzgador al dar por demostrado un hecho básico, sin estarlo, y al cual error llegó por equivocada apreciación de las pruebas que adelante señala.

Alega el recurrente que el error de hecho consistió en que el Tribunal dio por demostrado, no estándolo, que el demandante trabajó diariamente una jornada de catorce horas, es decir, dos horas extras diarias, como que el oficio contratado fue apenas de doce horas; y que a este error llegó como consecuencia de una errada apreciación de los testimonios de Alberto Herrera y Luis Francisco Urdaneta.

Fundando su acusación dice el recurrente que ninguno de tales testigos da razón del tiempo durante el cual el actor cumplió su jornada extraordinaria y ni siguiera pueden precisar el día hasta el cual vieron a Capella laborando en dicha jornada; que la certidumbre en cuanto al período de tiempo en que se desarrolló la jornada es punto indispensable de comprobación y que la deficiencia de los testimonios en cuestión tan decisiva no puede suplirla el juzgador con suposiciones lógicas en apariencia pero arbitrarias en realidad. Agrega que el Tribunal violó no solamente las normas sustantivas laborales indicadas, sino el principio de derecho comprendido en la vieja máxima "actori incumbit probatio", incorporado a nuestro sistema positivo en el art. 1757 del C. C.

El censor adelanta otras críticas contra la sentencia que lo llevan a pensar que el Tribunal condenó, "no por hallar probado el trabajo suplementario... sino por suponerlo". Termina haciendo suyas las apreciaciones del Magistrado Gutiérrez Lacouture, consignadas en su salvamento de voto.

La Sala considera:

La sentencia acusada menciona en primer término las declaraciones juradas de Alberto Herrera y de Luis Francisco Urdaneta, sin hacerles ningún comentario especial.

Expresa luego que el Juzgado de primera instancia pronunció fallo absolutorio inspirado en el criterio sustentado por la jurisprudencia de que las horas extras deben demostrarse de

manera precisa y firme, sin que quede la menor duda de que realmente se trabajaron, apreciación esta que ha sido compartida por la Sala falladora en todos los casos en que le ha tocado decidir sobre la cuestión, pero teniendo en cuenta la naturaleza y funciones del cargo desempeñado. Agrega que un trabajador de jornada ordinaria está obligado a demostrar el número de horas extras trabajadas, pues se parte de la presunción de que su jornada es siempre la corriente y que "el celador no está excluído de esta obligación y cuando labora más de las doce horas autorizadas, debe comprobar que en realidad ello sucedió así".

La parte celular del fallo, es con todo, la siguiente: "Mas no se debe olvidar que hay situaciones, notorias de suyo, que dicen las horas trabajadas por el empleado. La actividad normal del comercio, en este país, se desenvuelve de las 8 a.m. a las 12 v de las 2 p.m. a las 6 p.m. A esta hora se cierran los establecimientos comerciales e industriales v cesa toda actividad normal, regular de ellos. Si el negocio o empresa requiere celador, hay que entender que es para las horas en que no se da la actividad. a fin de que haya quien defienda los intereses allí representados. Las sociedades de la índole de la demandada (Bancos que funcionan durante el día) permanecen cerrados desde las 6 p.m. hasta las 8 a.m. del día siguiente, hora en que se abren para el público. Los celadores que con ellas trabajan lo hacen durante las expresadas horas, que suman un número de catorce, excediendo en dos lo normal, que es de doce horas. Aceptándose este criterio, esta apreciación, que son reales y de justicia, se impone concluir que Juan B. Capella Tache, durante el tiempo en que prestó servicio, laboró dos horas extras, sin que se haga cómputo, porque no se determinaron, de las que pudo trabajar de 12 m. a 2 p.m.".

El pasaje transcrito permite establecer a las claras que el ad quem no hizo descansar sus conclusiones en los testimonios de Alberto Herrera y Luis Francisco Urdaneta, ciertamente ineficaces para acreditar el tiempo de servicio durante el cual el actor laboró en jornada extraordinaria, como en la circunstancia que el Tribunal califica de "situación notoria", consistente en que las actividades comerciales o industriales en este país se paralizan generalmente de las 6 p.m. a las 8 a.m. y de las 12 m. a las 2 p.m., de suerte que si tales actividades requieren de un celador en los períodos de descanso, bien puede presumirse que en el caso del Banco demandado "los celadores que con ellos

trabajan lo hacen durante las expresadas horas, que suman un número de catorce, excediendo en dos lo normal, que es de doce horas". Bien puede advertirse en este punto la posición contradictoria adoptada por el ad quem respecto a la jornada presuntiva de los celadores bancarios, pues si la actividad en dichos establecimientos se suspende también durante dos horas del mediodía, debió entonces concluir que su jornada real abarcaba un tiempo de dieciséis horas diarias y no solo de catorce, como lo deduce contrariando así su propia lógica.

Respecto de las conclusiones a que, por lo demás, llegó el Tribunal, piensa esta Sala: Tanto los doctrinantes como la jurisprudencia laboral han sido claros y terminantes en exigir que el tiempo del trabajo extraordinario, dados su carácter exceptivo en relación con la jornada legal, ha de establecerse por el actor de manera precisa el número de horas suplementarias laboradas. Así afirma Cabanellas: "No siempre resulta fácil la prueba de los servicios extraordinarios prestados, pues la presunción legal consiste en que la jornada de trabajo no excede del máximum establecido. Dada la especial significación que tiene el hecho, para ambas partes contratantes, de haber incumplido la ley, al demandar una y al prestar otra por suplementarios encima máximum autorizado, debe determinarse que la prueba de los servicios extraordinarios corresponde al trabajador. Es así, no solo por su carácter de prestaciones extraordinarias, sino porque la ley únicamente establece, como norma, una jornada máxima; v los servicios prestados sobre esta exigen el consentimiento del trabajador; y aquel que afirma, debe probar la veracidad de sus aseveraciones" (Tratado. t. II, p. 495). Y el Tribunal Supremo del Trabajo expuso: "Cuando se trata de una reclamación de horas extras, es requisito especial, para que pueda ordenarse el pago, que se establezca el número de horas suplementarias en que el trabajador haya prestado servicio" (Cas., 9 marzo 1949). "La prueba testimonial utilizada para demostrar el trabajo en horas extras tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, y no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodáticias para deducir un número probable de las que se estimen trabajadas" (Sentencias, 15 junio 1949; 16 febrero 1950; 10 noviembre 1950; 11 agosto 1951; 15 marzo 1952).

Los testigos Alberto Herrera y Luis Francisco Urdaneta, celadores de establecimientos bancarios vecinos al Banco de Bogotá, se limitaron a deponer que veían a Capella entrando a prestar servicio a las 6 p.m. y retirándose a las 8 a.m., pero fueron incapaces de hacer afirmaciones precisas acerca de la etapa o período de tiempo en que Capella laboró aquella jornada.

A falta de una prueba exacta de las horas extras trabajadas por el actor, el Tribunal apeló a una especie de presunción o conjetura derivada de lo que a su juicio constituye un hecho notorio en este país, cual es el horario en que los establecimientos comerciales e industriales cesan en sus actividades, o sea de las 6 p.m. a las 8 a.m. y de las 12 m. a las 2 p. m.. para deducir de ahí el tiempo de servicio prestado por Capella, de acuerdo con la duración de su contrato de trabajo.

Pero el Tribunal no gozaba de libertad para erigir en hecho notorio lo que en realidad no tiene esa categoría. La libre formación del convencimiento a que se refiere el art. 61 del C. P. L. no equivale a prueba libre o discrecional, sistema en el cual, conforme lo dice un autor, el juzgador tiene facultad para decidir de acuerdo con la prueba, sin la prueba o contra la prueba. En nuestro régimen laboral, sin estar ligado el juez a las ataduras de la tarifa legal, lo está, sin embargó, a los principios científicos que informan la crítica probatoria, amén de las circunstancias relievantes del pleito y de la conducta procesal observada por las partes.

Los principios del derecho probatorio, en cuanto tienen de universales, admiten que los hechos notorios no requieren demostración, remontándose así al antiguo derecho donde regía la máxima "notorio non agent probatione". En el sentido del léxico, notorio es todo lo que es público y sabido de todos, mas la dificultad no está en la definición sino en saber cuándo se presenta y debe aplicarse la circunstancia de la notoriedad, porque como lo enseña Couture, "pueden considerarse notorios aquellos hechos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social determinado, en el momento en que ocurre la decisión".

Conforme a lo dicho, podría hasta admitirse que en Santa Marta sea un hecho notorio para todo el público la existencia del establecimiento bancario conocido como Banco de Bogotá, en forma que el hecho mismo no exija una demostración especial; pero tal notoriedad no puede extenderse hasta abarcar las actividades de los sujetos que trabajan con dicha institución, su manera particular de prestar el servicio dentro del establecimiento, el horario de trabajo continuo o discontinuo, el sistema de turnos a que puedan hallarse sometidos. Todo este conjunto de circunstancias, por integrarse dentro de la esfera individual de cada quien, no entran en el campo de la notoriedad o del conocimiento público y el juzgador carece de libertad para convertirlas en hecho notorio, revelando al litigante que sostiene la pretensión en calidad de actor de la carga probatoria correspondiente.

Este el error fundamental, desde luego ostensible, porque se manifiesta a primera vista, en que incurrió el Tribunal de Santa Marta y que lo condujo a dar por probada una jornada extraordinaria superior a doce horas y un tiempo determinado en el cual se prestó equivalente a la duración del contrato, tiempo que ni siquiera puede resultar de los testimonios de Alberto Herrera y Luis Francisco Urdaneta, ya que estos declarantes no saben a ciencia cierta la extensión temporal de la jornada de Capella, es decir, el período corto o largo durante el cual el actor trabajó en horas suplementarias. El yerro de la Sala falladora la llevó así a revocar el

fallo del a quo que se atemperaba a una sana y equilibrada apreciación de los elementos probatorios y de contera a violar indirectamente las disposiciones legales sustantivas que el cargo señala como reguladoras del trabajo suplementario.

El cargo prospera.

Vistas las consideraciones expuestas y con fundamento en ellas, 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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, pronunciada en este juicio el 26 de septiembre de 1963 y en su lugar CONFIRMA la de primera instancia que fue materia del recurso de apelación al Tribunal.

Sin costas en la casación.

Cópiese, notifiquese, publiquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Edmundo Harker Puyana, Jorge Gaviria Salazar, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

No hay pues ningúm yerro en el fallo del Tribunal cuando da a la prima anual extralegal de los servidores bancarios el carácter de habitual y no gratuita y graciosa, y de retribuidora del trabajo de los beneficiarios.

Con toda nitidez puede verse que la prima extralegal en favor de los empleados bancarios no se ha establecido por mera liberalidad de los bancos, pues es una obligación originada en laudos arbitrales y en una convención colectiva de trabajo, y no es ocasional, sino marcadamente habitual, aún antes de su ordenación arbitral y convencional, como lo apunta el laudo de 1959. A más de ello, este mismo laudo la califica como un medio por el cual "los bancos aumentan la retribución de los servicios que se les prestan".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda — Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y nueve.
 (Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).
 (Acta No. 29).

El Banco de Colombia, sociedad con domicilio en Bogotá, interpuso, mediante apoderado, recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, Sala Laboral, el veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y seis, en el juicio ordinario de Hernando Jiménez Martínez contra el banco nombrado. El recurso fue sustentado en la oportunidad legal y también dentro del término de ley la contraparte replicó la demanda sustentatoria.

La Corte procede al estudio y decisión del recurso con vista en tales demanda y oposición.

ANTECEDENTES

Hernando Jiménez Martínez propuso demanda contra el Banco de Colombia para que se le condenara a pagar el reajuste de la pensión jubilatoria extralegal de que venía disfrutando,

reajuste que debe operar mediante el cómputo de las bonificaciones semestrales de carácter habitual pagadas por el Banco al actor para determinar el "sueldo" promedio anual de los tres últimos años, conforme al mandato de la disposición reglamentaria creadora de la pensión. Pidió el reajuste en la cuantía de ciento veinte pesos con noventa centavos (\$ 120.90) mensuales a partir del ocho (8) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1963), para completar una pensión de ochocientos treinta y tres pesos con doce centavos (\$833.12) al mes. Además el actor solicitó la condena por los periuicios causados como consecuencia de la retención parcial de la pensión debida, v al pago de las costas del juicio.

La entidad demandada se opuso a los pedimentos del actor con el argumento de que "las primas de servicios extralegales pagadas al extrabajador en virtud de lo ordenado por laudos y convenciones colectivas vigentes... el Banco considera que no tienen el carácter jurídico desalario".

El juez del conocimiento, que lo fue el Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, profirió decisión absolutoria del banco demandado con la motivación fundamental de no haberse aportado a los autos las copias del "laudo arbitral y de las convenciones colectivas" que consagraron las primas o bonificaciones en que se basa la petición de reajuste pensional de la demanda.

Apelado el fallo del a quo, el Tribunal, en la sentencia recurrida extraordinariamente, y ya con apoyo en las pruebas que faltaron en la primera instancia y que fueron allegadas a los autos en la forma legal dentro de la segunda, en la sentencia recurrida. Revoca la del juez de primer grado y condena al Banco de Colombia a pagar al actor Jiménez Martínez un reajuste de la pensión jubilatoria de que ha venido disfrutando, en la cuantía de ciento veinte pesos (\$120.00) mensuales, a partir del ocho de julio de mil novecientos sesenta y tres, para un total pensional de ochocientos treinta y tres pesos con doce centavos (\$833.12) mensuales. Lo condena, además, al pago de un interés moratorio del

seis por ciento (6%) anual desde la misma fecha en que debe hacerse efectivo el reajuste y hasta el día en que sea pagado éste. Igualmente a pagar las costas de la primera instancia.

LA DEMANDA DE CASACION '

El recurrente pretende que la sentencia del Tribunal sea casada totalmente y que la Corte, en función de instancia, absuelva al Banco de los cargos de la demanda. En subsidio propone la quiebra parcial del fallo del ad quem, en cuanto condena al Banco al pago de intereses moratorios y que, en función de instancia, la Corte lo absuelva por este concepto.

Para sustentar la impugnación, el casacionista presenta dos cargos, basados en la causal primera del art. 60 del Decr. 528 de 1964, en la forma siguiente:

Primer cargo

Se plantea así: "Acuso la sentencia por violación indirecta de los arts. 308 y 307 del C. S. T. por falta de aplicación siendo aplicables al caso controvertido y violación por aplicación indebida de los arts. 127 y 128 del mismo Código, al haberlos aplicado a un caso diverso, todo a consecuencia del error de hecho ostensible y notorio consistente en haber apreciado erradamente la prueba documental donde consta el Laudo Arbitral del 14 de julio de 1959 (fl. 88 y 88v.), Laudo Arbitral del 9 de noviembre de 1960 (fl. 112) y la Convención Colectiva de Trabajo de 24 de noviembre de 1961 (fl. 126) todo en el cdno. No. 1 del expediente".

En la demostración del cargo, el impugnante empieza por presentar la tesis fundamental de que se trata de "precisar la naturaleza jurídica de las primas de servicios extralegales que el demandante recibió, durante los tres últimos años de servicios al Banco de Colombia". Luego de resumir la sustentación del fallo del ad quem. en la que se reitera el criterio de otro caso similar sobre lo que debe entenderse por "sueldo anual", o sea, el promedio de todo lo recibido en el año como salario; sobre la no aplicabilidad del art. 307 del C. S. del T. a las primas de que se trata, y sobre la naturaleza salarial de las primas determinadas arbitral y convencionalmente en el Banco de Colombia, adelanta la réplica a tal criterio con estos argumentos:

a) El Tribunal erró el no considerar que las primas de que se trata no obedecen a mera liberalidad, pues ellas no son "sino el cumplimiento de una obligación".

b) Los Laudos Arbitrales de 1959 y 1960 y la Convención Colectiva de 1961, establecieron que, "a más de la prima legal de servicios los Bancos continuarán otorgando a sus empleados primas o bonificaciones extraordinarias, proporcionales al tiempo servido, así: Bancos del tipo A. una prima anual no inferior al valor de dos (2) meses de salario, pagadera la mitad en el primer semestre y la otra mitad en el segundo". "Al apreciar mal estas pruebas a las cuales les atribuye el alcance de ser un complemento salarial, (sic) quizá por emplearse la palabra salario como medida del valor de tales primas, como acontece con la prima legal".

Considera que "al apreciar mal estas pruebas incurrió el Tribunal en un error notorio y manifiesto en los autos que lo llevó a violar indirectamente" las disposiciones legales citadas en el planteamiento del cargo.

Segundo cargo

Se plantea en estos términos:

"Acuso la sentencia por violación del art. 1617 del C. C., en su regla primera y segunda por aplicación indebida al caso de autos y falta de aplicación de la regla tercera y cuarta del mismo art. 1617 siendo aplicables, así como falta de aplicación del art. 19 del C. S. T.".

En la demostración del cargo el recurrente dice que en la parte motiva del fallo el Tribunal cita el art. 1617 del C. C. para condenar al pago de intereses moratorios del 6% anual sobre el reajuste de la pensión jubilatoria ordenado, y agrega: "Se concluye claramente que el Tribunal dio aplicación al art. 1617 del C. C. en sus reglas primera y segunda, inaplicables al caso de autos y dejó de aplicar siendo aplicables, sin ninguna otra consideración por lo cual resulta violando directamente tales normas la regla cuarta y la regla tercera del mismo art. 1617 que eran aplicables al caso de autos, y que ordena que ni los intereses atrasados ni las rentas ni cánones ni pensiones periódicas producen intereses, tratándose como se trata de una pensión mensual vitalicia".

LA OPOSICION

El opositor replica el primer cargo haciendo re-

ferencia al contenido del art. 128 del C. S. T. que contiene las excepciones a los elementos integrantes del salario, para enmarcar las primas recibidas por el actor dentro del concepto salarial. Y en cuanto al segundo, manifiesta su conformidad con la impugnación en él contenida.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

El primero

El Tribunal consideró que la prima consagrada en los laudos arbitrales de 1959 y 1960 y en la convención colectiva de trabajo de 1961, que vincularon al Banco de Colombia y a sus trabajadores, no tiene el carácter de "gratuidad o dádiva" y se paga habitualmente, es decir, no es ocasional. Por estas circunstancias, concluye, que, no obstante la coincidencia en cuanto a las fechas de pago con la prima legal de servicios, la primera tiene el carácter de salario, conforme al art. 127 del C. S. T., en armonía con el 128 del mismo estatuto.

El laudo arbitral de catorce de julio de mil novecientos cincuenta y nueve motivó en los siguientes términos la resolución sobre solicitud sindical de prima semestral extralegal: "Aparece claramente establecido que es práctica bancaria generalizada el otorgamiento de primas semestrales adicionales a la prima legal. De otro lado el curso de las conversaciones que han tenido lugar a lo largo del conflicto los bancos han ofrecido mantener o mejorar, de acuerdo con sus propias posibilidades, estos reconocimientos extralegales. Como es indudable que por este medio los bancos aumentan la retribución de los servicios que se les prestan y modifican favorablemente las condiciones de vida de sus trabajadores, resulta razonable que, para mantener y mejorar esta forma especial de retribución, se aplique, por parte del arbitrador, un criterio análogo al adoptado para fijar el alza de los salarios. Es decir, tomando en consideración la distinta capacidad de los bancos según la clasificación atrás consignada y sin incluir al Banco Popular e Hipotecario Popular por sus condiciones especiales". (fl. 87 v. del cdno. ppal.). Tal resolución estableció que ".a más de la prima legal de servicio los bancos continuarán otorgando a sus empleados primas o bonificaciones extraordinarias, proporcionales al tiempo servido, así: Bancos del Tipo A, una prima anual no inferior al válor de dos (2) meses de salario, pagadera la mitad en el primer semestre y la otra mitad en el segundo. Bancos del tipo B, una prima anual no inferior al valor de un salario, pagadera en la misma forma. Bancos del Tipo C, una prima anual no inferior a la que reconocieron en 1958, pagadera en la misma forma". (fl. 88 v. cdno. ppal.).

El laudo arbitral de nueve de noviembre de mil novecientos sesenta, en su artículo segundo, y la convención colectiva de trabajo de veinticuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, en su artículo treinta y cinco, ratificaron el beneficio extralegal del laudo de mil novecientos cincuenta y nueve.

Con toda nitidez puede verse que la prima extralegal en favor de los empleados bancarios no se ha establecido por mera liberalidad de los bancos (lo que es afirmado por el mismo recurrente), pues es una obligación originada en laudos arbitrales y en una convención colectiva de trabajo, y no es ocasional, sino marcadamente habitual, aún antes de su ordenación arbitral y convencional, como lo apunta el laudo de 1959. A más de ello, este mismo laudo la califica como un medio por el cual "los bancos aumentan la retribución de los servicios que se les prestan".

No hay pues ningún yerro en el fallo del Tribunal cuando da a la prima anual extralegal de los servidores bancarios el carácter de habitual y no gratuita y graciosa, y de retribuidora del trabajo de los beneficiarios. Por ello, el error de hecho imputado en la acusación no existe.

De otro lado, la calificación jurídica como salario de tales elementos de hecho, se deriva de la regla general establecida por los arts. 127 y 128 del C. S. del T., que definen el salario por comprensión y por exclusión de los factores constitutivos y excluyentes. Dentro de los primeros se incluyen las "primas, sobresueldos, bonificaciones habituales", etc., y en los segundos "las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales" recibidas por el trabajador "por mera liberalidad" del patrono. Existe, por otro lado, la situación excepcional de la prima de servicios consagrada en el art. 306 del C. S. del T., calificada como elemento no salarial por el art. 307. Pero esta calificación, como excepción a la regla general del art. 127, es de aplicación restrictiva, por lo cual sólo comprende estrictamente la prima legal. Y si a todo ello se agrega la naturaleza retributiva dada por el laudo de 1959 y reiterada por el de 1960 y por la convención de 1961, no queda duda del acierto con que el Tribunal procedió al estimar como factor del salario la prima recibida por el actor y de la falta de fundamento de la acusación.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

El segundo

Para fundamentar la condena al pago de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por reajuste de la prima extralegal, el Tribunal dijo:

"La obligación de indemnizar perjuicios proviene según lo enseña el art. 1613 del C. C. 'de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento'. Y en el caso de retardo de pagar sumas de dinero, según el art. 1617 ibídem, tal indemnización se concreta al pago de los intereses corrrespondientes, que, en este caso, se confunden, con los legales del 6% anual".

El impugnador considera que la aplicación del art. 1617 del C. C. en el aspecto anotado fue indebida, pues conforme a las reglas 3a. y 4a. del mismo precepto, las pensiones periódicas no causan intereses. En tales condiciones, estas reglas habrían dejado de aplicarse al caso sub lite.

No toca el fallo lo relativo a las excepciones consagradas en las dos últimas reglas del art. 1.617, citadas por el casacionista.

Pero se encuentra que la decisión tiene apoyo en los mandatos de los arts. 1.613 y 1617 del C. C. y tácitamente en el 19 del C. S. del T., y la proposición jurídica de la acusación sólo señala como quebrantados los dos últimos, por lo cual tal proposición resulta incompleta. De otro lado, el ataque del casacionista se basa en una interpretación del alcance de la regla 4a. del art. 1.617, en relación con el antecedente del mismo precepto, interpretación en virtud de la cual, en donde esta manda que "los intereses atrasados no producen interés", en la primera debe entenderse que las "rentas, cáno-

nes y pensiones periódicas" no producen el interés moratorio de que tratan las reglas 1a. y 2a. Pero el sentido verdadero del mandato legal es el de que tratándose de rentas, cánones y pensiones periódicas, los intereses atrasados originados en la mora para el pago de estas obligaciones en dinero tampoco producen interés. De ahí que don Fernando Vélez anote al respecto: "Sea el origen de las sumas de dinero que deba un individuo el mutuo, una renta, pero según las sentencias de Chile citadas antes, siempre que no sean alquileres, un cánon, pero no el de los censos que no puede pasar del cinco por ciento (art. 105 Ley 153 de 1887) o una pensión se aplican las reglas que preceden a la 4a., respecto de los intereses que se deban por la mora". (Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo VI pag. 250). O sea que, en el caso concreto de las pensiones, rigen los intereses legales por mora, si no se han estipulado convencionales dentro de los términos de la regla 1a. Mas rige. como ya se anotó, la prohibición de cobrar interés sobre el interés atrasado.

Esta interpretación tiene base no solo en el texto de los mandatos legales, sino en la razón que inspira la institución de los intereses moratorios, encaminados a resarcir los perjuicios sufridos por el acreedor por la mora del deudor, que deben presumirse en las especies de obligaciones enumeradas en la regla 4a. tanto como en las demás expresadas en dinero.

Por los motivos anotados, 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 CA-SA la sentencia recurrida.

¹ Costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AGENTES VENDEDORES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, junio doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 29).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia con que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario laboral adelantado por Félix Alfonso de la Peña contra la sociedad denominada Remédica Ltda. domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad "Remédica Ltda.", representada por su Gerente Hemult Kilian, a pagar al demandante Félix Alfonso de la Peña los valores correspondientes por auxilio de cesantía, primas de servicio, compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, indemnización moratoria y costas procesales, invocando los siguientes hechos:

En virtud de contrato verbal de trabajo, Felix Alfonso de la Peña empezó a prestar servicios personales a la sociedad "Remédica Ltda.", como agente vendedor de todos los elementos que distribuye, "especialmente en los dos Santanderes y en el Meta, como también en otros lugares del país", el 1o. de junio de 1958, relación laboral que se dio por terminada "en forma bilateral" el 8 de enero de 1962. El salapromedio mensual fue inicialmente \$1.200,00 y posteriormente, hasta la terminación del contrato, de \$2.300.00. "resultante del 10% sobre las ventas efectuadas". El 10. de noviembre de 1961 se le hizo firmar al actor "un llamado convenio, elaborado por la empresa en forma acomodaticia". Y la sociedad demandada no ha cancelado el valor de las prestaciones sociales reclamadas, "no obstante las reiteradas diligencias tendientes a obtener el

pago de las mismas".

En la contestación de esta demanda el apoderado que constituyó la sociedad demandada se opuso a que se hicieran las condenas impetradas, porque el demandante no trabajó bajo su continuada dependencia, como lo reclama el art. 98 del C. S. del T., por lo que nunca hubo contrato de trabajo como lo pretende hacer aparecer, y alegó, además, como excepción perentoria, la prescripción extintiva "de las posibles obligaciones que pudo haber tenido la demandada con el actor y por el solo transcurso del tiempo superior a tres (3) años". Negó, por ello, la mayor parte de los hechos y en cuanto a los demás, manifestó se atenía a lo que se demostrara dentro del proceso.

Concluído el debate, el señor Juez Tercero de Bogotá, que conoció del juicio, lo definió en sentencia de 21 de mayo de 1963, absolviendo a la sociedad demandada de todos los cargos contra ella formulados y condenando al actor a pagar las costas de la instancia, decisión contra la cual interpuso el apoderado de este último el recurso de apelación, que resolvió el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de su Sala Laboral, una vez agotado el trámite correspondiente, en fallo de 19 de agosto siguiente, así:

- "1. Revócase la sentencia apelada. En su lugar se condena a la Sociedad denominada "Remédica Ltda.", representada por su Gerente señor Hemult Kilian R., a pagar al señor Félix Alfonso de la Peña, mayor de edad y vecino de esta ciudad, las sumas que a continuación se expresan:
- "a) Por concepto de cesantía la cantidad de setecientos pesos con once centavos m/cte. (\$ 700,11).
- "b) Por concepto de primas de servicio correspondientes a los semestres del calendario comprendidos entre el 10. de enero de 1959 y el 31 de diciembre de 1961 la suma de quinientos veinte pesos con treinta y dos centavos m/cte. \$520,32).
- -"c) Por concepto de vacaciones correspondientes a los años de 1959, 1960 y 1961, la suma de

doscientos sesenta pesos con diez y seis centavos m/cte. (\$ 260,16).

"d) Por concepto de indemnización moratoria la cantidad de \$5,81 (cinco pesos con ochenta y un centavos) diarios a partir del 9 de enero de 1962 hasta cuando se efectúe el pago de las anteriores condenas.

"20. Declárase probada la excepción de prescripción en cuanto a las primas de servicio y vacaciones que se hicieron exigibles en el año de 1958 únicamente. Se declara no probada en lo demás.

"3. Condénase a la empresa demandada al pago de las costas del juicio en la primera instancia.

"4. Sin costas en esta instancia".

Contra esta providencia interpuso el apoderado de la sociedad demandada el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte y el cual se procede a decidir, concluída la tramitación de rigor, teniendo en cuenta la demanda extraordinaria y la réplica del opositor.

Alcance de la impugnación

Se propone el recurrente con su impugnación 'se revoque la sentencia acusada, en todas sus partes, en el sentido de absolver a la demandada de las condenas impetradas por la parte actora; o lo que es lo mismo que, se confirme la sentencia de primera instancia de fecha veinticuatro (24) de mayo próximo pasado fls. 106 y 108".

MOTIVOS DE CASACION

Para alcanzar este resultado formula un solo cargo, con invocación de la causal primera de casación del art. 87 del C. P. del T., en el que acusa el fallo recurrido "por violación indirecta o de medio en que incurrió el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral,... por error evidente de hecho al haber interpretado erróneamente las siguientes pruebas: a) Las posiciones judiciales, en las cuales fue declarado confeso por el a auo el actor —fls. 47 a 50—; b) La carta-contrato de fecha primero (10.) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1961) —fls. 57 a 60—; y c) Las posiciones judiciales absueltas por el representante de la parte demandada —fls. 23 a 29— y por falta de apreciación de la carta que obra en copia, de fecha 25 de octubre de 1961 —fls. 72 y 73—, dirigida por la

demandada al actor y suscrita por éste; violaciones estas de la calidad ya indicada que se presentan a primera vista y que acarrearon la infracción de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral, arts. 10., 30., 50., 18, 22, 23, 24, 25, 26, 32, 37, 38, 39, 43, 47, 61, 98, 249, 252, 253, 306 a 308, 186 a 192 y 65 del C. S. T. Decr. 617 de 1954 arts. 70. y 80.".

Empieza la sustentación el recurrente con la observación de que el rechazo del certificado que obra al folio 4 del expediente, lo que también había hecho el Juez del conocimiento, porque el fallador de segundo grado "se convenció de que el actor se había valido de la ignorancia de la Secretaria del Gerente de la Empresa demandada, a la vez que sorprendió su buena fe para obtener un documento con miras inconfesables y que por fortuna no tuvo respaldo en ninguna de las dos instancias", pone de presente la mala fe de dicho demandante, "factor éste que no se puede descartar dentro del presente proceso, ni aún dentro del presente casación".

Analiza en seguida el cuestionario propuesto para las posiciones que debía absolver el demandante, alrededor de cuyo contenido se declaró confeso por el sentenciador de primera instancia por no haberse presentado a responderlo en la fecha y horas señaladas, para terminar concluyendo que de allí se desprende claramente que el actor "no tiene licencia expedida por el Ministerio de Fomento que lo acredite como representante, agente viajero o agente vendedor"; que es un comerciante independiente; que no le prestaba a Remédica Ltda. un servicio personal como agente vendedor, "sino que unas veces colocaba pedidos por correspondencia v en los demás casos lo hacía por interpuesta persona"; que no estuvo sometido a horario, ni tenía que concurrir a las dependencias de la parte demandada; que no dependía de persona alguna en sus negocios comerciales, pues los hacía por su propia iniciativa; que recibió de la demandada \$1.319.84 "por concepto de saldo definitivo de comisiones comerciales de Remédica Ltda."; que recibió asimismo de ésta \$500.00 que le había dado en garantía de sus negocios comerciales con ella; que dio por terminado voluntariamente el contrato comercial que había entre las partes, el 10 de enero de 1962: que la demandada no le adeuda suma alguna por comisiones comerciales, ni por ningún otro concepto; que en los recibos que suscribió declaró completamente a paz y salvo a Remédica Ltda.; que todos los contratos y relaciones que tuvo con ésta fueron de orden comercial; y que para obtener el certificado del fl. 4 del expediente engañó a la señora Margarita S. de Flórez, certificado que contiene declaraciones falsas.

No obstante lo anterior, el Tribunal le dio "más valor probatorio al contrato que obra a los fls. 57 a 60 que a las posiciones" aludidas, siendo así que la confesión que ellas contienen "es la prueba por excelencia aquí y en todo el país" y ella descarta la existencia de la relación laboral y de las obligaciones reclamadas y deducidas en el fallo impugnado.

En estas condiciones, se infringió el art. 98 del C. S. del T., lo mismo que los 22, 23, 37, 38, 39, 45 y 61, que entre otros armónicamente con aquel regulan el contrato de trabajo de los "representantes, agentes viajeros y agentes vendedores", puesto que por lo demostrado no concurren los elementos que lo estructuran.

Por lo demás, la carta-contrato de los fls. 57 a 60 del expediente, contra lo erróneamente deducido por el ad quem, evidencia la celebración entre las partes de un pacto "típicamente comercial", pues los contratantes "para evitar problemas como los que ahora se contemplan. en forma expresa colocaron su contrato... fuera del terreno laboral v se situaron por su propia cuenta dentro de los términos de un contrato" de la naturaleza indicada. Allí se estableció, además de lo anotado, "una participación que no es otra cosa que el pago de las comisiones"; "se constituyó a cargo del actor una fianza en efectivo y en favor de la demandada; se condicionaron los pagos de las comisiones, así como también los clientes que el actor trabajara; aunque el actor se obligó a trabajar como comerciante independiente para la actora, únicamente, lo cierto fue que trabajó al mismo tiempo en su calidad ya indicada para diversas personas y entidades como luego lo confesó en las posiciones que ya se vieron. El actor no estaba sometido a dependencia personal alguna. ni tenía que cumplir reglamentos de trabajo o estar a determinadas horas en las dependencias de Remédica Limitada".

De otra parte, de las posiciones absueltas por el representante del patrono demandado erróneamente se dedujo también la existencia del contrato de trabajo, siendo así que en ellas él rechaza esta clase de relación contractual y "afirma y reafirma en cada respuesta que las relaciones eran de orden enterante comercial y además, que eran de tiempo muy limitado u ocasional; que se presentaron soluciones de continuidad en el mismo contrato comercial de 3, 4 y hasta de 6 meses; que trabajaba en 'for-

ma completamente independiente y de acuerdo con sus propias proposiciones y deseos, tal como lo hizo y está haciendo para otras firmas comerciales'; el actor trabajaba, como ya se ha visto, las zonas o lugares que él quisiera; que al actor nunca se le dieron órdenes de ninguna clase, dada su calidad de representante independiente; que nunca fue enviado por Remédica, y, él mismo no dependía en forma alguna de Remédica Limitada".

Si el ad quem hubiera estimado la carta-contrato de los fls. 72 a 73, que dejó de apreciar y que constituye un "antecedente muy importante del contrato comercial erróneamente interpretado" por él, habría tenido que concluír que contribuye a patentizar la existencia entre las partes de la relación contractual aludida, distinta de la laboral, pues allí se reitera que la actividad del actor es la de "colaborador libre e independiente, ocasional v sin horario fijo de Remédica Limitada" y se hace referencia a "sus ausencias largas y a veces imprevistas". Del texto de este documento y de los apartes transcritos, "debe concluírse que en la mente de las partes contratantes nunca hubo el propósito de ligarse por un contrato de trabajo y más bien la manifestación expresa de ligarse por un contrato de orden comercial que fue precisamente lo que ocurrió".

Finalmente se dice: "Si el contrato de trabajo, presuntivo, escrito, a término fijo, etc., etc., o como lo quiera denominar el ad quem, no existió, como efectivamente así es, el ad quem está igualmente equivocado al haber deducido obligaciones laborales, ya que ha desaparecido la base para que se puedan decretar tales prestaciones sociales a cargo de la demandada. La condena por este aspecto también ha quedado sin piso y de consiguiente debe revocarse en todos sus aspectos".

Anota, por su parte, el opositor, que al darle el Tribunal "más valor probatorio al contrato que obra a los fls. 57 a 60 que a las posiciones" del actor, no ha incurrido en una errónea apreciación de la prueba, puesto que en el procedimiento laboral no rige el sistema de la tarifa legal, como lo pretende el recurrente al decir que la confesión prefiere a cualquier otro medio de convicción por ser la prueba por excelencia, sino el de la apreciación racional, según el art. 61 del C. P. del T. Por consiguiente, el ad quem podía legalmente atribuirle mayor mérito probatorio a una prueba que a la otra, con mayor razón cuando aquí la confesión del demandante no es real sino ficta. En estas condiciones y como el impugnador no destruye el mayor crédito que entre el contrato mencionado y dicha confesión ficta le otorga a aquel el fallador de segunda instancia, no puede aceptarse el error de valoración alegado en lo tocante con las posiciones referidas del actor.

Tampoco demuestra el acusador el error conque dice se apreció el contrato de que se viene hablando, pues ni siquiera hace esfuerzo alguno para desvirtuar el análisis que de sus diferentes cláusulas hace el Tribunal para llegar a la conclusión de que ese es un pacto de trabajo disfrazado para burlar los derechos del trabajador. Y otro tanto ocurre con la prueba de posiciones del representante legal de la demandada, en la que se confesaron los servicios personales del demandante, a pesar de lo cual "no ha demostrado o desvirtuado la presunción legal consagrada en el art. 24 del C. S. T.".

La prueba documental de los fls. 72 a 73, contra lo que afirma el recurrente, sí fue apreciada por el Tribunal, como se desprende del pasaje respectivo del fallo acusado, que se transcribe, en que se la invoca.

No habiéndose demostrado, por lo dicho, el error alegado, "mucho menos con el carácter de ostensible o evidente", el cargo formulado no puede prosperar y se debe condenar en costas a la parte recurrente.

Para resolver, se considera:

1. En el fallo impugnado se afirma que si bien el documento que aparece al fl. 4 del expediente no es estimable como elemento de prueba y que en la confesión ficta del actor se reconoce su carácter de comerciante independiente, sin ninguna relación de carácter laboral con la demandada, también es evidente que en lo referente a ésta "ha de tenerse en cuenta que la declaración presunta por declaración juez, a tenor de lo previsto en el art. 606 del C. J., admite prueba en contrario" y eso precisamente ocurre en el caso de autos, pues no hay duda alguna de que el contrato de fls. 57 a 60 del informativo, en que se apoya la empresa demandada para sostener sus puntos de vista, "es un auténtico contrato de trabajo no obstante que en su redacción se pretende hacer aparecer como un mandato comercial, sin sujeción a las normas de nuestro Estatuto Sustantivo Laboral".

Para comprobar este aserto se transcriben las cláusulas 3a. y 9a. de dicho contrato, para agregar en seguida: "Los términos de las cláusulas transcritas permiten determinar de un modo inequívoco dos elementos del contrato laboral: el elemento salario y la dependencia o subordi-

nación, porque allí se concretan porcentajes còmo retribución de un servicio, de una labor, en este caso la de vender "equipos, muebles, aparatos, instrumentos médicos, materiales de consumo y de curación, químicos finos, vidriería v porcelana, en total toda clase de mercancía que por su ejecución, forma, modelo o tipo se clasifiquen como instrumento o artículo médico de consumo"; y la sujeción a los precios de las "cotizaciones elaboradas por la empresa" expuesta en el contrato de manera perentoria, que le prohibía al actor actuar con sentido comercial ora subiendo un artículo para derivar alguna utilidad, dar plazos o créditos en las ventas por voluntad únicamente suya, hacer descuentos teniendo en cuenta el volumen de ventas sin contar para nada con la voluntad de la demandada para tipificarse de ese modo en un comerciante v poder derivar de su labor de comercio las consecuentes utilidades o pérdidas. No aquí, en esta relación contractual el señor Félix Alfonso de la Peña tenía "la obligación de vender exactamente a los precios de lista", así pues que le estaba prohibido por la Empresa ejercitar en su beneficio y con sus productos actividad distinta a la de vender para ella y con sujeción a sus precios y condiciones, luego ha quedado demostrada la clásica subordinación que no es necesario que sea de tipo comercial e inmediata sino que implica como tantas veces lo ha expuesto la jurisprudencia, la capacidad patronal de imponer órdenes y para el trabajador de aceptarlas, se habla así, de una subordinación iurídica que es precisamente la que debe mirarse como consubstancial al contrato de trabajo, nítidamente configurada en este caso".

Se sostiene a continuación que el horario de trabajo en tratándose de agentes vendedores. que era la labor realizada por el demandante, no es circunstancia determinante de la dependencia, porque como lo ha dicho la jurisprudencia laboral (Sent. fb. 4 de 1954, "D. del T.", Vol. XIX No. 112-114, pág. 174), si la función principal de esta clase de trabajadores "es servir de vínculo entre la empresa y el público, buscarle clientela entre la cual vava asegurando la colocación de sus artículos, a ese trabajador no se le puede exigir que viva sometido a un horario. ni que su contacto con su patrono sea tan frecuente e inmediato como ocurre con el tipo de trabajadores de planta cuyos oficios solo pueden llevarse a cabo eficazmente dentro del recinto del taller o mediante horarios y reglamentos especiales". Por tanto, la carencia de horario en el caso de autos no desvirtúa la anterior conclusión sacada.

"Bien definidos quedan pues, —se sigue diciendo— los elementos salario y subordinación, el primero concreto en las comisiones que por sus servicios personales recibió el trabajador, comisiones que dan un promedio de \$174,18 mensual si se tiene en cuenta que el trabajador laboró desde el 10. de enero de 1958 al 8 de enero de 1962, según confesión del representante legal de la demandada (fl. 28 posición décima quinta) y los elementos visibles a los fls. 61 a 95, puesto que, durante ese tiempo, cuatro años y siete días, el total de comisiones ascendió a la suma de \$8.401.41 según los documentos relacionados que aportó la misma empresa".

Y sentado lo anterior todavía se hacen estas otras consideraciones:

"No desvirtúa la calidad de trabajador del demandante el carecer de la licencia exigida para estos casos, pues si la empresa aceptó al señor de la Peña sin este requisito no resulta consecuente ahora esgrimir en su contra una omisión de su parte. Ese requisito es de índole adminstrativa, como que constituye un control por parte del Estado para el ejercicio de este determinado oficio, que es garantía en su eficiencia para el extremo patronal, pero que si no se exige desde la iniciación del contrato no puede ser argumento en su terminación para quitarle el carácter laboral a la relación así pactada.

"En concepto de esta Saia el aquí demandante desempeñó funciones como representante de la Sociedad comercial denominada 'Remédica Ltda.' y sus relaciones fueron de carácter laboral. 'El hecho de que un trabajador esté facultado para buscar subalternos no implica necesariamente que dicho trabajador deje de prestar su concurso personal. Tampoco cabe suponer que de ello pueda deducirse su calidad de empresario por sí solo" (Sent. 30 de septiembre de 1955 "D. del T." Vol. XXII números 130, 132 pág. 127).

"La exigencia al representante de que debía vender a precios fijos, conforme a las listas elaboradas por la Empresa, tiende a mantener el Good Will de la Sociedad y esa prohibición entraña por sí una subordinación de carácter jurídico. El señor de la Peña conseguía en las diferentes plazas del país pedidos de los productos elaborados por la demandada y hecha esta labor se limitaba a esperar que los clientes cancelaran sus cuentas a la empresa para poder recibir sus comisiones.

"De la absoluc i de posiciones del señor Hemult Kilian y de referido contrato de trabajo (fl. 57) se concluye que existe suficiente material probatorio para fundamentar sentencia condenatoria. En consecuencia, se estudiarán las súplicas de la demanda en el orden en que fueron formuladas".

2. Conforme a estas motivaciones, no le confirió el ad quem a la confesión ficta del demandante valor probatorio irrevocable y por ello le opuso los hechos enervantes que analiza, establecidos con los elementos de convicción obrantes en autos que encontró pertinentes, para deducir en contra de lo que ella en sí misma revela que la relación contractual que vinculó a làs partes fue de carácter laboral.

Esto legalmente podía hacerlo, no solo en atención a lo estatuído en el final inciso del art. 606 del C. J., expresamente invocado por el Tribunal, por tratarse de una declaración presunta, sino, además, en el hecho de que en el procedimiento laboral no rige el sistema de la tarifa legal de pruebas, sino el de la persuasión racional, de conformidad con el art, 61 del C. P. del T., a menos que se trate de ritualidades reclamadas por la ley ad sustantiam actus, de lo que no se trata en este caso. Por tanto, lo averiguable aquí es si las probanzas en que fundó el ad quem la aludida conclusión se han apreciado en forma ostensiblemente errónea y si ellas, en consecuencia, con la que se alega no ha sido estimada, corroboran la mentada confesión ficta, de que la relación contractual que ligó a las partes contendientes fue de naturaleza comercial, como lo pretende el recurrente.

3. El principal de esos elementos de convicción es el contrato de 10. de noviembre de 1961, que obra a fls. 57 a 60 del cdno. ppal., en cuyas cláusulas 3a. y 9a. el Tribunal puso particular atención para deducir que ellas establecen de modo inequívoco los dos elementos fundamentales del contrato de trabajo que en realidad celebraron los contratantes, a pesar de lo que en contrario se pretenda hacer aparecer en sus demás estipulaciones, como son el salario y la dependencia o subordinación, por las razones que se dan en la parte atrás transcrita del referido fallo impugnado.

El casacionista no rebate estos razonamientos, pues se limita a hacer resaltar lo que rezan las otras estipulaciones de ese convenio, sin explicar por qué deben preferir a las que le revelaron al sentenciador de segunda instancia la realidad de lo acordado por los contratantes, completamente distinta de lo que aquellas objetivamente

manifiestan, algunas de las cuales, por lo demás, versan sobre aspectos que el mismo fallador consideró razonadamente no desnaturalizan la relación laboral deducida, como son el horario de trabajo; la carencia de licencia administrativa del actor para el ejercicio del oficio de agente vendedor; la utilización de colaboradores para el desempeño de la labor encomendada: y la venta a precios fijos de los artículos de la empresa demandada conforme a las listas elaboradas por ésta. Se quedó indudablemente incompleta la acusación, para los fines que con ella se persiguen, y al quedar por esto mismo intocables dichas motivaciones, suficientes por sí solas para mantener la mentada decisión impugnada, no se le puede quebrantar a través de este recurso extraordinario, por más atendibles que fueran las gensuras hechas.

4. Otro tanto sucede con las otras pruebas a que este cargo se refiere, pues con relación a ellas también se concreta el recurrente a recalcar en las manifestaciones del propio representante de la sociedad demandada en las posiciones que absolvió, acerca de lo que ha venido sosteniendo a lo largo del proceso, de existencia de relaciones comerciales y no laborales con el señor de la Peña, y en la reiteración consignada en el documento de 25 de octubre de 1961, que se halla a fls. 72 y 73 del cdno. ppal., del carácter de "colaborador libre e independiente, ocasional y sin horario fijo de Remédi-

ca Ltda" del actor y de "sus ausencias largas y a veces imprevistas", pero sin expresar por qué motivo deben prevalecer estas declaraciones sobre las estipulaciones contractuales en que el Tribunal edificó su conclusión antes mencionada, omisión en la censura en la que aquí tampoco era dable incurrir, para los fines que se persiguen con la casación, si se repara asimismo que varias de las consideraciones hechas en estas piezas procesales se refieren a aspectos que el Tribunal consideró no desvirtúan el contrato de trabajo deducido.

Estas definiciones técnicas en la presentación y sustentación del cargo formulado, impiden su prosperidad, y por ello no se lo admite.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo aquí proferido por el Tribunal Superior de Bogotá por intermedio de su Sala Laboral.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publiquese, notifiquese, insértese 'en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

Error de hecho.- El error de hecho evidente a que se refiere la ley consiste en la equivocación objetiva o subjetiva en que incurre el sentenciador en la apreciación de los hechos, de suerte que si algunos de los en que se apoya el fallo acusado no son susceptibles de examen en casación por impedirlo la técnica del recurso, el error no puede presentarse a los ojos del Tribunal de casación en la forma resaltante en que lo quiere la ley, especialmente tratándose de la interpretación de cláusulas convencionales cuyo significado no pocas veces depende del alcance o extensión que las mismas partes les hayan atribuído al ejecutarlas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, doce de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Acta No. 30).

Elvira Villa Ochoa demandó, ante los jueces del trabajo de Medellín (repartimiento), a la Editorial El Diario, S. A., para el pago de indemnización por terminación unilateral injustificada del contrato que con ella tenía celebrado y de la pensión de jubilación a que le daba derecho la circunstancia de haber trabajado para dicha empresa por más de quince años.

Conforme a la relación de hechos en que la demandante apoya sus pretensiones entró al servicio del periódico El Diario el 7 de octubre de 1946, retirándose el 7 de febrero de 1952, para ingresar de nuevo a él el 16 de junio del año últimamente mencionado. Durante ambos lapsos estuvo bajo la dependencia del propietario de la empresa, doctor Eduardo Uribe Escobar, situación que se prolongó hasta el 15 de

enero de 1962, en que continuó bajo la subordinación de la Editorial El Diario, S. A., por haber sustituído esta nueva empresa a la primera. Sus funciones en la Editorial El Diario fueron las siguientes: copiar los contratos de trabajo del personal; disponer la encuadernación de las colecciones del periódico y archivarlas; hacer las liquidaciones a los comisionistas de avisos; facturar los avisos; atender a la sección de empleos y colaborar en la de avisos limitados. El 10 de octubre de 1966 fue despedida por la Empresa, la que para obrar así invocó su "no colaboración en la verificación de los recibos correspondientes a las suscripciones permanentes del periódico, renglón correspondiente a la sección de circulación, la misma que tenía empleados determinados para su cumplimiento y desarrollo".

La Empresa contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y haciendo algunas precisiones respecto de la índole de los deberes de la demandante y de la duración que su cumplimiento implicaba. Se opuso a la acción, alegando que "la Empresa procedió a dar por terminado el contrato de trabajo haciendo uso del ord. 10 del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, debido a que en varias oportunidades y después de haberle llamado la atención, primero verbalmente, y luego, por dos ocasiones, en los días 23 v 29 de septiembre de mil novecientos sesenta y seis, para que cumpliera con sus obligaciones normales, se negó sistemáticamente a desempeñarlas y contestando en alguna de esas ocasiones en forma brusca y desobligante".

Conoció del negocio en primera instancia el juez tercero laboral municipal de Medellín, quien resolvió el caso condenando a la Editorial a pagar a la actora \$ 2.145,95 por concepto de indemnización por rompimiento unilateral injustificado del contrato y \$ 608.94 mensuales por el de pensión de jubilación.

En virtud de recurso de apelación interpuesto por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín elevó la condena a \$ 12.440.00 la indemnización por despido y a \$ 627.37 mensuales la pensión de jubilación. En lo demás confirmó el fallo de primera instancia.

Contra está última providencia interpuso la parte demandada recurso de casación. La demandante no hizo oposición.

Dos cargos le formula con fundamento en la causal 1a. del art. 87 del C. P. L., en relación con los arts. 60 del Decr. 528 de 1964 y 23 de la Ley 16 de 1968, el primero por violación de los arts. 67, 68, 69, 260 y 267 del C. S. T., 80. del Decr. 2351 de 1965'y 80. de la Ley 171 de 1961, y el segundo por falta de aplicación de los arts. 51, 56 v 58 del C. S. T. v 7o. del Decr. 2351 de 1965, ambos por vía indirecta, como consecuencia de error de hecho debido a falta de apreciación v errónea apreciación de documentos auténticos. En verdad, los dos cargos se complementan, ya que la falta de aplicación de las normas a que se refiere el segundo cargo no es sino una consecuencia de la aplicación que se dio a las citadas en el primero, y así habrá de estudiarse.

Los errores de hecho en que incurrió la sala sentenciadora son, en opinión de la casacionista, los siguientes:

- a) Haber dado por demostrado que la demandante sólo estaba obligada a facturar los avisos del periódico y no las suscripciones, y además que "el desobedecimiento a las órdenes del patrono o del personal jerárquico y el incumplimiento de los deberes que emanan de la relación jurídica no son justas causas para poner fin al contrato de trabajo"; en suma, que la Empresa despidió a la trabajadora sin causa justificada.
- b) Haber dado por demostrado que la trabajadora prestó sus servicios a una misma' Empresa y por el lapso señalado en la ley.
- c) Haber dado por demostrado que el derecho a la pensión surgió con anterioridad a una supuesta sustitución patronal.

En estos errores incurrió el Tribunal por no haber apreciado el certificado de la Cámara de Comercio de Medellín sobre existencia de la sociedad demandada; la demanda, el contrato de arrendamiento, en cuanto consta en él que "a partir del 10. de septiembre de 1963 el señor Fernando Uribe Senior tomó en arrendamiento el inmueble y los equipos de propiedad de Editorial El Diario S. A.; el contrato de

trabajo en cuanto a su fecha, así como sus cláusulas primera y segunda.

Para demostrar los cargos la casacionista se concreta a expresar que por no haber apreciado la sala falladora los medios instructorios que se dejan relacionados, llegó a las conclusiones que acogió en la sentencia, en vez de aceptar que la Editorial El Diario S. A. se constituyó el 19 de agosto de 1961 y que sólo en octubre de 1963 se contrató a la demandante; que los contratos celebrados con anterioridad lo fueron con Eduardo Uribe Escobar o con otros patronos: que estos contratos terminaron no por una supuesta sustitución patronal, sino por enfermedad de más de ciento ochenta días y el consiguiente pago de prestaciones; que las cláusulas primera y segunda del contrato específican las obligaciones de la empleada, y que tales cláusulas no dan lugar a la "imposible distinción entre 'facturar' avisos y 'facturar' suscripciones que hace el juzgador de instancia.

Se examinan los cargos

La corporación falladora sustenta su resolución de condena en las siguientes razones, que expresa después de un detenido examen de los medios probatorios aducidos en el proceso:

"Si bien es cierto que en cartas enviadas a la demandante por el señor Gerente, en septiembre 23 y 29 de 1966, se le llama la atención para que facture no sólo los avisos, sino también las suscripciones, (fls. 26 y 27), y que en la carta de despido (fl. 23), se le anota como justa causa la del numeral 10 del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, esto es: "la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales", y al efecto lo anotan que en los primeros días de septiembre se le solicitó verbalmente hiciera las facturas de las suscripciones del periódico, y en forma categórica respondió que no las hacía, y que luego se le hizo la misma solicitud por cartas de fechas septiembre 23 y 29, negándose a firmar el duplicado de la primera, y contestando la segunda, explicando que no estaba obligada a ello; también lo es que con la prueba testimonial analizada queda demostrado que la actora no incurrió en la causal que se le imputa, pues si efectivamente se negó a elaborar las facturas o recibos para los sucriptores, su negativa no equivale en manera alguna a sistemática inejecución de sus obligaciones covencionales y legales, pues está claramente acreditado que aunque el último firmado señala como sus funciones las de facturadora'. estas funciones sólo se referían a la facturación de avisos, y en manera alguna a la facturación de suscripciones, la cual aunque ella en forma voluntaria y en asocio de sus compañeras de trabajo, desarrolló durante algún tiempo, ya que al crearse un departamento especial de circulación y suscripciones, no tenía por qué cumplir, tanto mas cuanto que para avudar en esa labor al jefe de dicho departamento se destinó a la señorita Dora Aristizábal. Además, la misma prueba testimonial da cuenta de cómo la señorita Villa siempre tuvo buena voluntad para colaborar con la empresa en otras funciones que no eran las suyas, y si en esta ocasión no lo hizo, fue porque en realidad el número de suscriptores había aumentado mucho v ella no podía atender esta labor adicional, sin contar que para esa época su salud estaba muy quebrantada, tal como puede constatarse en su historia clínica, que obra en el expediente".

Se deduce de lo transcrito que para llegar a la conclusión que acoge en la sentencia, el juzgador de instancia tuvo en cuenta no sólo los documentos a que se alude en el escrito de impugnación, sino también otros elementos de prueba que no pueden ser tomados en consideración en este recurso por oponerse a ello el art. 23 de la Ley 16 de 1968 que modificó el art. 60., inc. 20. del numeral 10. del Decr. 528 de 1964, el cual limita la acusación por error de hecho al caso de que en este hava incurrido el fallador por falta de apreciación de un documento auténtico. A lo que cabría agregar que el cargo tampoco se formula por falta de apreciación o equivocada estimación de las que no tienen el carácter expresado.

Conforme al contrato de trabajo que obra en autos, la demandante se obligó "a incorporar al servicio del patrono su capacidad normal de trabajo en calidad de facturadora" y a cumplir "las labores que le sean encomendadas por sus superiores". La Empresa alega que estas clásulas no circunscriben la obligación de facturar solamente avisos, como lo pretende la demanda, sino que por su carácter general se extiende a la de suscripciones y al cumplimiento de todas las tareas que se encomendasen a la trabajadora; pero el Tribunal entendió. mediante el examen de pruebas relativas al desarrollo del contrato y a la forma como venía siendo ejecutado, que lo convenido no fue sino la facturación de avisos, y que por tanto la demandante no estaba obligada a otras labores, no habiendo por tanto violación de los compromisos contraídos de su parte. Para la Corte, no descansando la interpretación que el Tribunal hizo de la cláusula 1a. del contrato solamente en el texto transcrito, sino también en pruebas que acreditan la forma como surtió efecto entre las partes, y que en este recurso no pueden ser valoradas nuevamente por el motivo expuesto ya, el error de hecho que se imputa al juzgador no se muestra con la evidencia que para que sea invocable en casación exige el art. 87 del C. P. L. en el inc. 20. de su primer numeral. Como ya lo ha dicho esta Sala, "no es una simple diferencia de criterio en lo que consiste" el error de hecho en casación; es mucho más; es un verro "manifiesto" según la calificacion que le da el código, que de la simple comparación de lo encontrado por el juzgador en una prueba y de lo que obviamente se deduce de esta, exista incompatibilidad e incongruencia, pues el sistema de convicción racional establecido para asuntos laborales por el art. 61 del C. P. L., otorga al juez soberanía en la apreciación del haz probatorio, no susceptible de rechazo por la Corte sino por vía excepcional, o sea 'cuando el error aparezca de modo manifiesto en los autos', según el texto así del art. 60 del Decr. 528 de 1964 como del 87 de la obra citada (Cas. 20 de enero de 1968 en el juicio de César Ramírez Ordóñez vs. Taller Técnico Mora Angueira Hermanos Ltda.). Y en el caso en estudio lo que se observa son dos opuestas hipótesis fundadas, la de la impugnante en el tenor literal de una cláusula convencional, y la del fallador en la interpretación de la misma cláusula al través del desarrollo que las partes dieron al contrato, y como ya lo ha dicho esta Sala, cuando el fallador acoge una hipótesis entre varias no hay lugar a hablar de error de hecho manifiesto que dé lugar a casación. El error de hecho evidente a que se refiere la ley consiste en la equivocación objetiva o subjetiva en que incurre el sentenciador en la apreciación de los hechos, de suerte que si algunos de los en que se apoya el fallo acusado no son susceptibles de examen en casación por impedirlo la técnica del recurso, el error no puede presentarse a los ojos del tribunal de casación en la forma resaltante en que lo quiere la ley, especialmente tratándose de la interpretación de cláusulas convencionales cuyo significado no pocas veces depende del alcance o extensión que las mismas partes les hayan atribuído al ejecutarlas.

Por lo que hace a la sustitución patronal, el certificado expedido por la Cámara de Comer-

cio de Medellín da cuenta de la constitución y existencia de la sociedad denominada Editorial El Diario, con domicilio en la ciudad de Medellín, cuyo objeto social es la edición de libros, folletos, revistas, hojas sueltas, avisos, y en general publicaciones de todo género, particularmente del periódico El Diario que circula en la nombrada ciudad; y el contrato de arrendamiento a que alude el escrito de impugnación acredita que la expresada émpresa fue dada en arrendamiento por la sociedad propietaria a Fernando Uribe Senior, con todos sus inmuebles, máquinas y demás anexidades y dependencias, incluso el nombre del periódico El Diario y para el mismo fin social. Se verificó así una sustitución de patrono, conforme al art. 67 del C. S. T., ya que cambió el empleador pero sin que variara el giro de las actividades del establecimiento. Con fundamento en estas pruebas, que el fallador de instancia sí apreció para determinar la sustitución patronal y el tiempo de servicio —lo que bastaría para desestimar el cargo, puesto que la casacionista las señala como no apreciadas-, y en "la prueba testimonial, a mas de la diligencia de inspección ocular practicada dentro del juicio", y de otros medios instructorios, como la certificación del señor Fernando Uribe Senior, el fallador llegó a las conclusiones que respecto del supuesto de hecho acoge como ciertos el tribunal sentenciador; de suerte que habiendo el juzgador

tenido —en cuenta— la prueba documental que la casacionista da por no apreciada, y sirviendo de fundamento al fallo no solamente tales elementos de convicción sino otros más que la impugnadora no señala como no apreciados, de los cuales la mayor parte se sustraen a un nuevo examen en casación en virtud de lo prescrito en el art. 23 de la Ley 16 de 1968, es claro que el error que respecto del tiempo de servicio se imputa a la sentencia no aparece demostrado.

Por lo expuesto los cargos no prosperan.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este negocio el catorce de octubre de mil novecientos sesenta y ocho.

Sin costas.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

INDEMNIZACION POR MORA

Reiterada jurisprudencia de la Corte. Buena fe patronal.

Expediente No. 3608. Ordinario laboral de Luis Alfonso Gutiérrez Abril c. la Cooperativa de la Confederación de Trabajadores de Colombia "Coocetece", Ltda.

(No casa la sentencia recurrida).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Truiillo).

(Acta No. 20).

Se revisa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio promovido y adelantado ante el juez primero del trabajo de Bogotá por Luis Alfonso Gutiérrez Abril contra la Cooperativa de la Confederación de Trabajadores "Coocetece, Ltda.", para el reconocimiento y pago de salarios, cesantía, indemnización por despido injustificado e indemnización moratoria.

Afirma el actor en el libelo con que instauró el juicio, que entre él y la Cooperativa existió un contrato verbal, a término indefinido, de trabajo, desde el 15 de octubre hasta el 30 de noviembre de 1964, en virtud del cual desempeñó durante el lapso expresado el cargo de contador con una asignación mensual de \$ 1.500,00; que el 30 de noviembre la entidad empleadora rompió unilateralmente el contrato, sin justa causa; que no obstante las reclamaciones del demandante aún le adeuda los salarios y la indemnización por despido.

En la contestación de la demanda la empresa niega la existencia del contrato, así como los demás hechos en que se apoyan las pretensiones formuladas. Explica que de conformidad con el literal c) del art. 46 de los estatutos no corresponde al gerente la designación de contador, sino al Consejo de Administración, por lo cual el nombramiento hecho por aquel funcionario en el demandante tuvo lugar con desconocimiento de lo previsto en los estatutos y carecía, consiguientemente de validez. Propuso además la excepción de inexistencia de la obligación.

La sentencia absolutoria de primera instancia fue reformada, en virtud de apelación interpuesta por el autor, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien condenó a la Cooperativa a pagar al demandate \$ 187,50 por auxilio de cesantía y \$ 1.891,45 por salarios insolutos. En lo demás confirmó la del juez a quo.

Contra esta última providencia interpuso el actor recurso de casación, que se ha tramitado sin réplica de la parte opositora en el proceso.

Con fundamento en la causal 1a. del art. 87 del GPL formula contra ella los siguientes cargos:

El primero por violación directa, en concepto de interpretación errónea, del art. 65 del CST, en relación con el 32 de la misma obra; el segundo por infracción directa de la primera de las disposiciones citadas; y el tercero por interpretación errónea del ya aludido art. 32, en relación con el 65 también mencionado.

Los argumentos que el casacionista invoca para impugnar la sentencia son similares en los tres cargos, que por otra parte se refieren a la violación de las mismas normas, ya con violación de fin, ora de medio, por lo cual se estudian conjuntamente.

En el primero, admite que la doctrina ha acogido el principio, por vía de interpretación, de que "no es viable condenar por salarios caídos cuando la parte demandada con razones valederas y plausibles, discute la existencia del contrato, respaldando su dicho procesalmente", correspondiendo a la misma parte acreditar que obró de buena fe y no al demandante que aquella actuó de mala fe, no obstante lo cual el Tribunal expresa que los motivos aducidos "no han sido suficientes para desvirtuar la buena fe del patrono", lo que lo coloca en oposición

con la jurisprudencia existente sobre el particular.

En el segundo califica de "ininteligible y contradictorio" el ciertamente trunco argumento del Tribunal de que la Cooperativa "ha discutido con argumentos valederos, como los de que el gerente no estaba autorizado para nombrar empleados, hecho sobre el cual se adujeron pruebas, que si bien no han sido suficientes para desvirtuar la buena fe del patrono" (sic), para apoyado en la proposición inconclusa conque termina la cláusula, expresar que el razonamiento transcrito "indica como el Tribunal al argumentar que la propia parte, tratando de la sanción moratoria, no desvirtuó la buena fe del patrono, como que es inaceptable que la misma parte aduzca razones para desvirtuar su posición de mala fe, pues la actitud lógica, como parte interesada es que su actitud siempre sea encaminada a estructurar su comportamiento como no censurable, ya que frente a la situación en examen, en principio como queda dicho, la buena fe no se presume, pues ha de demostrarse". Sin que pueda erguirse -agrega- que "el Tribunal da por demostrada la buena fe del patrono, pues tal argumentación no puede deducirse de la argumentación del ad quem: "que si bien no han sido suficientes para desvirtuar la buena fe del patrono".

En el tercero manifiesta que el senteciador dio al art. 32 del CST un sentido distinto del que realmente tiene, "pues pretende que si se alega desconocer la representación (de la empresa) se justifica el incumplimiento patronal de pagar salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral", lo que llevó a la mencionada corporación a dejar de aplicar el art. 65 de la obra citada, siendo aplicable.

Se examinan los cargos:

No obstante la ciertamente desafortunada construcción de la cláusula en que el casacionista hace hincapié, que por su descuidada redacción y notoria anfibología más obscurece que aclara el criterio que guió a la sala falladora, no es imposible descubrir que su resolución se funda, en lo que la mala fe de la Empresa queda descartada por haber versado la litis sobre la existencia del contrato laboral, va que desde un principio alegó su inexistencia "con argumentos valederos, como los de que el gerente no estaba autorizado para nombrar empleados"; es decir, que el fallo reposa no propiamente en una errónea inteligencia de la disposición legal aplicada, sino en la consideración de que la presunción de mala fe contenida en el art. 65 está desvirtuada por hechos que, si ineptos para establecer la inexistencia del contrato, sí demuestran que la Cooperativa obró por motivos que explican razonablemente su conducta. En la motivación de la sentencia no se encuentra interpretación alguna del juzgador de instancia que se oponga a la doctrina de la Corte sobre la forma como debe entenderse el art. 65 -salvo el ambiguo sentido de una frase debido al descuido y apresuramiento en la redacción de la respectiva ponencia—, sino el análisis de elementos de hecho que llevaron al Tribunal a denegar la indemnización por mora, por hallar acreditada la buena fe patronal, y que no puedan volver a ser examinados por la Corte en acusación del fallo por violación de disposiciones legales por vía directa.

No puede dejar de observarse, además, que en el tercer cargo se impugna la resolución judicial por falta de aplicación del art. 65, siendo así que al denegar la indemnización que esa norma establece, por los motivos a que el fallador se refiere, la aplicó en forma negativa.

Por tanto los cargos no prosperan.

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 proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cinco de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho.

No hay lugar a condenación en costas.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

CASACION (Técnica)

De conformidad con el numeral 10. del art. 87 del C. P. del T., el error, en la casación laboral, presenta dos modalidades: la de la errónea estimación de una prueba determinada y la de su falta de apreciación.

Estas dos actividades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el elemento probatorio y lo valora, y en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir como es apenas natural, concepto alguno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 30).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por Leonidas Londoño Naranjo contra Alfonso Peraza.

ANTECEDENTES

En la demanda con que se inició el juicio se pidió se condenara a Alfonso Peraza a pagar a Leonidas Londoño Naranjo salarios insolutos, indemnización por lucro cesante y daño emergente, indemnización moratoria, todo lo extra y ultra petita que resulte en el proceso y las costas del juicio.

Se fundaron estas pretensiones en los siguientes hechos: En virtud de contrato celebrado por tiempo indefinido, el demandante le prestó sus servicios al demandado en varios frentes de trabajo, como operario de un bulldozer, entre el 21 de febrero de 1962 y el 30 de septiembre del mismo año, fecha ésta en que fue despedi-

do en forma injusta e ilegal y en la que devengaba un salario de quince pesos (\$ 15.00) diarios. Al efectuarse este despido, el actor había trabajado dieciocho días (18) del último plazo presuntivo del contrato de trabajo y le estaba adeudando mil seiscientos cincuenta pesos (\$ 1.650.00) de salarios, como también las prestaciones sociales a que tiene derecho, las que no le fueron reconocidas durante el tiempo de servicios. Además de estas obligaciones el demandado no ha cancelado las indemnizaciones reclamadas por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y por la mora en su satisfacción.

En la contestación de la demanda, el apoderado que constituyó el demandado negó los hechos aducidos, se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas, "por cuanto mi representado se encuentra en la fecha enteramente a paz y salvo con el actor por todo concepto", y propuso las excepciones de pago, falta a título y de causa en el demandante, falta de obligación en el demandado y la "que se desprenda de lo probado en el curso del juicio".

Concluído el debate, el señor Juez Segundo del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, definió el negocio en sentencia de 28 de junio de 1963, así:

"Primero.- Condénase al señor Alfonso Peraza, identificado con la C. de C. No. 18818 de Bogotá, a pagar a Leonidas Londoño Naranjo, dentro de los seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de un mil seiscientos ciencuenta pesos (\$ 1.650.00), por concepto de salarios insolutos.

"Segundo.- Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"Tercero.- Absuélvase al demandado de los demás cargos formulados en el libelo de demanda.

"Cuarto.- Costas a cargo del demandado en un Treinta por ciento (30%)".

Apelada por ambas partes, el Tribunal Supe-

rior de Bogotá, por medio de su Sala Laboral, decidió la alzada, agotado el trámite correspondiente, con fallo de 29 de agosto de 1963, en la que revocó el recurrido y, en su lugar, absolvió al demandado de los cargos contra él formulados en la demanda y condenó al demandante a pagar la totalidad de las costas de la primera instancia y el cincuenta por ciento de las de segunda.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual pasa a resolverse teniendo en cuenta la demanda extraordinaria y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el recurrente la casación del fallo impugnado y que como consecuencia, obrando la Corte como Tribunal de instancia, "confirme la sentencia del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, adicionándola en consonancia con las peticiones de la demanda".

MOTIVOS DE CASACION

Para el logro de este resultado y con invocación de la causal primera de casación del art. 87 del C. P. del T., formula un solo cargo, en el que acusa el fallo referido de "violatorio de la Ley sustantiva nacional, como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el sentenciador por falta de apreciación y apreciación erronéa de las pruebas del proceso", errores que lo condujeron "a violar, por falta de aplicación, siendo aplicables, los arts. 23, 27, 47, 49, 65, 249 y 252 del C. S. del T.".

Inicia la sustentación de este cargo el impugnador con la observación de que no obstante darse en el fallo del ad quem por establecida la prestación de servicios del actor al demandado, no se condena a éste al pago de los salarios correspondientes, porque dicho patrono no reconoció en las posiciones que absolvió el tiempo de servicios, lo que es erróneo, puesto que esa diligencia no tiene semejante eficacia probatoria, ya que allí el absolvente da respuestas evasivas.

De otro lado, la afirmación hecha en la demanda de que los mentados servicios se prestaron entre el 21 de febrero de 1962 y el 30 de septiembre del mismo año, no fue desvirtuada por el demandado, puesto que se limitó a contestar en las aludidas posiciones que "no recuerdo con precisión las fechas por que se me pregunta".

Más todavía: en la diligencia de consignación (fl. 47), el demandado dice que Londoño trabajó hasta mediados de octubre, y en el interrogatorio libre a que lo sometió el juzgado, que dejó de asistir al trabajo entre octubre y noviembre de 1962 (fl. 39), "Frente a estas afirmaciones del demandado tenemos la del demandante, reforzada con el hecho de que el poder para actuar judicialmente contra Peraza, fue otorgado con fecha 1o. de octubre de 1962 una vez, agotadas todas las posibles diligencias para obtener el pago de sus prestaciones y, lógicamente, cuando ya no era trabajador del demandado. Lo anterior conduce al siguiente razonamiento: Si Londoño afirma haber trabaiado para Peraza hasta el 30 de septiembre de 1962 y éste no lo niega sino que responde evasivamente, el hecho básico de la terminación del contrato en la fecha indicada, debe darse por cierto. Y como el H. Tribunal dio por no probada la fecha del retiro, basándose exclusivamente en las respuestas evasivas del demandado en la prueba de posiciones, incurrió en evidente error de hecho, no solo en la calificación de las posiciones en su conjunto, sino en la de la cuarta pregunta (fl. 33), la novena y la décima (fl. 34). Además, en las tercera y séptima preguntas, dio también el demandado respuestas evasivas que el H. Tribunal estimó erróneamente, asignándoles un valor del cual carecen".

En estas condiciones —termina diciendo—, es inequívoco el error de hecho del Tribunal "al estimar el valor de la prueba que se concreta en las posiciones del demandado, error que lo condujo a violar las normas sustantivas de que se habló al comienzo de este escrito".

Para el opositor este cargo está mal formulado, por cuanto en él solo se ataca uno de los fundamentos del fallo acusado, el relacionado con la falta de establecimiento de la fecha de terminación de la relación de trabajo, y se dejan incólumes los relativos a la fecha de entrada del trabajador y a la manera como concluyó el contrato laboral, ausencia de prueba de esta última circunstancia que precisamente impidió la condena al pago del lucro cesante. Toda su argumentación está enderezada a demostrar que el Tribunal incurrió en error de hecho al no dar por demostrado que el pacto terminó el 30 de septiembre de 1962, lo que, por lo demás, realiza en forma confusa y con-

tradictoria; y omite igual actividad en lo tocante con la fecha de entrada del trabajador y con el modo como se consumó su desvinculación del patrono. "En tales condiciones debe concluírse que los cargos formulados por el recurrente son incompletos, confusos y contradictorios, ya que el actor se abstuvo de atacar los verdaderos fundamentos del fallo recurrido, habiéndose limitado a atacar uno solo de los soportes de la sentencia de segunda instancia, pero claro está que sin haber logrado desquiciar el único soporte atacado".

Lo anterior no le impide refutar la acusación, que considera temeraria, pues las posiciones absueltas por el demandado no adolecen del defecto que le atribuye el recurrente. En ellas, en forma muy clara, el absolvente no acepta, por no recordarlo, ni la fecha de entrada del trabajador, ni la de terminación del contrato, ni la duración de la relación laboral, y rechaza la imputación de haber despedido al demandante. Si esto es así y no están demostrados de otra manera estos extremos de la litis, que eran indispensables para las condenas impetradas, no puede hablarse de que el Tribunal hubiera incurrido en un error, ni mucho menos evidente, al resolver el negocio en la forma en que lo hizo.

Para resolver, la Corte considera

- 1. Por lo antes anotado, con la acusación formulada se propone el recurrente la casación del fallo impugnado y la confirmación del proferido por el Juez del conocimiento, en el que se condenó al demandado a pagar al actor una cantidad determinada de dinero, por concepto de salarios insolutos, y parte de las costas de la instancia, adicionándolo "en concordancia con las peticiones de la demanda", o sea, al tenor de esta pieza procesal, con las condenas relativas al lucro cesante y al daño emergente, a la indemnización moratoria y a lo extra y ultra petita que resultara del proceso. No obstante esto, entre las normas que se consideran infringidas no se menciona la reguladora de esta indemnización, por lo cual, sin duda alguna, la censura es incompleta, no pudiéndose por ello estudiarla en lo que respecta a esta materia.
- 2. De otro lado, el Juez de la primera instancia, único funcionario facultado para fallar extra y ultra petita, según el art. 50 del C. P. del T., no consideró hubiera lugar al reconocimiento de obligación alguna de carácter laboral en favor del demandante distinta de los salarios reclamados y por ello absolvió de los de-

más pedimentos hechos en la demanda con que se inició el juicio; y naturalmente el Tribunal no tuvo oportunidad de referirse a aquella cuestión en la decisión recurrida. A pesar de esto, el casacionista invoca entre las disposiciones legales violadas los arts. 249 y 252 del C. S. del T., que consagran el derecho al auxilio de cesantía y sus restricciones, sin explicar por qué motivo dejaron de aplicarse, que es la modalidad de infracción atribuída en la acusación, circunstancia por la cual tampoco se la puede considerar.

3. En la decisión de segundo grado se revocó la de primera instancia y se absolvió al demandado de todos los cargos contra él formulados en la demanda por el actor, porque no habiéndose probado, como no se demostró, el tiempo durante el cual éste prestó servicios a aquel como buldozero con una remuneración de quince pesos (\$15.00) diarios, lo mismo que el rompimiento unilateral del contrato. no se puede condenar al pago de las indemnizaciones impetradas, ni al de los salarios, los que de conformidad con el art. 127 del C. S. del T. constituyen la retribución que el trabajador recibe por el servicio que presta, por lo que si se ignora el tiempo de servicios, "aunque la cuantía de la remuneración esté probada, carece de base el juzgador para deducir el monto del salario debido".

Sin embargo, no se incluye entre los preceptos vulnerados el citado art. 127, particularmente invocado por el Tribunal en apoyo de la conclusión sacada y de la determinación tomada. Ni se ataca tampoco el soporte relacionado con la manera como terminó el contrato de trabajo, siendo como es fundamental para los fines de la indemnización por lucro cesante y daño emergente, que persigue el recurrente, puesto que es el hecho de que a dicha terminación se llegue por el incumplimiento de lo pactado y por el despido unilateral e injusto por parte del patrono lo que conduce a semejante resultado, según las voces del art. 64 del invocado estatuto sustantivo laboral. Y no lo ataca, por cuanto se concreta el tiempo de servicios y a la fecha en que cesaron.

Por estos aspectos se quedó incompleta asimismo la acusación y en materias capitales para los objetivos del recurso.

4. Hay que anotar, además, como ya se ha dicho en otras ocasiones, que en atención a que de conformidad con el numeral 10. del art. 87 del C. P. del T. el error, en la casación laboral.

presenta dos modalidades: la de la errónea estimación de una prueba determinada y la de su falta de apreciación, y a que estas dos actividades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el elemento probatorio v lo valora v en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir, como es apenas natural, concepto alguno, la jurisprudencia ha reclamado insistentemente que cuando en este recurso extraordinario se censura una decisión por error de hecho o de derecho, se deben señalar por el recurrente las pruebas cuya falta de apreciación o equivocada estimación dio lugar al error atribuído, manifestando cuáles fueron apreciadas, si bien equivocadamente, y cuáles no lo fueron, y observado, además, que en el mismo cargo no cabe el ataque simultáneo por falta de apreciación y por apreciación errónea de la misma prueba.

No se compadece con esta técnica del recurso la formulación del presente cargo, pues allí se dice que a los errores de hecho se llegó "por falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas del proceso", pero sin distinguir cuáles de ellas se estimaron equivocadamente y cuáles no fueron apreciadas.

Esta deficiencia no se corrige en el desarrollo de la impugnación, pues en esta parte el recurrente se limita a analizar las posiciones absueltas por el demandado, el interrogatorio libre a que lo sometió el Juez del conocimiento, lo que la misma parte expresa en la diligencia de consignación y lo que el actor afirma en la demanda acerca del tiempo durante el cual le prestó servicios al señor Peraza y la fecha en que terminó la relación laboral, para concluir, conforme a su personal criterio, que hay que

atenerse a las aseveraciones últimamente mencionadas, que los otros elementos probatorios no desvirtúan. No se adelanta en esta alegación, más propia de las instancias, otro planteamiento que permita afirmar son seguramente estas todas las pruebas del proceso que en la formulación del cargo se alega fueron mal apreciadas, o las que, por lo contrario, no se tuvieron en cuenta por el ad quem; ni que permita distinguir tampoco cuáles de ellas se apreciaron erróneamente y cuáles no se estimaron. Y como la Corte no puede oficiosamente. sin contrariar la técnica del recurso de casación, escoger para hacer la debida separación, o para —lo que es peor— deducir que unas y otras lo fueron al propio tiempo equivocadamente valoradas y dejadas de apreciar, hay que terminar por no darle paso a la censura, por defectos tan graves y notorios.

En consecuencia, no se acepta este cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por intermedio de su Sala Laboral.

Las costas del recurso son de cargo del recurrenté.

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

Carlos Peláez Trujillo, J. Crótatas Londoño, José Enrique Arboleda Valencia.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

La jurisprudencia ha establecido que la sanción allí contemplada (art. 65 del C. S. del T.) no debe aplicarse si se presentan circunstancias eximentes, como ocurre cuando la parte obligada ha discutido la existencia misma de la obligación con razones plausibles que surjan de hechos demostrados en el juicio; y ello porque entonces hay que admitir la buena fe, que ha de regir toda relación contractual.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Odilio Pinzón M.).

(Acta No. 30).

Marco Antonio Reyes S. demandó por conducto de apoderado a la sociedad *Planresidencias Ltda.*, domiciliada en Cúcuta y representada por su Gerente señor Humberto Castro Ordóñez, pidiendo se hicieran contra ella las siguientes declaraciones:

- "A) Que dicha sociedad está obligada a pagarle al sr. Marco Antonio Reyes S., o a quien sus derechos represente legalmente, el valor de la indemnización por el accidente de trabajo a que este negocio se refiere, de acuerdo con la clasificación que hagan los señores médicos legistas o la Oficina de Medicina Industrial de Bogotá, según sea el caso.
- "B) Que la misma sociedad está obligada a pagarle a Reyes S. el valor de la asistencia clínica, y quirúrgica, cuyos gastos hayan sido hechos por él, según comprobantes y de conformidad con lo que se demuestre procesalmente.
- "D) Que dicha asistencia debe seguirla suministrando la sociedad demandada durante el tiempo que usted, de acuerdo con los mandatos legales, señale en la sentencia.
- "E) Que la demandada debe cancelar al demandante el valor de todas las prestaciones

sociales, como auxilio de cesantía, primas de servicio, etc., así como el valor de los salarios, reajustados, durante el tiempo de incapacidad.

"F) Finalmente, que la demandada sea condenada a las costas y a los costos del juicio a que hubiere lugar.

"Como subsidiaria de la petición contenida en la letra A) de las presentes súplicas, que la nombrada sociedad sea condenada a pagarle a mi mandante una pensión legal por grande invalidez".

Para fundamentar sus aspiraciones afirmó el demandante que el 2 de diciembre de 1960, en virtud de contrato de trabajo celebrado con Planresidencias Ltda. entró a prestarle a esta sus servicios como Jefe de ventas de la Sucursal de Bucaramanga; que el salario pactado fue de \$ 1.500.00 mensuales, el cual podía acrecentarse con un porcentaie sobre comisiones pagadas y con las sumas respectivas de \$80.00 o \$ 100.00 por cada contrato que celebrara, ya dentro de las oficinas de la sucursal, ya fuera de ellas: que entre las actividades ordinarias del contrato se incluía la de viajar a distintas poblaciones en consecución de clientes: que en las horas de la noche del 28 de junio de 1961, durante un viaje que hizo a la población de Girón acompañado de los agentes José del Carmen Tarazona y Jairo Mantilla, sufrió un gravísimo accidente que le ocasionó varias fracturas y otros daños que lo redujeron a una total incapacidad para el trabajo; que fue hospitalizado por cuenta de la demandada hasta el 18 de agosto del año citado, día en que fue trasladado a su casa porque el patrono suspendió los auxilios prometidos y debidos; y que no han sido pagados los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones a que tiene derecho.

Al contestar el traslado de la demanda el apoderado de la empresa admitió la existencia del contrato de trabajo, aclarando que el sueldo devengado por el actor nunca sobrepasó los \$1.500.00 mensuales. Negó que entre las actividades exigidas por el contrato estuviera la de viajar a distintos municipios y que el

viaje a Girón, en el curso del cual se causó el accidente, lo hubiera cumplido el demandante en ejercicio de sus funciones. Por lo mismo, aunque admitió ser cierta la ocurrencia del accidente, negó que este fuera de trabajo y alegó que la empresa pagó al accidentado seis meses de sueldo, hasta diciembre de 1961, e inclusive la prima de navidad. Alegó además que cuando ocurrió el accidente el demandante Reves andaba ingiriendo bebidas con sus amigos Mantilla y Tarazona, no obstante lo cual la empresa resolvió, por mera solidaridad, ayudarle a salir de la emergencia ordenando su hospitalización v las atenciones necesarias: y que así, sin estar obligada, se vio precisada a pagar por cuenta del enfermo la suma total de \$12.494.96 por servicios hospitalarios, médicos y quirúrgicos; lo cual, sumado a \$3.168.66 que el demandante tomó abusivamente para sí, representa una deuda a favor de la empresa por \$ 15.663.62.

Con tales fundamentos propuso el apoderado de la demandada las siguientes excepciones: a) La de compensación, por cuanto el señor Reyes, S. adeuda la suma antes expresada; b) de pago total, ya que al demandante se le canceló cuanto se le debía y por él se hicieron pagos que no estaban a cargo de la empresa; y c) falta de causa para medir porque el accidente no fue de trabajo.

Concluída la tramitación del juicio el Juzgado del Trabajo del Círculo Judicial de Bucaramanga, en sentencia pronunciada el 26 de abril de 1963, resolvió:

"Primero. Condénase a la sociedad "planresidencias Ltda.", domiciliada en Cúcuta y representada por su Gerente, señor Humberto Castro Ordóñez, a pagar al demandante, o a quien sus derechos represente legalmente, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de quince mil cuatrocientos treinta y cinco pesos con cuarenta y seis centavos (\$15.435.46), por los siguientes conceptos: a) valor del auxilio de cesantía, \$1.068.16; b) por concepto de prima de servicio, \$350.00; c) valor del auxilio por enfermedad no profesional, \$2.017.30; y d) Valor de los salarios caídos correspondientes a ocho meses, \$12.000.00.

"Segundo. Declárase probada la excepción de pago por la cantidad de un mil cuarenta y un pesos con sesenta y seis centavos (\$1.041.66), con imputación del valor de las prestaciones y del auxilio por enfermedad reconocidos en este fallo.

"Tercero.- Autorízase a la sociedad demandada para descontar del total de la condena determinada en el punto primero de esta sentencia, la suma de un mil cuarenta y un pesos con sesenta y seis centavos (\$ 1.041.66) que fue depositada a la orden del demandante Reyes y retirada por este el 30 de agosto de 1962.

"Cuarto.- Absuélvase a la demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

"Quinto. Declárase no probada las excepciones perentorias formuladas por el apoderado general de la empresa.

"Sexto.- Condénase en costas a la parte demandada".

Apelada por los apoderados de una y otra parte la sentencia de primer grado, el Tribunal Superior de aquel Distrito, Sala Laboral, la confirmó, pero introduciendo la reforma consistente en fijar en la suma de \$ 750.00 el valor de la prima de servicios.

Contra lo resuelto por el Tribunal interpusieron el recurso extraordinario de casación ambas partes. Tramitado este en debida forma, procede la Corte a resolverlo, teniendo en cuenta las respectivas demandas presentadas y además el alegado de oposición del apoderado del demandante.

Recurso de la parte demandante

El recurrente, luego de hacer relación de los hechos, manifiesta que demanda en casación la sentencia de segunda instancia, "con base en el siguiente cargo que formulo conforme al art. 87 del C. P. del T., causal primera, o sea por violación de la ley sustantiva, por aplicación indebida, interpretación errónea, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas". Luego, bajo el título "Primer Cargo", expresa:

"Acuso la sentencia de juzgamiento de fecha diez de julio de mil novecientos sesenta y tres del H. Tribunal de Bucaramanga —Sala Laboral— dictada en el juicio ordinario de Marco Antonio Reyes contra la Sociedad Planresidencias Ltda., representada por el señor Humberto Castro, por violación de las siguientes disposiciones del C. S. del T., 65, 134, 139, 166, 195, 199, 203, 204, 205, 206, 207, 209, 227, 249, 253, 254, 259, 277, 278 del C. S. del T., y a consecuencia de errores de hecho y de derecho, tal como se irá presentando en el desarrollo del cargo. En orden a la sustentación del cargo me voy a per-

mitir dividir en tres apartes diferentes las violaciones anteriores, tomando como puntos especiales de referencia los tres puntos principales como son salarios caídos, pensión por invalidez y accidente del trabajo, a fin de formular separadamente cada uno de los puntos de la sentencia desfavorable a mi poderdante, que deben ser motivo de estudio y decisión especial en el pronunciamiento que debe dictarse sustitutivo del pronunciamiento por el H. Tribunal de Bucaramanga".

El recurrente formula, pues, un solo cargo, pero ofrece tres planteamientos relacionados concretamente con la pensión de invalidez, con el accidente de trabajo y con los salarios caídos.

En lo tocante a la pensión de invalidez, el Tribunal se abstuvo de decretarla porque según la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1961, el capital gravable de la empresa no alcanzaba a \$800.000.00. pues era apenas de \$338.263.38. El recurrente, en el desarrollo correspondiente a este tema dice que el Tribunal no decretó la pensión "por considerar que no existen los supuestos indicados en los arts. 195, 277 y 306 del C. S. del T., especialmente los contenidos en el art. 195 en cuanto al capital de la sociedad Plan residencias Ltda., y para poder hacer las declaraciones indicadas en el art. 277 siguiente". Dice que el fallador, para llegar a tal conclusión, "dejó de relievar" la confesión del apoderado de la demandada, así como las varias publicaciones de periódicos y avisos costosos aparecidos en los mismos, que fueron agregados a los autos, para tener como única prueba del patrimonio de la empresa la declaración de renta del año gravable de 1961. "Naturalmente —agrega- se aplicó e interpretó incorrectamente el art. 195 del C. S. del T., y se dejó de aplicar como correspondía los arts. 277 y 278 del mismo Código".

En relación con el segundo planteamiento expresa el recurrente:

"El H. Tribunal violó también el art. 199 del C. S. del T., en relación con los arts. 203, 204, 278, del mismo Código, al no considerar el suceso del 28 de junio de 1961 en que Reyes se fracturó una pierna y un brazo, y se invalidó para trabajar como aparece del experticio médico respectivo, como accidente de trabajo. Pero esta interpretación errónea del citado art. 199, y la falta de aplicación de las disposiciones mencionadas que indican las conse-

cuenciales se debió exclusivamente a que el sentenciador, le dio valor a pruebas que no podían ser consideradas legalmente (el testimonio de un empleado de la empresa, declaraciones no ratificadas), exigió de otro lado la prueba al demandante sobre las condiciones y naturaleza del hecho, olvidando que existe la regla de la inversión de la prueba, tomó como confesión la declaración de Reyes "de que no tenía clientes en Girón", olvidó la otra parte de su declaración "que los dos agentes Mantilla y Tarazona con los que viajaba si los tenían", y también finalmente, a que "no relievó pruebas específicas sobre el suceso".

Habla enseguida de las pruebas que el Tribunal dejó de apreciar (declaración de Ester Ariza, documento de contrato y carta del fl. 76) y afirma que se entendió mal y se aplicó indebidamente el art. 199 del C. S. del T., que se dejaron de aplicar los arts, 203, 204 y 278 del mismo estatuto, que se violaron los arts. 595, 597, 604, 632, 669, 693 y 696 del C. J., y que por los errores de hecho que ha mencionado, la decisión pronunciada resultó injusta. Pasos adelante vuelve a hablar de que "por un entendimiento indebido del art. 199 C. S. del T., sobre lo que se debe entender por accidente de trabajo no se decretó o reconoció como accidente lo que sí era". Y al final censura otra vez la indebida aplicación del art. 199 y la violación consiguiente de los arts. 277 y 281 del C. S. del T.

Al referirse al tema de los salarios caídos, censura el recurrente la sentencia del Tribunal por cuanto sólo condenó a pagar lo correspondiente a ocho meses. Dice que desde la fecha en que ocurrió el accidente (28 de junio de 1961) hasta la fecha en que la empresa hizo la consignación de lo que confesó deber por prestaciones (28 de agosto de 1962) transcurrieron no ocho sino catorce meses y por eso el valor de la indemnización, sobre un salario de \$ 1.500.00 mensuales, era de \$ 21.000.00 y no de \$ 12.000.00, como dedujeron los juzgadores. Concreta luego la siguiente acusación:

"El sentenciador acepta la obligación de los salarios caídos con aplicación del art. 65 del C. S. del Trabajo, pero al hacer hacer las declaraciones judiciales, no se pronuncia en consonancia, porque no acierta sobre los hechos procesales lo pertinente. Esto hace que la sentencia que se pronuncia sobre los salarios caídos no sea la pertinente en cuanto a la cantidad que debe pagarse, todo por los errores de hecho referidos y por la violación del art. 632 del C. J. al

no darle el valor a los recibos en la forma y términos que la ley los puede considerar" (sic).

Se considera

La demanda de casación que se ha resumido adolece de fallas que la tornan ineficaz, porque no consulta los requisitos del art. 90 del C. P. L., ni las exigencias de técnica que señalan la doctrina y la jurisprudencia. En efecto:

1. Debe anotarse en primer término que la demanda no contiene la declaración precisa y completa del alcance de la impugnación, o de lo que el recurrente pide. Cierto es que al final se solicita la invalidación del fallo "en lo desfavorable, en cuanto no se decreta la pensión de invalidez, no reconoce el hecho como accidente de trabajo v no se hacen los reconocimientos por salarios, primas, auxilios y demás prestaciones sociales". Pero tal forma de pedir no es completa ni guarda armonía con los temas de la acusación. El petitum de la demanda extraordinaria debe contener la solicitud de que se case total o parcialmente la sentencia recurrida, y la indicación de la manera como deben reemplazarse los ordenamientos del fallador de instancia. Tal solicitud y tal indicación deben surgir como consecuencia de los respectivos cargos o motivos de acusación. porque es la demostración de que se han vióladeterminadas disposiciones sustantivas la que produce la necesidad de casar el fallo recurrido, para restablecer el imperio de esas normas violadas.

En el caso presente, el recurrente formula un cargo, incluyendo en él tres aspectos de la sentencia que merecen su censura, según se vio atrás. No obstante, al entrar a pedir habla de la invalidación de la sentencia "en lo desfavorable", e incluye cuestiones que no han sido señaladas como objeto de la acusación, tales como salarios, primas, auxilios y demás prestaciones sociales, sin precisar lo que debe proveerse respecto de cada una. Tal solicitud puede caber y ser considerada en un alegato de instancia; pero no constituye la declaración del petitum del recurso extraordinario.

2. El recurrente formula un cargo con incidencia en tres aspectos: salarios caídos, pensión por invalidez y accidente de trabajo, y habla en el encabezamiento general de que se incurrió en violación de la ley por aplicación indebida e interpretación errónea, a consecuencia de errores de hecho y de derecho.

Como tal enunciado de la acusación en general y rige con relación con los diversos planteamientos, resultan atribuídos simultáneamente, con relación a las mismas normas, conceptos de violación de la ley que obedecen a causas distintas, como la indebida aplicación de la ley y la errónea interpretación. Además, la interpretación errónea de la ley, que es una forma de violación directa y que consiste en el equivocado entendimiento del contenido de la respectiva norma, sin relación con problemas de orden probatorio, se la hace depender de errores de hecho y de derecho en el estudio de las pruebas.

El error de técnica que se deja anotado no resulta corregido en los diversos planteamientos del cargo. Así, en lo relativo a la pensión de invalidez, habla el recurrente de la falta de apreciación o de la mala apreciación de unas pruebas, como si tratara de imputar un error de hecho; sin embargo, lo que atribuye al juzgador es interpretación errónea del art. 195 C. S. del T., y consecuencial falta de aplicación de los arts. 277 y 278 ibídem. Al desarrollar el tema relativo a la calificación del accidente sufrido por el demandante, hace también un análisis de pruebas y con fundamento en él atribuye al Tribunal la violación por interpretación errónea del art. 199 y la consecuencial falta de aplicación de los arts. 203, 204 y 278 del C. S. del T. Finalmente, al hablar de los salarios caídos dice que el Tribunal "no se pronunció en consecuencia"; pero no habla concretamente de la violación del art. 65 C. S. del T., que sería el aplicable, y menos del género de violación que se cometió, por lo cual el tema queda cobijado por la imprecisión y contradicción del enunciado general.

En múltiples oportunidades ha dicho la Corte que el recurso de casación, por ser un medio extraordinario de impugnación de las sentencias, está sometido a una técnica especial de formulación, sin la cual no resulta estimable, "tanto porque así lo establece la ley como porque lo enseñan la doctrina y la jurisprudencia". Ha dicho también que la finalidad del recurso se cumple "como consecuencia de la confrontación que se haga entre la sentencia y la ley, según los términos planteados por la respectiva demanda, la que, para que tenga eficacia legal debe dirigir su ataque fundamentalmente a desquiciar las bases de la sentencia recurrida"; y que "la técnica de casación indica que los cargos se presenten separadamente, con la debida fundamentación y exponiendo

con claridad la modalidad de la infracción cometida: la infracción directa, la aplicación indebida o la errónea interpretación, que son formas de violación legal que responden a diversos conceptos".

Por los errores anotados no prospera la acusación.

Recurso de la parte demandada

El demandante fija el alcance de la impugnación en los siguientes términos:

"La presente demanda de casación persigue que en el juicio ordinario laboral de Marco Antonio Reyes contra Planresidencias Ltda., se case en forma parcial el fallo de segunda instancia proferido por el H. Tribunal Superior de Bucaramanga el 10 de julio de 1963 y que la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia convertida en Tribunal de Instancia decrete lo siguiente:

"10. Que no hay lugar a la prima de servicios de que habla el aparte b) del punto primero de la parte resolutiva de la instancia impugnada:

"20. Que no hay lugar al saldo pendiente del auxilio por enfermedad no profesional, de que habla el aparte c) de la citada providencia;

"30. Que no hay lugar a los "salarios caídos" de que habla el aparte d) de la citada providencia;

"40. Que se declare que no hay lugar al pago del saldo pendiente del auxilio por enfermedad no profesional ordenado en el aparte c) del punto primero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada y en su lugar se declare probada la excepción perentoria de pago, denegada en el punto 50. de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia y confirmada por el punto 20. de la parte resolutiva de segunda instancia, y,

"5. Que se declare que no hay lugar a costas, por cuanto en el fallo de primera instancia se condenó en costas, lo cual fue confirmado por el de segunda instancia".

La acusación enderezada a tales propósitos contiene tres cargos que la Sala pasa a estudiar.

Primer Cargo

Expresa el recurrente que el Tribunal, por cuanto condenó a la demandada a pagar la suma de \$750.00 por concepto de prima de servicios, violó al art. 306 del C. S. del T., por interpretación errónea. Y sustenta este primer motivo de acusación en los siguientes términos:

"La viola —la referida disposición legal—porque se entiende que se paga la prima de servicios es al trabajador que realmente está elaborando y en este caso el demandante estaba en una situación distinta de trabajar. El H. Tribunal interpretó la norma citada en el sentido de que es de amplio contenido y extendió el alcance de su beneficio al trabajador que aunque estaba vinculado a la empresa, no estaba trabajando".

Se considera

El juzgador de primera instancia condenó a la empresa a pagar al demandante la prima de servicios en cuantía de \$ 350.00, apreciando el capital de la empresa en \$ 92.097.91. Y fundamentó así su decisión:

"Acreditada la relación laboral, con sus modalidades de tiempo de servicio y salario devengado, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el auxilio de cesantía y la prima de servicios correspondiente al primer semestre de 1961, ya que el reconocimiento de la del segundo no es procedente porque en ese semestre estuvo enfermo el trabajador y de acuerdo con la jurisprudencia "la prima de servicios es una prestación que debe otorgarse por tiempo trabajado realmente".

El Tribunal, por su parte, después de deducir que el capital de la empresa no es el tenido en cuenta por el juzgado sino el de \$ 338.263.38, que figura en la declaración de renta correspondiente al año gravable de 1961, reformó la decisión del a quo explicando: "En acatamiento a lo dispuesto en el art. 306 del C. S. del T., y con fundamento en el capital de la empresa acreditado en el proceso, se reformará la sentencia de primer grado en el sentido de señalar la suma de setencientos cincuenta pesos (\$750.00) moneda corriente, como valor de la prima de servicios a que tiene derecho el actor, por razón del tiempo realmente trabajado por él al servicio de la empresa demandada".

El cargo de interpretación errónea que el recurrente atribuye al Tribunal no tiene, pues, fundamento. En ninguna parte de la explicación que se transcribió se afirma que la prima de servicios deba comprender también el tiempo no trabajado efectivamente. La razón que en la sentencia se consigna para modificar lo resuelto por el a quo es la de que el capital de la empresa es de \$338.263.38, o sea que sobrepasa los doscientos mil pesos. En lo demás, la correcta y explicada interpretación que el Juzgado dio al art. 306 del C. S. del T. resulta acogida por el ad quem, que habla igualmente del "tiempo realmente trabajado por él (el actor) al servicio de la empresa".

No prospera el cargo.

Segundo cargo

Se formula en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia impugnada por violación de la ley por aplicación indebida a consecuencia de error de hecho, al apreciar que la empresa tuvo mala fe y por ello condenarla al pago de los llamados salarios caídos como dispuso en el aparte d) del punto primero de la parte resolutiva, cuando dijo que se le debía pagar al actor la suma de \$ 12.000.00.

"Violó la ley la sentencia impugnada al aplicar el art. 65 del C. S. del T., porque concluyó mediante juicio equivocado que había lugar a la sanción, ya que al analizar el elemento probatorio no estimó que la empresa tenía razón para tratar de imputar al pago de las prestaciones lo que le había entregado al actor y había pagado sin corresponderle. De las pruebas se desprende que la empresa pagó al actor lo correspondiente a clínica, atención médica y quirúrgica".

En sustentación del cargo dice el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta la confesión del actor (fl. 46), en cuanto admite haber recibido atención médica, hospitalaria y quirúrgica, además de salarios; que dejó de apreciar también la declaración del Síndico del Hospital de San Juan de Dios (fls. 52 y 52 v). y la del Dr. Miguel García Figueredo (fl. 58), con las cuales se demuestra que todas las cuentas causadas por el demandante Reyes en el Hospital, y todos los honorarios de los médicos, fueron pagados por Planresidencias Ltda. Desarrolla luego la acusación así:

"El Juzgado y el H. Tribunal reconocieron que no había habido accidente de trabajo y así lo declararon cuando desecharon la petición del actor a este respecto. No habiendo habido accidente de trabajo, debe concluírse que la empresa no tenía la obligación de pagar lo que pagó y en consecuencia, esta debía y podía esperar que se le compensara o imputara al pago de lo que realmente debía que era la cesantía. De ahí se desprende la buena fe, que el fallador en la sentencia impugnada no tuvo en cuenta y por ello violó la ley al decretar una sanción que no era del caso. Por ello, debe declararse que no hay lugar al pago de la indemnización ordenado".

Se considera

1. En la demanda inicial no fue solicitada la condenación por salarios caídos; pero el Juzgado, con base en lo dispuesto por el art. 50 del C. P. L. y teniendo en cuenta que la empresa solo vino a consignar lo correspondiente al auxilio de cesantía del demandante Reyes S. el 28 de agosto de 1962 (8 meses después de la desvinculación del trabajador), le impuso la sanción contemplada en el art. 65 C. S. del T., por ese retardo, en la cuantía que expresa el recurrente.

El Tribunal acogió la decisión extra petita del Juzgado, e hizo al efecto la consideración de que tan larga espera no tenía justificación. "No considera la Sala —reza la parte motiva del fallo- justificación razonable para tal demora en el cumplimiento de la obligación patronal de que se hizo mención, la consideración alegada por el apoderado de la demandada, de que los dineros que se le habían dado al trabajador por salarios, y por concepto de servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios debía compensarse con el valor de las prestaciones sociales, porque realmente no se configura el fenómeno jurídico de la compensación, ya que no se demostró en el proceso que los dineros o valores que la empresa pagó por los aludidos conceptos hubieran sido suministrados en calidad de préstamos o a buena cuenta del valor de prestaciones al trabajador señor Reves, sino antes por el contrario, existe en el proceso la confesión expresa del señor apoderado de la demandada de que el Gerente de la empresa ordenó el pago de tales servicios generosamente, por espíritu de sensibilidad v de humanitarismo de su parte".

2. Es un hecho fehacientemente demostrado, como lo sostiene el recurrente, que Planresidencias Ltda. pagó en drogas, hospitalización y servicios médicos suministrados al señor Reyes S. la suma total de \$ 12.494.96. En el fallo acusado se da por establecido, además, que el accidente sufrido por el actor no fue de tra-

bajo, por lo cual la enfermedad sobreviviente sólo acarreaba el pago del auxilio monetario establecido en el art. 227 del C. S. del T. En tales condiciones, es cierto que la empresa demandada resultó haciendo considerables erogaciones que no debía.

El hecho anotado se aduce por el recurrente como motivo de justificación o indicativo de buena fe en la renuencia manifestada por la empresa para hacer la consignación del valor de la cesantía. Realmente el Tribunal no estudió este aspecto de la cuestión, pues se limitó a considerar que no se presentan los requisitos de la compensación; pero tratándose de aplicar el art. 65 C. S. del T., no bastaba esa consideración. La jurisprudencia ha establecido que la sanción allí contemplada no debe aplicarse si se presentan circunstancias eximentes, como ocurre cuando la parte obligada ha discutido la existencia misma de la obligación con razones plausibles que surian de hechos demostrados en el juicio: y ello porque entonces hay que admitir la buena fe, que ha de regir toda relación contractual.

Por lo demás, la confesión que el Tribunal le atribuye al apoderado de la empresa, de que los pagos aludidos fueron hechos "generosamente, por espíritu de sensibilidad y de humanitarismo", no se encuentra realmente en el expediente. En la contestación de la demanda, que es la única pieza a que puede referirse el Tribunal, el apoderado dice simplemente que el Gerente de Planresidencias, una vez informado del accidente, resolvió venir atender el asunto y "por solidaridad dispuso ayudar a salir de la emergencia a Reyes y ordenó se le prestara auxilio en el Hospital de esta ciudad" (fl. 22); y agrega que él mismo, como asesor de la empresa, había instruído previamente al Gerente acerca de lo que correspondía a Reyes, habida cuenta de que el accidente no era de trabajo. Afirma en la misma contestación de la demanda que a Reyes se le advirtió "que posteriormente se arreglaría lo correspondiente a esa ayuda"; habla de que el actor le debe a la empresa la suma de \$15.663.62, alega el derecho a la compensación y propone la excepción correspondiente.

El apoderado del demandante se refiere a este cargo en su alegato de oposición y expresa que por no existir las bases necesarias para la compensación se impone sancionar la mora. Este argumento es ineficaz, como lo es el el del Tribunal fallador, porque no se trata de reconocer o no aquel fenómeno extintivo de las deudas, sino simplemente de saber si hubo hechos que dieran margen razonable a la parte demandada para discutir de buena fe la existencia de la obligación.

Si se considera que las erogaciones hechas por la empresa en las condiciones que se han relacionado, son de cuantía muy superior a la de las prestaciones deducidas, y que desde un principio hizo el reclamo de que se la compensaran, se deduce a las claras que hubo un fundamento plausible de discusión y que existe, por lo mismo, el soporte de la buena fe que se alega, el cual es digno de tomarse en cuenta como eximente de la sanción.

El Tribunal incurrió, pues, en error por no haber dado al hecho referido el alcance que tiene como causa de justificación o como indicativo de buena fe, al tratar y resolver el tema de la indemnización moratoria.

Prospera, pues, este motivo de la acusación. Y ello impone que la Corte case parcialmente la sentencia objeto del recurso, y provea, en función de instancia, lo conducente.

Tercer cargo

Reza así: "Acuso la sentencia impugnada por violación de la ley, por aplicación indebida a consecuencia de error de hecho, al determinar que se le debía pagar al actor la suma de \$2.017.00 por concepto de saldo pendiente del auxilio por enfermedad no profesional.

—Tal violación se produce al aplicar el art. 227 C. S. T., dando por sentado, a través de la indebida apreciación de las pruebas, que no se había pagado lo que ordena tal disposición".

Para sustentar el cargo dice el recurrente que hubo error de hecho porque el fallador dejó de apreciar las siguientes pruebas: a) Las posiciones absueltas por el actor, en cuanto este confesó, contestando la pregunta sexta, haber recibido el pago de los salarios del mes de junio de 1961; b) el reconocimiento que el actor hizo de la firma puesta en los recibos sobre el pago de salarios que fueron presentados por la empresa. Explica que tales recibos, que ocupan los fls. 9 a 14 del expediente, dan cuenta de que se pagaron salarios por un valor total de \$5.595.00, suma que excede lo que la empresa estaba obligada a cubrir: y afirma que el Tribunal desconoció la confesión del actor de haber recibido además el pago del mes de

junio de 1961, y rechazó el recibo por la suma de \$866.55 que ocupa el fl. 10 con lo cual violó la disposición legal que ordena el pago del auxilio por enfermedad no profesional, pues lo correcto era declarar probada la excepción de pago a este respecto.

Se considera

Los recibos a que se refiere el recurrente relacionan por concepto de salarios, hechos al señor Reyes S. en seis meses, o sea de junio inclusive a diciembre inclusive de 1961. Sumados los guarismos que figuran en ellos, excepción hecha del que ocupa el fl. 10, se obtiene un total de \$ 4.732.70. Acerca de esto el Tribunal hizo el siguiente razonamiento:

"Como resultado de las operaciones aritméticas correspondientes, se tiene que el valor total del auxilio de que trata el precitado art. 227 C. S. T. con base en el sueldo de \$1.500.00 que devengaba el actor, es de cinco mil doscientos cincuenta pesos (\$5.250.00) más el sueldo del mes de junio que lo trabajó. dan un total de seis mil setecientos cincuenta pesos (\$6.750.00). Y según los comprobantes que obran en el expediente, la empresa sólo le pagó la suma de cuatro mil setecientos treinta y dos pesos setenta centavos (\$4.732.70). Luego le quedó a deber por tal concepto la cantidad de dos mil diecisiete pesos treinta centavos (\$2.017.30) como lo dijo el Juez". Agrega el Tribunal que el recibo del fl. 10 no se toma en cuenta porque de su texto no se desprende que se refiere a sueldos recibidos.

Por consiguiente, el Tribunal sí tomó en cuenta los recibos; y los interpretó correctamente, en armonía con la respuesta sexta de las disposiciones del actor. En efecto, en los referidos comprobantes se da cuenta del pago de sueldos o salarios, incluyendo lo correspondiente al mes de junio de 1961; pero este mes debe entenderse realmente trabajado por el señor Reyes, desde luego que el accidente de que se habla en el juicio tuvo lugar el día 28 de aquel mes. Y no es otra cosa lo que explica el demandante en las posiciones, cuando habla de que le pagaron el mes de junio, "el que va había trabajado".

Por lo que se refiere al recibo del fl. 10, tampoco hicieron los juzgadores de instancia una apreciación errada. El comprobante está expedido por el señor Reyes S. a favor del señor Carlos A. Mora, e imputado a "saldo del Banco del Comercio de Barrancabermeja". En ninguna parte se dice que tal saldo perteneciera a la empresa ni que sea imputable a pago de salarios.

No se ha demostrado, pues, el error de que se acusa la sentencia recurrida y no prospera el cargo.

Consideración de instancia

Se dejó sentado en las consideraciones anteriores que prospera el segundo cargo de la acusación formulada por la parte demandada, en el cual se impugna la sentencia recurrida por haber impuesto la obligación de pagar al actor la suma de \$12.000.00 por concepto de indemnización moratoria.

Según se dijo ya, el hecho de que la empresa demandada hubiera pagado por el actor cuentas que ella no debía, daba a la misma un fundamento serio para discutir la existencia de la obligación de cubrir prestaciones sociales, alegando el fenómeno de la compensación de deudas, que es de recibo en el campo laboral. Esto, conforme a la doctrina, da una base de buena fe a la falta de pago oportuno de tales prestaciones; y siendo la buena fe una causa eximente de la sanción por mora, no cabía en el presente caso aplicar el art. 65 del C. S. T.

La Sala en función de instancia revocará, pues, lo resuelto por el Juzgador de primer grado sobre este particular, y pronunciará la correspondiente absolución.

Con base en 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 que se ha hecho mérito, pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral, en cuanto confirmó la condena impuesta por el Juzgado Laboral de la misma ciudad a la sociedad Planresidencias Ltda., de pagar a Marco Antonio Reyes S. la suma de doce mil pesos (\$12.000.00) por concepto de salarios caídos: en lugar de ello, en función de instancia, revoca la referida decisión de primer grado y absuelve a la sociedad demandada de tal obligación. En lo demás NO CASA la sentencia objeto del recurso.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES

Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores; se habla de que dichos contratos se consideran "suspendidos" hasta por el término de noventa días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos "recobrarán su vigencia", apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda.—Bogotá, junio veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Acta No. 30).

Surtido legalmente el trámite correspondiente procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra el fallo en que el Tribunal Superior de Bogotá puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario de trabajo adelantado por José Tobías Pabón Riveros contra el departamento de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial de este proceso, cuyo conocimiento correspondió al Juez Séptimo del Trabajo de Bogotá, se pidió se condenara al Departamento de Cundinamarca a pagarle al demandante José Tobías Pabón Riveros aumentos de salarios, compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas, cesantía, indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria.

Se adujeron allí como fundamento de estas

pretensiones los siguientes hechos. El demandante le prestó sus servicios al Departamento demandado en dos ocasiones: del 25 de marzo de 1958 al 7 de agosto de 1959, como profesor de mecánica, dependiente de la Secretaria de Educación, con una asignación de cuatrocientos pesos (\$400.00) mensuales, y el 6 de abril de 1960 al 12 de febrero de 1961, como mecánico segundo de los Talleres del Departamento. dependiente de la Secretaría de Obras Públicas, devengando últimamente un jornal diario de diez y siete pesos con cincuenta centavos (\$17.50), relaciones a las que puso término dicha entidad pública en forma intempestiva e injustificada. En ninguno de estos períodos disfrutó el actor de vacaciones, ni ha recibido la correspondiente compensación en dinero, ni los aumentos de salario "reconocidos y ordenados pagar por Ordenanzas, Decretos y Resoluciones Departamentales". Tampoco ha recibido la cesantía causada y las indemnizaciones correspondientes "a sus despidos intempestivos e injustificados". El demandante reclamó ante el Gobernador del Departamento, Secretario de Obras Públicas y Director de Prestaciones So-. ciales el reconocimiento y pago de las obligaciones aludidas, obteniendo como resultado la expedición de las Resoluciones número 0988 de julio 5 de 1962 y 0169 de septiembre 14 de 1962, en las que se le reconoce únicamente la suma de \$1.141.64 por cesantía y se le niegan "los derechos relativos a vacaciones, prima de servicios, calzado y overoles, subsidio familiar, aumento de salarios, indemnización por lucro cesante e indemnización por no pago" y con la advertencia de que la dicha cesantía se le reconoce sin tener en cuenta su calidad de trabajador" y la cual, por lo demás, aún no le ha sido pagada.

En la contestación de este libelo, el apoderado que designó el Gobernador del Departamento se opuso a que se hicieran las condenaciones impetradas, porque el demandante carece de "todo derecho y razón"; propuso la excepción de "petición antes de tiempo, por cuanto no está agotado el procedimiento gubernativo"; negó que el demandante hubiera

sido despedido ilegalmente y que no se le hubiera pagado la cesantía que le fue reconocida, y manifestó que los demás hechos se deben establecer dentro del juicio.

El Juez puso fin a la instancia con sentencia de 24 de mayo de 1963, en la que dispuso:

"Primero.- Condenar al demandado Departamento de Cundinamarca, a pagar al demandante José Tobías Pabón Riveros, las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan:

- "a) La suma de doscientos pesos (\$ 200.00), por concepto de vacaciones.
- "b) La suma de novecientos veintisiete pesos con cincuenta centavos (\$ 927.50), por concepto de lucro cesante.

"Segundo. Absolver al demandado departamento de Cundinamarca, de las demás peticiones contenidas en el libelo de demanda instaurada por José Tobías Pabón Riveros, mediante apoderado.

"Tercero.- No hay lugar a costas".

Apelada por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, por intermedio de su Sala Laboral, decidió la alzada en fallo de 21 de agosto de 1963, confirmado en todas sus partes el apelado y sin imponer el pago de las costas, providencia contra la cual interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual se pasa a resolver teniendo en cuenta la demanda extraordinaria y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el impugnador se case el fallo recurrido y convertida la Corte en Tribunal de instancia "condene al Departamento de Cundinamarca al reconocimiento y pago de estas sumas de dinero:

- "a) A la suma causada y no pagada por concepto de cesantía.
- "b) A la indemnización por no pago hasta el día en que se pague la cesantía, la indemnización por lucro cesante y la indemnización compensatoria por vacaciones no disfrutadas en tiempo remunerado a razón de un salario diario de \$ 17.50...".

MOTIVOS DE CASACION

Para la consecución de este resultado formula tres cargos, con invocación de la causal primera de casación del art. 87 del C. P. del T., de los cuales los dos primeros están referidos a la indemnización moratoria y el último a ésta y a la cesantía, cuyo estudio se adelanta en seguida, realizándolo en forma conjunta respecto de aquellos por su conexidad y la forma como se presentan y sustentan.

Los mentados cargos sobre el último objetivo perseguido con la impugnación, están concebidos así:

El primero.- "La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción directa por defectuosa aplicación del art. 10. parágrafo 20. del Decr. 797 de 1949 en concordancia con los arts. 10., 80. de la Ley 6a. de 1945, 11 de la misma Ley; art. 30. de la Ley 64 de 1946; art. 40., 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945; art. 10. del Decr. 2767 de 1945; art. 20. Ley 72 de 1931; Decr. 1054 de 1938 art. 10. y 80.; Decr. 484 de 1944, art. 40.; arts. 10. y 30. del Decr. 2939 de 1944".

El segundo. "La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción por errónea interpretación del art. 10. Parágrafo 20. del Decr. 797 de 1949 en concordancia con los arts. 10., 80. y 11 de la Ley 6a. de 1945; arts. 20., 30. de la Ley 64 de 1946; art. 40., 43., 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945; art. 20. Ley 72 de 1931; Decr. 1054 de 1938 arts. 10. y 80.; Decr. 484 de 1944 art. 40.; arts. 10. y 30. del Decr. 2939 de 1944".

Argumenta el recurrente para fundamentar el primero, que al tenor del parágrafo 2o. del art. 1o. del Decr. 797 de 1949 y del desarrollo que a esta norma le ha dado la jurisprudencia laboral, para los efectos de la sanción moratoria allí consagrada basta que la respectiva entidad de derecho público no le liquide y pague a sus extrabajadores cualquiera de las acreencias a que hace referencia, o sea, los salarios, las prestaciones sociales y las indemnizaciones que les adeuda, dentro de los noventa días de gracia que allí mismo se le conceden.

A pesar de esto y de que el Tribunal da por probada la existencia a cargo del Departamento demandado de obligaciones no canceladas al actor durante el referido término de gracia, como son la indemnización por lucro cesante y la compensación monetaria por vacaciones causadas y no disfrutadas, lo absolvió de la condena por el no pago de estas prestaciones dejando así de aplicar la norma en comento, que por esa mora estatuye dicha sanción.

Afirma, a su vez, para sustentar la segunda acusación, que al decir el ad quem en el fallo impugnado que no procede la condena al pago de la indemnización moratoria porque el demandante la reclamó administrativamente después de vencido el término de que trata el citado parágrafo 20. del art. 10. del Decr. 797 de 1949 y porque no hay constancia de que una vez ejecutoriadás las resoluciones en que se la reconoció hubiera procedido a firmar la cuenta de cobro a que se refiere la Ordenanza que regula lo relacionado con las prestaciones de los trabajadores departamentales, está entendiendo ese precepto en el sentido de que solo hay lugar a su aplicación cuando la entidad oficial adeuda únicamente la cesantía v que no opera si ésta se ha pagado, aun cuando existan contra ella otras acreencias de carácter laboral, siendo así que ese entendimiento es erróneo, pues como se ha visto y lo reitera, basta que no se haya cubierto alguna de las obligaciones a que la norma alude al vencerse los noventa días de gracia que otorga, para que opere la sanción indemnizatoria. La "Ley y la iurisprudencia han sido terminantes al afirmar que en presencia de varias acreencias laborales, la indemnización moratoria no se suspende, detiene o termina por la simple cancelación de una de ellas, sino por la efectividad del paz y salvo o cancelación definitiva de todas y cada una de las varias acreencias laborales".

Por haberlo entendido así dejó de aplicarlo, o lo aplicó erróneamente, a pesar de que reconoció le adeudaba al actor lucro cesante y compensación monetaria por vacaciones causadas y no disfrutadas y que la cesantía tampoco ha sido pagada.

El opositor, por su parte, simplemente manifiesta que se opone a la prosperidad de estos cargos. Del primero, por estar "acertado el concepto del Tribunal fallador en relación con este pedimento"; y del segundo, porque "el considerando del fallo, no solamente es de derecho laboral, sino de exactitud instrumental dentro del proceso".

Para resolver la Corte considera:

1. En el fallo impugnado, el Tribunal después de deducir que el demandante estuvo vinculado al Departamento de Cundinamarca por una relación contractual de carácter laboral, de conformidad con lo preceptuado por el art. 40. del Decr. 2127 de 1945, entra a estudiar las súplicas de la demanda y las decisiones sobre el particular tomadas por el Juzgado delconocimiento, concluvendo que son jurídicamente procedentes las condenaciones de la sentencia que revisa, por concepto de vacaciones. porque el Departamento no probó le hubiera concedido al actor las que le correspondían, ni que se las hubiera compensado en dinero; y el lucro cesante, por cuanto si bien obra en autos la Res. No. 990 de 16 de mayo de 1961, en la que el cargo de Pabón Riveros se declaró insubsistente, en atención a que al vencerse una licencia que se le había concedido no volvió a desempeñarlo, también es evidente que la mentada entidad pública tampoco demostró esa alegada causa de despido, por lo que "la terminación del contrato devino ilegal, dando así lugar a la indemnización" aludida.

Del propio modo encontró ajustadas a derecho las absoluciones de la referida sentencia de primera instancia y por ello, como las condenaciones anteriores, las confirma, relacionadas con el aumento de salarios, con la cesantía y con la indemnización moratoria, la primera, porque a pesar de que el correspondiente pedimento se apoyó en los aumentos dispuestos en Ordenanzas, Decretos y Resoluciones departamentales, ni se indicó el número y la fecha de expedición de estos actos, ni ellos se apareiaron al proceso. La segunda, porque "de conformidad con las copias auténticas de las Res. No. 988 de 5 de julio de 1962 y 169 de septiembre del mismo año, al demandante se le reconoció la cesantía total a que tenía derecho, sin que hubiera traído constancia a los autos de que ejecutoriadas estas resoluciones procedió a darle cumplimiento a lo dispuesto por el art. 35 de la Ordenanza No. 13 de 1957, visible a folio 50", por la cual se adopta el Estatuto de prestaciones sociales del Departamento de Cundinamarca, y porque "en el caso de que la demandada se hubiera negado a efectuar el pago de que tratan las resoluciones mencionadas, lo pertinente era iniciar una acción ejecutiva y no la ordinaria como lo hizo". Y la tercera, por las consideraciones siguientes:

"De conformidad con el Decr. 797 de 1949, parágrafo 20. del art. 10., los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al art. 40. del Decr. 2127 de 1945, se considerarán suspendidos hasta por el término de 90 días, a partir de la fecha en que se haga efec-

tivo 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 o indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador'. Vencido este término comenzará a correr la indemnización por mora, si no se le han pagado al trabajador las deudas laborales. En el caso de estudio los 90 días comenzaron a correr desde el 13 de febrero de 1961 y vencían el primero de junio del mismo año. Empero, dentro de este término la parte demandante no se preocupó por hacer ante la Administración Departamental el respectivo reclamo, pues la demanda para agotar el procedimiento gubernativo correspondiente solamente se presentó, por el apoderado del demandante, el 4 de abril de 1962, esto es, cuando va había vencido con exceso el término de que trata la disposición legal ya mencionada. Por otra parte no hay constancia en los autos, como ya se dijo, de que el demandante al quedar ejecutoriadas las resoluciones que le reconocieron la cesantía hubiera procedido a firmar las cuentas de cobro a que se refiere el art. 35 de la ya citada ordenanza No. 13 de 1957 como para que pudiera afirmarse que la entidad demandada incurrió en mora. En consecuencia se niega esta súplica, confirmándose así lo resuelto por el a quo".

2. Por lo visto, el Tribunal reconoció que el Departamento demandado adeudaba al actor las vacaciones causadas y no disfrutadas ni compensadas en dinero y que, además, lo había despedido ilegalmente, por cuyos motivos lo condenó a pagar aquellas y la indemnización por lucro cesante, no obstante lo cual v el tiempo transcurrido desde que debieron satisfacerse estas obligaciones, eximió a la entidad pública de la sanción moratoria consagrada en el parágrafo 20. del art. 10. del Decr. 797 de 1949, invocando para ello dos razones: la de que la reclamación para el agotamiento del procedimiento gubernativo solo se presentó vencido con exceso el término de gracia que el dicho precepto estatuve para la correspondiente liquidación y pago de las acreencias de que aquí se trata; y la de que el demandante tampoco procedió a firmar las cuentas de cobro para la cancelación de la cesantía que le fue reconocida en las resoluciones administrativas correspondientes, una vez que éstas quedaron ejecutoriadas, por lo que no puede afirmarse la entidad demandada hubiera incurrido en móra.

Conforme a los considerandos del invocado Decreto, por medio del cual se sustituve el art. 52 del Decr. 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6a. de 1945, la finalidad perseguida con su expedición fue la consagración de "un régimen que se ajuste a la realidad en cuanto al pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden al trabajador y las consecuencias que acarrée el incumplimiento de esta obligación", realidad derivada del trámite especial a que deben sujetarse las entidades públicas para los reconocimientos correspondientes y de los requisitos que deben cumplir previamente a todo pago que efectúen, lo que implica "demoras que no ocurren en tratándose de entidades o personas particulares, sin que ello obedezca a culpa de los funcionarios públicos".

Siendo esta la razón de ser del término de gracia concedido en el citado parágrafo 2o. del art. 1o. del Decreto mencionado, no hay duda alguna, al tenor de su propio contexto, de que despedido o retirado un trabajador oficial que ha estado vinculado a la Administración con un contrato de trabajo, los funcionarios o entidades respectivas deben proceder a efectuar. dentro de los noventa días siguientes —a esa desvinculación del servicio, la liquidación de lo que se le esté adeudando por salarios, prestaciones e indemnizaciones, y a ponerle a su disposición los valores que por cualquiera de esos conceptos resulten, o a depositarlos ante la autoridad competente, llenando naturalmente el trámite administrativo requerido para el reconocimiento y los requisitos previos exigidos para el pago o el depósito, so pena de que si no se hace esto y en la omisión se persiste al vencerse ese término, recaiga sobre la entidad pública la obligación de cubrir los salarios que se causen hasta que se satisfagan las deudas insolutas.

Ya esta Sala de la Corte había dicho en casación de 24 de abril de 1961 (G. J. T. XCV, págs. 721-722), ratificada en otras, que la subsistencia del contrato de trabajo de que habla el último inciso del mentado parágrafo 20. del art. 10. del Decr. 797 de 1949, "no tiene otra consecuencia que la de mantener a cargo de la entidad oficial la obligación sobre pago de los salarios que se causen, desde la expiración del término de gracia hasta que aquella satisfaga las deudas insolutas a su cargo, siempre que emanen de cualquiera de las tres causas que la disposición señala" y que esta misma doctrina

la había acogido en la de 11 de junio de 1959 (G. J. T. XC), en la que expresó: "Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos se consideran 'suspendidos' hasta por el término de noventa días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos 'recobrarán su vigencia', apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la prestación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que éste concluye y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente".

En estas condiciones, si como lo dice el Tribunal, y así lo revelan los autos, el término que el Departamento demandado tenía para liquidar y pagar al actor las obligaciones reconocidas en su fallo venció el 10. de junio de 1961 y por estar precisamente insolutas ordenó su cancelación, correspondíale asimismo disponer el pago al dicho demandante de los salarios que se causen desde esa fecha hasta cuando se satisfagan efectivamente las acreencias adeudadas, a título de indemnización moratoria, como se había pedido, pues el precepto en cita no reclama más condiciones que las indicadas para la aplicación de la sanción ameritada que consagra su final inciso. Es cierto que la entidad pública le reconoció la cesantía y elaboró la cuenta de cobro para que el beneficiario demandante la firmara y pudiera así el pagador cancelarla, cosa que dicho interesado no hizo, por lo que pudiera aseverarse cumplió con la obligación de liquidarla y de poner su valor a disposición del trabajador. Pero como no es esta la única acreencia a su cargo, el alegado cumplimiento de lo que le correspondía por tal concepto no lo exonera de la sanción en estudio, por lo cual es realmente fundada la censura en este cargo formulada por el recurrente.

3. Cosa distinta es la que a pesar de la mora se pueda eximir al Departamento de la sanción ameritada por haber obrado de buena fe, que es lo ocurrido aquí y que la Sala en consideraciones de instancia tendría que pregonar, por lo que la prosperidad de la acusación del casacionista no puede tener el alcance pretendido, de quebrantamiento en esta parte del fallo impugnado, por lo siguiente:

De conformidad con las copias del proceso administrativo adelantado para el reconocimien-

to de las obligaciones de que aquí se trata, (que obran en autos fls. 2 a 4, 6 a 13 y 63 a 81 del cdno. ppal.), el Director del Fondo de Prestaciones Sociales del Departamento de Cundinamarca sólo reconoció a José Tobías Pabón Riveros, por medio de la Resolución No. 988 de 5 de julio de 1962, la cesantía, y le negó las demás prestaciones reclamadas, consistentes en aumento de salarios, vacaciones, indemnización por lucro cesante e indemnización moratoria, por que el reconocimiento de estas últimas corresponde a las respectivas Secretarías de la Gobernación. Apelada ante ésta tál decisión, para que se reajustara la liquidación de la cesantía y para que se atendieran los pedimentos rechazados, el señor Gobernador la confirmó en Rs. No. 169 de 14 de septiembre de ese año de 1962, aduciendo como razón fundamental, en ponderado estudio, la de que el reclamante no estuvo vinculado al Departamento con contrato de trabajo y que su relación fue de derecho público. En esta posición persiste aquí, al negarle al actor, en la contestación de la demanda, toda razón y derecho a sus pretensiones y porque la cesantía ya le fue reconocida.

El Tribunal en la providencia impugnada tuvo en cuenta que el demandante le prestó sus servicios al Departamento en dos ocasiones: como profesor mecánico de la Secretaría de Educación, del 25 de marzo de 1958 al 7 de agosto de 1959, fecha esta última en que se le aceptó la renuncia del cargo que había presentado; y del 6 de abril de 1960 al 12 de febrero de 1961, como mecánico de los Talleres del Departamento de las obras de la Secretaría de Obras Públicas, actividad ésta en la que puso particular énfasis para deducir que "estuvo vinculado por una relación contractual laboral, con la Administración Departamental, de conformidad con lo preceptuado por el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945" y la cual -concluyó del propio modo— fue terminada ilegalmente por la entidad pública, por lo que la condenó al pago del lucro cesante por el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo de esta última relación jurídica. Se separó, por consiguiente, de la tesis gubernamental, de inexistencia de un contrato de trabajo, en atención a las labores realizadas en el período últimamente mencionado, mas no en las del primero, en las que explícitamente no se apoya para sacar dicha deducción, servicios en la docencia que determina el reconocimiento de las vacaciones, va sean la secuela de una relación contractual o de una de derecho público.

Cualquiera sea la tesis que se acerque al verdadero entendimiento del ordenamiento jurídico que regula la materia, asunto que no es pertinente definir ahora, puesto que las condenaciones por los dos conceptos a que acaba de aludirse no son objeto del presente recurso, lo cierto es que la del Departamento para en última instancia no haberlas reconocido, frente a la situación confrontada, no son completamente irrazonables, ni reveladoras, mucho menos, del ánimo de negar por negar un derecho diáfanamente indiscutible; en otras palabras, de una indudable mala fe. En estas condiciones y como lo ocurrido con la cesantía, como antes se anotó, también es susceptible de dar margen a que pueda aseverarse que el Departamento cumplió con la obligación de liquidarla y de poner su valor a disposición del beneficiario, hav que deducir que median circunstancias suficientes para pregonar la buena fe de la entidad pública demandada, que la eximen de la sanción moratoria de que se viene hablando.

En consecuencia, estos cargos no prosperan,

Tercer cargo. - Relacionado con la cesantía y la indemnización moratoria. Se lo formula así:

"La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción indirecta por error de hecho, violando los arts. 1o., Parágrafo 2o. del Decr. 797 de 1949, en concordancia con los arts. 10., 80., 11, 17 letra c) de la Ley 6a. de 1945; 1o. de la Ley 65 de 1946; 1o. y 6o. del Decr. 1160 de 1947; 2o. y 3o. de la Ley 64 de 1946; 4o. 40, 43, 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945; 1o. del Decr. 2767 de 1945; 2o. de la Ley 72 de 1931; 1o. y 8o. del Decr. 1054 de 1938; 40. del Decr. 484 de 1944; 1o. y 3o. del Decr. 2939 de 1944; 7o. del Decr. 617 de 1954; 10., 35, 38 y 42 de la Ordenanza 13 de 1957; 1625, numeral 10., 1626, 1627, 1757, 1758, 1759 del C. C.; 632 del C. J.; 61 y 145 del C. de P. del T., por no haber apreciado o apreciado mal estas pruebas:

"10. Las documentarias de los fls. 14, 39, 40, 41, 45, 49, 60, 70, 71, sobre nombramientos, tiempo de servicios, cargos desempeñados, salarios devengados por mi poderdante en las Secretarías de Educación y Obras Públicas de Cundinamarca, de marzo 25 de 1958 al 7 de agosto de 1959; y del 6 de abril de 1960 al 12 de febrero de 1961.

"20. Las documentarias de los fls. 2 a 5, 6 a 11, 12 a 13, 63 a 65, 72 a 81, sobre demandas

gubernativas, providencias recaídas, recursos concedidos, reconocimientos, Res. No. 988 de julio 5 de 1962, 0169 de septiembre 14 de 1962, originarias de la Dirección de Prestaciones Sociales, de la Gobernación del Departamento, con las constancias de su notificación y ejecutoria.

"30. La documentaria del fl. 71 de mayo 15 de 1963, o sea la cuenta de cobro, de la cesantía total, reconocida por mi poderdante, por las Resoluciones anteriores y en cuantía líquida de \$ 1.131.64.

"4a. La documentación de fl. 30 o sea la Ordenanza No. 13 de 1957".

El error se lo hace consistir en no haber dado demostrado, estándolo, que el actor prestó sus servicios al Departamento demandado en las Secretarías de Educación y Obras Públicas, con asignación de \$400.00 mensuales y \$17.50 diarios, respectivamente, en los cargos de profesor de mecánica y mecánico segundo, durante el tiempo probado; que fue declarado insubsistente el 12 de febrero de 1961, devengando el salario diario antes mencionado y una prima de Navidad de \$390,83; que en esta última fecha el Departamento adeudaba al demandante la cesantía, las vacaciones del período comprendido del 25 de marzo de 1958 al 7 de agosto de 1959 y la indemnización por su despido o lucro cesante; y que dicha entidad pública tampoco le reconoció ni pagó las anteriores acreencias al citado demandante durante el término de gracia de noventa días concedidos por la Ley, puesto que este término venció el 10. de junio de 1961.

Se inicia el desarrollo de este cargo con una exposición acerca del recto entendimiento que el recurrente considera debe darse al parágrafo 2o. del art. 1o. del Decr. 797 de 1949, del que insiste se separó el Tribunal y como consecuencia de su errónea interpretación de ese precepto, "a través de la no apreciación o mala apreciación de dichas pruebas enunciadas", no lo aplicó en el caso de autos, al no condenar al pago de la indemnización moratoria, alegando circunstancias que él no reclama para su operancia y a pesar de que las aludidas probanzas establecen los requisitos que para esto último se exigen, como son la fecha cierta de la terminación del contrato de trabajo y de su relación laboral; que en esta oportunidad existían acreencias laborales, por salarios, prestaciones e indemnizaciones; y que al vencimiento de los noventa días, contados desde la mentada terminación, no se habían cancelado al trabajador oficial tales obligaciones.

Anota luego que tampoco condenó el ad quem a la entidad demandada a pagar la cesantía, no obstante que la prueba documental del fl. 71 demuestra que a pesar de haberse elaborado la cuenta de cobro correspondiente por esa prestación, no fue cancelada a su beneficiario, sin que valga la excusa, para la absolución que el actor "ante la negativa de su pago lo pudiera obtener mediante el respectivo juicio ejecutivo, por cuanto el hecho de que no hubiera ejercido esta acción, no exoneraba al Departamento de Cundinamarca al pago de la misma, y por ende, a su respectiva condena", lo mismo que al de la indemnización moratoria por no haberse cancelado dentro del término de noventa días.

El opositor observa, a su vez, que "es' jurídica la aplicación del fallo acusado, e inexistente frente del art. 65 del C. S. T. la oposición formulada por la demanda".

Para resolver, la Corte considera:

En atención a que de conformidad con el numeral 10. del art. 87 del C. P. del T. el error, en la casación laboral, presenta dos modalidades: la de la errónea estimación de una prueba determinada y la de su falta de apreciación, y a que estas dos actividades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el elemento probatorio y lo valora y en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir, como es apenas natural, concepto alguno, la jurisprudencia ha reclamado insistentemente que cuando en este recurso extraordinario se censura una decisión por error de hecho o de derecho, se deben señalar por el recurrente las pruebas cuya falta de apreciación o equívoca estimación dio lugar al error atribuído, manifestando cuáles fueron apreciadas, si bien equivocadamente, y cuáles no lo fueron, y observando, además, que en el mismo cargo no cabe el ataque simultáneo por falta de apreciación y por apreciación errónea de la misma prueba.

No se acomoda a esta técnica del recurso la formulación del presente cargo, pues allí se dice que a los errores de hecho que se mencionan se llegó "por no haber apreciado o apreciado mal" las pruebas que se enumeran, pero sin distinguir cuáles de ellas se estimaron equivocadamente y cuáles no fueron apreciadas. Esta situación no se mejora en el desarrollo de la impugnación, pues excepción hecha de la referencia que en esta parte se hace a la prueba documental del fl. 71, como demostrativa del no pago de la cesantía, cosa que no ha negado el ad quem, tal como se verifica con la lectura de lo atrás transcrito del fallo acusado sobre indemnización moratoria, no se manifiesta cuáles de las otras no fueron tenidas en cuenta y cuáles apreciadas erróneamente. Y lo que es más: no se indica claramente en qué forma y por qué se contrarió por el fallador de segundo grado el recto sentido que de ellas mismas se desprende, como que se concreta a analizarlas para deducir, conforme a su personal criterio, que establecen los requisitos que legalmente hacen posible la condena al pago de la cesantía, a pesar de haber sido ya reconocida por la entidad demandada. v de la indemnización moratoria.

Estas deficiencias y la imposibilidad de que la Corte, so pena de contrariar la técnica de este recurso de casación, oficiosamente determine cuáles pruebas dejaron de estimarse y cuáles se apreciaron equivocadamente, en vista del alegato memorado, impiden la admisión de esta acusación, la que, por lo mismo, no prospera.

No obstante el insuceso del recurso, como hubo necesidad de hacer una rectificación doctrinaria a la tesis del ad quem cuando se estudiaron los dos primeros cargos, hay que eximir al recurrente del pago de las costas del mismo.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia aquí proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por intermedio de su Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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

Carlos Peláez Trujillo, J. Crótatas Londoño, José Enrique Arboleda Valencia.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION

(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 45).

El señor Antonio Vernetti, por conducto de apoderado, inició juicio ordinario laboral contra la sucesión de Giovanni Roberto Croce, representada por sus herederos Stefano, Ernesto v Carolina Croce, a fin de obtener el pago de cesantía, primas de servicio y vacaciones por el tiempo comprendido entre el 1o. de abril de 1963 y el 27 de marzo de 1967, el reajuste de salarios en todo el tiempo servido con fundamento en lo que se demuestre en el juicio, el cual se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones mencionadas antes, el valor del último mes de salario, la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C. S. del T. y las costas del juicio.

Alegó en su favor los siguientes hechos:

10. Que prestó servicios personales a Giovanni Roberto Croce directamente y luego a su sucesión en una de sus empresas la "Industria Papelera Andina Colombiana 'IPAC', ubicada en el Municipio de Soacha, como administrador de la misma;

20. Que su vinculación con el Sr. Croce primero y luego con su sucesión comenzó el 10. de abril de 1963 y terminó el 27 de marzo de 1967:

30. Que su último salario mensual fue de \$3.000,00 y además disfrutaba de uno en especie ya que residía en una casa de habitación contigua a la fábrica, distinguida con el número 5-41 de la carrera 13, que le dio Croce para el buen desempeño de sus labores como administrador de la fábrica;

40. Que fue despedido unilateral e ilegalmente el 27 de marzo de 1967:

50. Que la sucesión de Giovanni Roberto Croce cursa en el Juzgado 50. Civil Municipal de Bogotá, pero que ignora el domicilio de sus herederos;

60. Que al no valorarse expresamente en el contrato de trabajo el salario en especie, debe estimarse pericialmente en el juicio: v.

70. Que no se le han pagado debidamente los derechos y acreencias laborales que reclama.

Conoció de la demanda el Juzgado Tercero (30.) Municipal del Trabajo de Bogotá, el cual con fundamento en la manifestación del demandante sobre que ignoraba el domicilio de los herederos representantes de la sucesión demandada, les nombró curador para la litis, previo el cumplimiento de las formalidades procesales de rigor.

Contestada la demanda por el Curador, éste se opuso a que se hicieran las condenas impetradas, manifestando además, no constarle ninguno de los hechos en que se apoya la acción. No propuso excepciones.

La mayor parte de la actuación en la primera instancia se surtió sin la presencia del curador ad litem, quien limitó su actividad a contestar la demanda.

Solamente en la cuarta audiencia de trámite dos de los herederos, los señores Stefano y Ernesto Croce, confirieron poder para ser representados en el juicio, el cual en su primera instancia terminó con sentencia de fecha 22 de abril de 1968 mediante la cual se condenó a la sucesión del señor Giovanni Roberto Croce, representada por sus herederos Stefano, Ernesto y Carolina Croce a pagar al demandante las sumas que por los conceptos que se indican, se detallan a continuación:

a) Por cesantía, \$8.775,56;

b) Por primas de servicios, \$7.150,00;

- c) Por vacaciones, \$ 4.387,76;
- d) Por salarios insolutos, \$400,00;
- e) Por indemnización a causa de despido, \$6.587,77;
- f) Por indemnización moratoria, \$73,33 diarios a partir del 28 de marzo de 1967 hasta cuando le sean cubiertos los valores a que hace referencia el fallo (art. 10.).

El Juzgado absolvió al demandado de las restantes peticiones del libelo (art. 20.); declaró probada oficiosamente la excepción de pago parcial, hasta por \$3.724,89, ordenando descontar esta cantidad del monto de las condenas (art. 30.), e impuso las costas de la instancia a la parte demandada (art. 40.).

Contra esta providencia apelaron tanto el apoderado del actor como el de los señores Ernesto y Stefano Croce.

Una vez concedida la apelación se tramitó el recurso en el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Corporación que decretó oficiosamente algunas pruebas y luego desató la alzada pronunciando por mayoría el 9 de agosto de 1968 sentencia de segunda instancia, en la cual modificó la de primera reduciendo algunas de sus condenas y fijando su importe así:

- a) La prima de servicios en la cantidad de \$1.763,87; y
 - b) Las vacaciones en \$ 294,42.

Reformó igualmente la cuantía de la indemnización por despido, la cual señaló en la suma de \$7.675,51 (numeral 10.). Modificó la fecha desde la cual se condenó al pago de salarios caídos, señalando para ello, como iniciación de la sanción, el día 27 de marzo de 1967 (numeral 20.). Confirmó en lo demás la sentencia apelada (numeral 30.) y no impuso costas en la instancia (numeral 40.).

Contra esta sentencia, de la cual disintió el Magistrado doctor José Eduardo Gnecco C., interpuso recurso de casación el apoderado de los señores Stefano y Ernesto Croce, el cual, luego de algunas incidencias fue concedido y admitido por la Corte y pasa a decidirse con vista en la demanda sustentatoria y su réplica, escritos ambos presentados en tiempo.

EL RECURSO

Con el recurso se pretende la casación par-

cial de la sentencia acusada "en cuanto modificó las condenas proferidas por el a quo en relación con las indemnizaciones por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y moratoria, y que como Tribunal de Instancia", modifique la sentencia del a quo en el sentido de condenar la primera liquida únicamente con fundamento en el salario en dinero, y revoque la segunda absolviendo a la sucesión de la mencionada súplica (Alcance de la Impugnación).

Expresa a continuación las causales o motivos de la casación fundamentándolos en la causal 1a., art. 60 del Decr. No. 528 de 1964, para lo cual formula dos cargos que pasan a estudiarse.

Primer cargo:

Se hace consistir en que la sentencia del Tribunal "es violatoria, por infracción directa, del art. 65 del. C. S. T., en relación con los arts. 1608 del C. C., 127 y 129" de la primera de las obras citadas, de la obligación 4a. del art. 57 y de los arts. 187, 189, 249 y 306 ibídem.

En la demostración del cargo el recurrente hace un análisis del art. 65 mencionado y dice que la consignación que hace el patrono de la suma que confiese deber, equivale al pago oportuno de los salarios y prestaciones debidos y lo exonera de incurrir en mora. Dice que el demandado en el juicio obró en esta forma, pero que a pesar de ello el Tribunal infringiendo el art. 65, revelándose contra él, condenó a la sucesión a pagar la indemnización moratoria, con esta consideración: "Como a la terminación del contrato de trabajo la parte demansolo consignó una mínima (\$3.724,89) de lo debido al trabajador por salarios y prestaciones sociales, se hizo acreedora a la sanción prevista en el art. 65 del C. S. del T.". ·

Agrega que, si esto lo encontró así el Tribunal fue porque la misma Corporación dedujo la cuantía de las condenas después de un juicio controvertido y que en estos casos no puede sancionarse al patrono cuando antes del litigio consigna lo que confiesa deber con base en los factores ciertos existentes a la terminación del contrato de trabajo.

Afirma el acusador que si en este pleito no existió duda acerca del derecho del trabajador a sus prestaciones, sí la hubo en relación con la cuantía de las mismas, por la circunstancia de no haberse estimado el monto del salario en especie en el contrato, ni valorado pericialmente durante su ejecución, como lo prevé el art. 129 del C. S. del T.: que "solo dentro del juicio. y mediante la apreciación de los falladores del respectivo dictamen, vino a fijarse el valor del salario en especie": que como consecuencia de todo lo anterior el patrono, a la terminación del contrato, solo tuvo como elemento cierto para liquidar las prestaciones del demandante, el valor del salario en dinero, y fue con base en él que hizo las respectivas liquidaciones y para dar cumplimiento al art. 65 consignó lo que confesaba deber, no en forma y cuantía arbitraria sino muy proporcionada a lo debido en ese momento pues no podía prever el valor que pericial o judicialmente se le asignara al arrendamiento de la casa, sin poderlo fijar unilateralmente.

Concluye el acusador reafirmando lo dicho al comienzo, en el sentido de que el Tribunal se rebeló contra lo dispuesto en el art. 65 del C. S. del T. al imponer una sanción cuando ella no era procedente y desconociendo lo preceptuado en el art. 1608 del C. C., que señala los casos de mora, y en donde, "a contrario sensu", se dice que el deudor no está en mora cuando ha cumplido sus obligaciones dentro del término señalado, lo que hizo el demandado en este juicio, al cancelar los salarios, primas de servicio, auxilio de cesantía y vacaciones, mediante consignación válida, dentro de los términos señalados en el ord. 4o. del art. 57 del C. S. del T., 187, 189, 249 y 306 de la misma obra.

Por su parte, al opositor critica el cargo en su formulación y sostiene con cita de algunas juriprudencias que, en caso de haber existido alguna violación del art. 65 ésta no pudo ocurrir por la vía directa, sino por la indirecta y a través de error de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas y, que por esta sola razón debe desecharse el cargo.

Consideraciones de la Sala

En este juicio no se ha discutido en ninguna forma la existencia del contrato de trabajo que ligó al demandante con el señor Giovanni Roberto Croce y que continuó con sus herederos. Tampoco fue materia de discusión el hecho de que la sucesión de Croce estuviera representada por Stefano, Ernesto y Carolina Croce. Se ha controvertido el derecho del demandante en relación con algunas prestaciones e indemnizaciones y la cuantía o base con la cual debían liquidarse todas.

Aclarado lo anterior pasa la Sala a examinar el cargo formulado.

El recurrente adopta en la demostración del cargo varias posiciones contradictorias. De una parte, y en forma simple, analiza primero el art. 65 para concluír que la sanción moratoria no es procedente cuando el patrono consigna lo que confiesa deber. Que esa consignación para él es liberatoria de la sanción. Pero luego afirma que "la suma consignada por el patrono, al tenor de lo dispuesto por el art. 65, debe guardar relación con lo que se debe por salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, obligaciones que deben estar claramente determinadas". "Pero cuando el monto real v definitivo de las obligaciones sólo viene a fijarse mediante la sentencia proferida en un juicio, no puede sancionarse al patrono si éste cumplió con la obligación de consignar lo que confesaba deber, y obtuvo esta suma tomando como base los factores existentes a la terminación del contrato de trabajo".

Esta crítica conduce desde luego a poner de presente cómo se está discutiendo una situación de hecho, de prueba, que se pone más de relieve si se examina la conclusión de la demostración del cargo. En efecto, allí se confronta el art. 65 del C. S. del T. con una serie de elementos fácticos como el que el deudor cumpla o no sus obligaciones dentro del término señalado, en este caso la consignación y con ella el pago de los salarios, primas, cesantía y vacaciones, que hizo el demandado, según el recurrente.

De otra parte, para el recurrente sólo podían liquidarse las prestaciones de Vernetti con base en su salario en dinero, pues el salario en especie solamente vino a señalarse cuando se apreció por los falladores de instancia la prueba pericial practicada en el juicio.

Al afirmar que la suma consignada a favor de Vernetti, no tenía un valor arbitrario, írrito, sino que guardaba relación con las obligaciones que en el momento de la consignación se tenían para con el actor, está el recurrente fundamentándose en otro elemento de hecho, y si, finalmente, como lo considera el censor, en el juicio no existió duda acerca del derecho, pero sí la hubo respecto de la cuantía de las pres-

taciones del demandante, no puede prosperar un ataque de la sentencia, en cuanto a la indemnización por mora, por la vía directa, ya que ella presupone la violación de la norma independientemente de toda cuestión probatoria y con exclusión completa de errores de hecho o de derecho, cuestión ésta distinta a lo que en realidad estudia el recurrente.

No prospera el cargo.

Segundo cargo:

Se acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, de los arts. 80. del Decr. 2351 de 1965, 1613 y 1614 del C. C., en relación con los 127 y 129 del C. S. T.

En la demostración del cargo se dice que según el art. 80., del mencionado Decreto "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" y que esta indemnización "comprende el lucro cesante y el daño emergente". Que por su parte, el art. 1614 del C. C. define el daño emergente como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento. Afirma que el citado art. 80. señala también la cuantía de las indemnizaciones, sin decir como se expresaba en el art. 64 del C. S. del T., si ellas correspondían o al daño emergente o al lucro, pero que sin importar esta distinción sólo se causan cuando se ha producido la pérdida del salario o se ha dejado de ganar. Concluye esta parte de su argumentación indicando que, en el supuesto de que el demandante hubiera sido despedido injustamente, el daño sufrido ha debido compensarse con el salario que perdió o dejó de ganar y que estando demostrado en autos que no dejó de habitar la casa, mal ha podido sumarse al salario en dinero la renta mensual de la casa en que vivía y que por lo tanto, el Tribunal infringió el art. 80. del Decr. 2351 de 1965 y el 1614 del C. C.

Por su parte el opositor dice que en este cargo, como en el anterior, el recurrente basa su acusación en circunstancias de hecho colocándose en situación de plantearlo, no como infracción directa de la ley, sino como violación indirecta de la misma a través de errores de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas y que por tanto, estando mal formulado, no debe prosperar.

Se considera:

En este cargo se ataca la base que tuvo en cuenta el Tribunal para liquidar la indemnización establecida en el art. 80. del Decr. No. 2351 de 1965, por cuanto se dice, que estando demostrado en el expediente, que el demandante habitaba la casa que le había sido proporcionada como salario en especie, el valor del mismo no podía sumarse al del convenido en dinero para formar así el "salario real" y con fundamento en él hacer la liquidación de la indemnización por despido injusto.

Claramente se ve al examinar este cargo que la censura radica en cuestiones de hecho que hacen ineficaz el ataque a través de infracción directa de ley sustantiva. En estas condiciones el cargo se rechaza.

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 el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Juan Benavides Patrón, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION (Técnica)

La acusación debe enderezarse, so pena de resultar frustránea, a destruir el soporte en que reposa el fallo del ad quem.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 46).

Se decide el recurso de casación concedido a la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario laboral del doctor Carlos Arturo Gutiérrez contra la sociedad denominada "Plásticos y Productos Químicos S. A." (Plastiquímica), en liquidación.

Según la demanda, el doctor Gutiérrez prestó servicios a la entidad demandada, como Secretario, por designación de la Junta Directiva, en el período comprendido del 13 de marzo de 1963 al 31 de marzo de 1964, servicios que no le fueron reconocidos en forma alguna, como tampoco las prestaciones sociales correspondientes. El actor admite en el libelo que no se pactó expresamente el salario entre las partes contratantes, pero dice que las funciones de Secretario de la compañía demandada aparecen claramente especificadas en la escritura de constitución social, que es la número 378 del 6 de febrero de 1961 de la Notaría 7a. del Circuito de Bogotá, de la cual consta que el doctor Gutiérrez fue nombrado Secretario de Plastiquímicas, en reemplazo del doctor Pedro Gómez Valderrama, el día 13 de marzo de 1963, conforme al Acta No. 5 de la Junta Directiva de esa misma fecha.

Basado en estos hechos el demandante pide que se condene a la empresa demandada a pagarle el valor de los salarios insolutos, en la cantidad que resultare demostrada en autos, durante todo el tiempo a que se extienden los servicios prestados a la demandada, más las prestaciones sociales respectivas, en especial la cesantía y la prima de servicios. Demanda igualmente el pago de la indemnización moratoria, que se hagan todas las declaraciones y condenas extra y ultra petita que sea necesario pronunciar, y las costas del juicio.

Al libelo respondió la parte demandada oponiéndose rotundamente a la acción, negando sus hechos fundamentales y principalmente la prestación de servicios laborales por el doctor Gutiérrez, por lo cual no hubo lugar a salarios ni prestaciones sociales a su favor ."Como no existió ninguna vinculación laboral entre la sociedad demandada y el actor, tampoco hubo lugar a convenio sobre remuneración y por tanto, no es aplicable el art. 144 del CST, pues no hay el punto de referencia que exige tal norma para establecerlo. La demandada no tuvo oportunidad de llevar a cabo ninguna labor que demandara los servicios de empleado alguno".

La primera instancia de esta litis cerró con fallo absolutorio que dictó el Juzgado Primero Laboral Municipal de Bogotá, apelado el cual por la parte demandante, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 4 de febrero de 1967.

El recurso de casación del actor, sustentado a su debido tiempo, se endereza a que la sentencia que acusa "sea revocada y en su lugar se hagan todos y cada uno de los pronunciamientos impetrados en la demanda, se condene a la sociedad demandada al pago de las costas de la primera y de la segunda instancia, del mismo modo que al pago de las costas del recurso extraordinario".

Bajo el enunciado genérico de estimar violados los arts. 23, 24, 27, 140, 142 y 144 C. S. T., este último en concordancia con el art. 705 C. J. y 51 CPL, más los arts. 187 numeral 20., 189 y 199 del Decr. 2521 de 1950 en concordancia con el art. 90. del Decr. 2831 de 1952 y art. 593 del C. J., el recurrente formula diez cargos contra la sentencia, en cada uno de los cuales pretende señalar la norma o normas infringidas y el respectivo concepto de la violación; según se transcribe a continuación:

"10. Se viola por el Tribunal y es la sentencia violatoria del art. 23 del C. S. T., al estimar que no existe contrato de trabajo por falta del tercer elemento previsto en esa disposición, un salario como retribución del servicio y por este aspecto existe apreciación errónea, porque los tres elementos del contrato laboral existen inclusive el salario.

"20. Es, violatoria la sentencia del art. 23 del C. S. T. por falta de apreciación de las pruebas que a continuación enumeramos, circunstacia que aparece de manifiesto en los autos:

"A fl. 11 dentro (fl. 11 vto.) del Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, adjuntado a la demanda y mandado tener como prueba dentro de la audiencia visible al fl. 26 punto octavo del decreto de pruebas de la parte actora en donde se lee: "80. Téngase como pruebas en cuanto haya lugar en derecho los documentos a que alude la demanda en sus puntos 70. (subrayo) etc." consta que fueron electos como liquidador el Sr. Alvaro Peña y como suplentes los señores Pedro Barrero y Francisco Barrueta y que se registró en dicha Cámara el extracto del acta de la Asamblea General de Accionistas efectuada en marzo 31 de 1964.

A fls. 41 y 42, dentro del Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, por orden del Juzgado del conocimiento dictada en el punto 70. del decreto de pruebas visible al fl. 26, consta que fue elevada a escritura pública el Acta de la Asamblea General de Accionistas celebrada el 31 de marzo de 1964.

Así consta y está demostrado plenamente el cumplimiento de los arts. 187 numeral 20. del Decr. 2521 de 1950 y 189 ibídem, en concordancia con el art. 40. del Decr. 2831 de 1952.

En las normas que acabo de citar se establece que es causal de disolución de una sociedad la decisión de la Asamblea General de Accionistas, adoptada de conformidad con los estatutos y solemnizada en la forma legal, solemnidad que consiste en elevar la decisión a escritura pública como aquí se hizo, y registrar en la Cámara de Comercio en la forma prevista para los permisos de funcionamiento como en efecto ocurrió.

Así las cosas tenemos que tal como se dijo en la demanda el tiempo de servicios del Dr. Carlos Augusto Gutiérrez a la sociedad demandada, va desde el día 13 de marzo de 1963, conforme al acta No. 5 de la Junta Directiva, hallada valedera en las inspecciones oculares, publicada en el Boletín de la Cámara de Comercio de Bogotá, página 75, que obra a fl. 13 y que está debidamente autenticado, hasta el día 31 de marzo de 1964 fecha en que está acreditado se liquidó la sociedad.

"3. Es violatoria la sentencia de los Dcrs. 2521 de 1950 arts. 187 numeral 20. y 189 ibídem y del Decr. 2831 de 1952 art. 90. por infracción directa de las mismas, al no haberlas tenido en cuenta, al haberlas pasado por alto.

"Es apenas de lógica elemental concluir que si conforme al art. 199 del Decr. 2521 de 1950. el liquidador es verdadero mandatario y representante legal de la sociedad en juicio y fuera de él, reemplaza al Gerente, a la Junta Directiva y desde luego al Secretario y solo debe sujetarse a la Ley y a la Asamblea General, por disposición de la misma lev que la autoriza a reunirse aunque la sociedad esté en liquidación (art. 202 ibídem). Y en el caso del Dr. Gutiérrez hay que admitir que su tiempo de servicios terminó al decretarse la liquidación de Plastiquímica el 31 de marzo de 1964, por estar demostrado que en esa fecha se liquidó la sociedad v por no estar demostrado que al Dr. Carlos Augusto Gutiérrez se le hubiese reemplazado antes, por renuncia aceptada o por destitución y se le hubiese nombrado por la Junta Directiva un sucesor, de conformidad con los estatutos de la entidad demandada.

"Habiendo probado el actor su elección o nombramiento el 13 de marzo de 1963 y la liquidación de la sociedad el 31 de marzo de 1964, correspondía a la entidad demandada, probar que el actor dejó de ser Secretario de la compañía antes del citado 31 de marzo de 1964 y como esa prueba no se aportó, es erróneo interpretar que en algún momento durante dicho lapso el demandante dejó de ocupar su cargo o afirmar que el actor no demostró hasta qué fecha estuvo en disponibilidad de prestar sus servicios para hacerse acreedor a la aplicación del art. 140 del CST.

"40. En estas condiciones es violatoria la sentencia por infracción directa del art. 24 del C. S. T., ya que no fue desvirtuada la presunción

de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

"50. Es violatoria la sentencia del art. 27 del C. S. T. por infracción directa del mismo, que establece que todo trabajo dependiente debe ser remunerado, porque absolvió a la sociedad demandada en cuanto al pago al demandante de salarios y prestaciones sociales y en las mismas condiciones se violaron los arts. 140 y 142 ibídem, porque el fallo atenta contra la irrenunciabilidad del salario y de las prestaciones.

"60. Es violatoria la sentencia del art. 140 del CST por infracción directa, al manifestar que el actor no era acreedor a que el dicho art. 140 le fuese aplicado, ya que si no hubo una prestación de servicios más intensa de la que está probado ocurrió, ello se debió a disposición del patrono y no a causas imputables al trabajador.

"Y si bien es cierto que la sociedad pudo desarrollar muy poca actividad, no es cierto que el actor no la desarrollase al servicio de la demandada, ya que no solo fue secretario sino miembro suplente de la Junta Directiva, lo cual lo colocaba precisamente en disponibilidad permanente de prestar sus servicios a la demandada, como dice el Tribunal y en condición de acreedor a la aplicación el art. 140 del C. S. T.

"Si el Tribunal así no lo consideró, ello se debió a la falta de apreciación de la prueba que obra al fl. 13, Boletín de la Cámara de Comercio de Bogotá debidamente autenticado página 76, documento con el cual se demuestra tal calidad de miembro suplente de la Junta Directiva en el Dr. Carlos Augusto Gutiérrez.

"80. Establecido que no hubo falta de estipulación del salario, es violatoria la sentencia, del art. 144 del C. S. T., al no aplicarlo, por infracción directa del mismo, y del mismo modo se violó el art. 705 del C. J., máxime si se tiene en cuenta que el peritazgo no fue objetado por las partes.

"A esta violación del art. 144 ya citado llegó el Tribunal como consecuencia de las apreciaciones erróneas ya establecidas y de la falta de apreciación de pruebas.

"90. Es violatoria la sentencia del art. 51 del C. de P. Laboral y de los arts. 722 y 723 del C. J. por error de hecho en la apreciación del peritazgo, ya que únicamente fue estimado a me-

dias y no se le dio la validez plena que para esta clase de pruebas prevén las leyes.

"100. Es violatoria la sentencia por infracción directa del art. 593 del C. J. aplicable por analogía y en concordancia con el art. 61 del C. de P. L. que aquí también se viola, ambos por infracción directa, al no haber formado libremente su convencimiento inspirándose en los principios que inspiran la crítica de la prueba, principios científicos, ni a las circunstancias relievantes del pleito, ni a la conducta procesal observada por las partes, a más de que la determinación judicial no fue fundada en hechos que aparecieron demostrados de manera plena y completa según la ley por medios probatorios conocidos universalmente con el nombre de pruebas".

El opositor al recurso comienza por declarar que en su concepto la demanda de casación no reúne los requisitos de técnica especial que la hagan atendible, pues los cargos no contienen ni la modalidad de la infracción, ni su fundamentación, como tampoco su incidencia en la parte resolutiva de la sentencia. A continuación analiza uno a uno los cargos formulados y precisa debidamente los defectos de técnica de que están plagados.

La Corte examina en conjunto la acusación.

La formulación de los cargos, en primer lugar, adolece del gravísimo defecto que los hace inestimables de no contener una proposición jurídica completa, ya que la casi totalidad de ellas acusa como infrigidas reglas jurídicas que, aunque algunas de carácter sustantivo, aparecen como simplemente normativas, ya que no difinen ni instituyen los derechos laborales que el actor pretende en la litis. Por ningún lado se indican como violadas en la sentencia las normas que consagran el derecho a cesantía, prima de servicios e indemnización moratoria. Solo el cargo 50, hace mención, como infringidas directamente, de algunas disposiciones que regulan el salario, como los arts. 27, 140 y 142 del CST.

Pasando por alto otras faltas de técnica formal, se observa que la acusación del recurrente gira en torno de la supuesta infracción en que incurrió el ad quem de las normas legales que estructuran el contrato de trabajo y su condigna remuneración. (arts. 23, 24, 27, 140, 142 y 144 C. S. T.). En los cargos en que el impugnador señala el quebranto de normas sustanciales de derecho laboral, se refiere a la vio-

lación de las mencionadas, ya por infracción directa, ora por errores de hecho en la apreciación de las pruebas. Pero el ataque aparece inapropiado en cualquier caso, porque el Tribunal no ignoró aquellos preceptos, ni se rebeló contra ellos, ni tampoco desconoció que la labor del demandante al servicio de la empresa merecía alguna remuneración. Al contrario de lo que plantea la acusación, el ad quem halló debidamente estructurados en el proceso dos de los elementos que conforman el contrato laboral: la prestación personal del servicio y la subordinación jurídica. En cuanto al tercero, la remuneración, encontró que las partes no la habían estipulado en ninguna forma y que el actor no recibió retribución por sus servicios, por lo cual "de acuerdo con lo dispuesto en el art. 144 del C. S. del T., sería el caso de tomar como base para cualquier liquidación a que hubiere lugar la suma a que se refiere el perito en su dictamen de fls. 105 a 109, es decir, la mínima mensual de \$5.000,00".

O sea, que en cuanto al tercer elemento de la relación laboral, el Tribunal estimó que habría lugar a deferir al dictamen pericial que fijó la remuneración mensual del demandante en la suma expresada. Con todo, se abstuvo de hacer la liquidación correspondiente, decidiendo confirmar el fallo del primer grado, al no hallar establecido en el juicio uno de los extremos fundamentales de la relación laboral, cual es el tiempo de servicio, "porque no hay en el expediente -dice el ad quem- una sola prueba que demuestre hasta qué fecha el doctor Gutiérrez prestó sus servicios a la sociedad demandada, ya que el solo hecho de que en 1964 aparezca firmando el Libro de Actas una persona diferente no comprueba que hasta esa fecha hubiera desempeñado sus funciones el actor, máxime cuando los declarantes se refirieron a la poca actividad de la sociedad y era imperativo por parte del demandante demostrar por lo menos hasta qué fecha estuvo en disponibilidad de prestar sus servicios para poderse hacer acreedor a la aplicación del art. 140 del C. S. T. Al no comprobar el demandante actividad distinta a la de servir de Secretario en la forma de que dan cuenta las dos actas examinadas en la inspección ocular, sin acreditar actividades posteriores de ninguna índole, falta en el presente juicio un extremo indispensable para cualquier sentencia condenatoria, que es el tiempo de servicios".

El fallo del Tribunal descansa, por lo tanto, en la consideración fundamental, distinta de los supuestos en que lo coloca el recurrente, de no haberse establecido uno de los extremos de la relación laboral que la doctrina y la jurisprudencia siempre han exigido, como es el tiempo de servicio debidamente comprobado. ya que sin acreditar este factor no es posible la liquidación cierta de salarios y prestaciones. La acusación debió enderezarse, por tanto, so pena de resultar frustránea, a destruir el soporte en que reposa el fallo del ad quem, ubicando el cargo en el terreno del error nacido de la incorrecta apreciación o de la falta de apreciación de determinadas y singulares pruebas. demostrando su calidad de evidente y su incidencia en la solución que la sentencia da al litigio. Ninguna de estas exigencias cumplió el recurrente en el desarrollo y demostración del cargo o cargos que se originan en supuestos errores de hecho atribuídos al sentenciador.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Blas Herrera Anzoátegui, Conjuez.

Vicente Mejía Osório, Secretario.

Reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que en casación no es admisible el cargo por quebrantamiento de todo un código, toda una ley o todo un decreto ejecutivo, "sin que se exprese el artículo o la disposición del respectivo estatuto concretamente violado".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, junio treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Acta No. 44).

Eva Mendoza de Fernández, por medio de apoderado, demandó al Distrito Especial de Bogotá, ante el Juzgado Séptimo del Trabajo, con el objeto que se decreten la reanudación del contrato y el reintegro de la demandante al cargo de barrendera de las oficinas del Distrito y se le condene al pago de los salarios caídos, del preaviso, de los aumentos de salarios, del contrato presuntivo de trabajo y de los intereses legales, con apoyo en los siguientes bechos:

Que la señora de Fernández trabajó al servicio del Distrito Especial, desde el 2 de noviembre de 1948, hasta el 20 de diciembre de 1954; que durante dicho lapso desempeñó el cargo de barrendera de oficinas; que el último jornal devengado por la demandante fue de \$3,93; y que, dentro de los noventa días subsiguientes no se la han pagado "ni el auxilio (sic) ni los salarios de preaviso".

Al contestar la demanda el Personero manifestó que por ser ilegal el art. 40. del Decr. 2127 de 1945, por cuanto regula materias no contempladas en la Ley 6a. de 1945, afirma que "no existe contrato de trabajo entre la señora Eva Mendoza de Fernández y el Distrito Especial de Bogotá". Y propuso a continuación las siguientes excepciones perentorias: incom-

petencia de jurisdicción, carencia de acción y de título, prescripción, pago "o como las califique el señor Juez" y las demás que resulten demostradas en el curso del juicio. Propuso tam bién la dilatoria de inepta demanda, que fundamentó en el hecho de no haberse agotado la vía gubernativa en el presente negocio, cuya prueba dijo, "es el mismo expediente".

Surtidos los trámites procesales, el juzgado del conocimiento dictó sentencia, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Primero. Declarar probada la excepción perentoria de prescripción, en cuanto al reajuste de salarios, únicamente por el lapso comprendido entre el primero (10.) de enero de mil novecientos cincuenta (1950) al veinte (20) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

"Segundo.- Declarar no probada la excepción de incompetencia de jurisdicción, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"Tercero. Condenar al demandado Distrito Especial de Bogotá, representado por el señor Personero Distrital, a pagar a la demandante Eva Mendoza de Fernández, las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) La suma de cuatro pesos con veintidos centavos (\$4,22) por concepto de aumento o reajuste de salarios, a razón de cuarenta y dos centavos (\$0,42) diarios a partir del veintiuno (21) de agosto de mil novecientos cincuenta y tres (1953) hasta el veintitrés (23) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

"b) la suma de ciento cincuenta y cuatro pesos con cinco centavos (\$ 154,05), por concepto de indemnización por lucro cesante, correspondiente a treinta y nueve (39) días.

"Cuarto.- Absolver al demandado Distrito Especial de Bogotá, de las demás peticiones

contenidas en la demanda instaurada por Eva Mendoza de Fernández, mediante apoderado.

"Quinto.- Sin costas".

Subidos los autos al Tribunal Superior y agotados ante la Sala Laboral del mismo los trámites de rigor, con fecha primero de marzo de 1961, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante mediante la confirmación de la sentencia de primer grado a la vez que se abstuvo de hacer condenación en costas.

La señora de Fernández interpuso recurso de casación por medio de apoderado, contra la sentencia del Tribunal Superior, apoderado que expresa en los siguientes términos el alcance de la impugnación:

"Deseo que se infirme la sentencia. Es mi propósito que subroguéis el fallo que motiva el recurso dictando uno vuestro en que hagáis todas y cada una de las declaraciones de mi libelo". Y luego, formula cuatro cargos que se transcriben a continuación, en su orden:

"Primer cargo.- Infracción directa. El H. Tribunal con la sentencia que acuso, violó los arts. 2518, 2535, 2536 del C. C., y los violó con violación directa. La violación consistió en no haberlos tenido en cuenta para nada. Si el H. Tribunal Superior hubiera aplicado las referidas disposiciones, no hubiera declarado probada la excepción de prescripción. Consecuencialmente, hubiera estudiado cada una de las peticiones de Eva Mendoza de Fernández y la sentencia hubiera sido favorable a las súplicas del libelo de demanda. Infracción indirecta. Infringió con infracción indirecta el art. 488 del C. S. T. y el art. 151 del C. P. T., la sentencia del H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá. La infracción indirecta consistió en una aplicación indebida, porque ya hemos visto que estas disposiciones fueron dictadas para regular las controversias judiciales laborales entre particulares mientras que Eva Mendoza de Fernández era una trabajadora oficial...". Cita el recurrente una jurisprudencia del Consejo de Estado. Alberto Jiménez de Francisco contra Ministerio de Hacienda.

"Segundo cargo. Reintegro. Reanudación del contrato. Como la sentencia no condenó a la reanudación del contrato ni al reintegro de Eva Mendoza de Fernández, hubo violación directa o aplicación indebida, del Decr. 797 de 1949 y del art. 11 de la Ley 6a. de 1945. Debían,

por consiguiente, haberse hecho efectivos en favor de Eva Mendoza de Fernández, los daños y perjuicios: el id quod interest de que trata el art. 11 de la Ley 6a. de 1945, también violado". A continuación el recurrente transcribe las razones del sentenciador para negar las súplicas respectivas.

"Tercer cargo. No condenó la sentencia del H. Tribunal al pago de salarios caídos. De esta manera violó la sentencia, con infracción directa el Decr. 797 de 1949, en su art. 10., parágrafo 20. Infracción directa. La infracción directa fue porque la sentencia no tuvo en cuenta en absoluto el parágrafo 20. del Decr. 797 de 1949. Error de hecho. A los fls. 94 y 95 de los autos aparece de que (sic) en los años posteriores al 50 no se le hizo aumento a Eva Mendoza de Fernández".

"Cuarto cargo.- Preaviso. El H. Tribunal se abstuvo de condenar al pago de preaviso, no obstante haber sido despedida la ciudadana Eva Mendoza de Fernández sin desahucio. Con esta actuación el H. Tribunal cometió infracción directa del Decr. 2127 de 1945, arts. 49 y 50. Además, cometió error de hecho. Infracción directa. Los arts. 49 y 50 del Decr. 2127 de 1945 de la sentencia acusada (sic). La infracción directa consistió en que el Juzgador no los tuvo en cuenta. Error de hecho. Al fl. 95 de los autos aparece el certificado de la Contraloría. En este certificado confiesa el Distrito haber suspendido a Eva Mendoza de Fernández. Como la sentencia no apreció este documento oficial o público, no obstante ser una prueba. Acuso la sentencia de haber cometido error de hecho y pido que se case".

SE CONSIDERA

Cargo primero. Señala el impugnador como violados, "con violación directa", los arts. 2518, 2535 y 2536 del C. C., infracciones que hace consistir en no haber tenido en cuenta para nada, el sentenciador, tales disposiciones. Mas ocurre que éste, como es obvio, aplicó las normas de los códigos laborales, sustantivo y de Procedimiento, relativas a la prescripción, las que el recurrente no relaciona como violadas en el cargo formulado, circunstancia que hace que la acusación sea incompleta y que no pueda estudiarse por esta Sala. Y si en la sustentación del cargo el acusador hace alguna referencia a dichas disposiciones, la verdad es que ellas no

se encuentran comprendidas por la proposición jurídica que debe conformar cada cargo.

Ahora bien, en lo que pudiera denominarse como segunda parte de la acusación, se dice que con infracción indirecta se violó por al ad quem el art. 488 del C. S. del T., así como también el 151 del C. de P. L. Pero omitió el impugnador indicar si tales violaciones provienen de errores de hecho o de derecho y si tuvieron origen en apreciación errónea o en falta de estimación de determinadas pruebas, pasando por alto que tanto la causal de casación como el concepto de la infracción deben invocarse con exactitud y precisión, pues de lo contrario se compromete el éxito del recurso por error en la técnica que lo gobierna.

Cargo segundo. Dice el recurrente en su formulación, que como la sentencia recurrida no condenó a la reanudación del contrato ni al reintegro de la demandante, "hubo violación directa o aplicación indebida, del Decr. 797 de 1949 y del art. 11 de la Ley 6a. de 1945", y concluye indicando que debían en consecuencia. "haberse hecho efectivos en favor de Eva Mendoza de Fernández, los daños y perjuicios..." Reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que en casación no es admisible el cargo por quebrantamiento de todo un código, toda una lev o todo un decreto ejecutivo, "sin que se exprese el artículo o la disposición del respectivo estatuto concretamente violado". Y tal es lo que ocurre en este cargo respecto del Decr. 797 de 1949. que se acusa globalmente, sin determinar o indicar las disposiciones del mismo que estima violadas el recurrente. Pero además, debe precisarse que en un mismo cargo no deben sumarse conceptos incompatibles, porque de ocurrir tal cosa, el cargo debe ser desechado por error en la técnica del recurso. Y así, son incompatibles la infracción directa y la aplicación indebida, que se proponen por el recurrente en este cargo, porque cada uno de estos conceptos tiene una motivación distinta y excluyente del otro. Cabe advertir además, que el cargo carece de sustentación, como quiera que el impugnador se ha limitado a hacer una transcripción de los conceptos que sobre "reanudación del contrato" y "reintegro del trabajador" expresa el ad quem en su sentencia, sin cuidarse de demostrar las infracciones en que pudo incurrir el sentenciador.

Cargo tercero.- Involucra en este cargo el recurrente igualmente conceptos incompatibles que lo hacen inestimable. En efecto, acusa la misma disposición —parágrafo 20, del art. 10. del Decr. 797 de 1949—, por "infracción directa" y por "error de hecho", concepto contradictorio como que implica el inadmisible presupuesto de que los hechos son igualmente ciertos v falsos, v esto porque en la violación directa el ataque se cumple por la aplicación o inaplicación de la regla jurídica a un supuesto fáctico respecto del cual están de acuerdo el impugnante y el sentenciador, cumpliéndose el ataque al margen de toda cuestión probatoria, mientras que, la infracción indirecta resulta de la aplicación o inaplicación de la norma a una situación de hecho, no configurada por las pruebas y respecto de la cual no existe tal acuerdo entre el recurrente y el ad quem. Además. cabe advertir que el cargo carece de demostración y que no se indica si el error de hecho denunciado obedece a falta de estimación o equivocada apreciación de algunas pruebas, que de otra parte el recurrente se abstiene de relacionar.

Cuarto cargo.- Respecto de este cargo caben exactamente las mismas observaciones que se han formulado respecto del anterior, y que sirven para hacerle correr la misma suerte.

Las observaciones anteriores formuladas respecto de todos y cada uno de los cargos que contiene la demanda que se estudia, impiden el estudio de los mismos y por ende se oponen a su prosperidad.

Por las razones anteriores la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte actora.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



3

10

SALA DE CASACION CIVIL

FILIACION NATURAL.—La sucesión carece de personería jurídica, pero cuando se la demanda, en realidad se demanda a los herederos del causante en cuanto personifican la herencia. Las relaciones sexuales no son susceptibles de prueba directa sino de la indiciaria; en ésta predomina la autonomía del fallador de instancia.-La falta de la firma del se-'cretario no vicia la prueba testimonial.— Sentencia de 11 de abril de 1969.-NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal en el juicio ordinario de Saturia Barreto contra la sucesión de Manuel López, representada por su heredero Manuel López o Fernández.— Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabre-

LA INDEMNIZACION POR OCUPA-CION PERMANENTE DE LA PRO-PIEDAD PRIVADA A CAUSA DE UN TRABAJO PUBLICO. Está reglada por los artículos 261 a 268 del Código Contencioso Administrativo y no por el art. 955 del C. C.-En casación no casubsidiarios. - Sentencia cargos de 8 de abril de 1969.-NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de la "Urbanización Sociedad Rioja Ltda." contra el Distrito Especial de Bogotá.-Magistrado ponente: Dr. Flavio

PRESCRIPCION ADQUISITIVA.—EX-CEPCION:—No la constituye la simple negación del derecho ejercitado, para ser tal debe contraponérsele otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos del primero, de lo contrario el Juez no tendrá que definirla en la sentencia, sino que queda resuelta la oposición al estimar o desestimar la acción.—Sentencia de 9 de abril de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, en el juicio ordinario promovido por Santos Cabrera Rodríguez contra el Municipio de Quibdó.—Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada.....

RESCISION DE LA VENTA POR VIO-LENCIA GENERALIZADA.—La fuerza o violencia que vicia el consentimiento puede provenir no ya de parte interesada, sino de un tercero y aún de hechos meramente naturales. Elementos axiológicos de la acción rescisoria por tal motivo.—Sentencia de 15 de abril de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio de Alberto Trujillo Escobar frente a Samuel Escobar Gómez.—Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández......

OBJECIONES A LA PARTICION.—Adjudicación de la hijuela de deudas y gastos.—Sin acuerdo unánime de los herederos, el partidor no puede adjudicar a su arbitrio a alguno o algunos de ellos la hijuela de deudas y gastos.—Sentencia de 17 de abril de 1969.—CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de sucesión de Jesús Emilio Duque Gallo.—Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán.....

NULIDAD DEL TESTAMENTO.—El legatario debe concurrir al juicio porque 16

21

32

36

38

42

55

59

la acción de nulidad del testamento entraña una litis consorcio necesario respecto de todos los asignatarios instituídos en aquel.—Sentencia de 17 de abril de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario seguido por Vicente Vernaza Gómez y otro frente a Pablo Rubén Vernaza García y otro.—Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón......

REIVINDICACION.-Los motivos impedimento no son por sí mismos nulidad causales deprocesal.-La sentencia resolutoria no produce efectos de cosa juzgada en otro juicio reivindicatorio sobre el mismo bien. La mención de que el tradente adquirió el inmueble por documento privado no demerita el título del adquirente ante un poseedor posterior a la fecha de dicho título. - Sentencia de 18 de abril de 1969.-NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio ordinario promovido por Segundo Octavio Bolaños contra Miguel A. Bolaños.-Magistrado ponente: Dr. Cé-

REIVINDICACION.—Casación causal primera; la falta de cita de los preceptos sustanciales violados hace ineficaz la censura.—Sentencia de 25 de abril de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, en el juicio ordinario de Aura Mestre de Castro contra Blanca Ovalle Muñoz. Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán......

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD LEGITIMA.—Costas: su falta de pago no suspende la jurisdicción.—Casación: causal primera.—Abandono del hogar.—Sentencia de 25 de abril de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso, en el juicio ordinario de Simón Bolívar frente a María Elisa Amézquita o Bolívar y otros.—Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández............

CONGELACION DE ARRENDAMIEN-TOS.—Devolución de lo pagado de más.—Competencia para esta acción.—La función jurisdiccional no es exclusiva de las autoridades judiciales, sino que en casos especiales se ejerce por las autoridades administrativas. Las disposiciones que fijan la competencia son de orden público, de obligatorio cumplimiento. tanto los funcionarios como para los particulares. Son los Gobernadores y el Alcalde de Bogotá, los únicos competentes para conocer de las solicitudes de los arrendatarios sobre devolución de los excedentes pagados como cánodecisiones administrativas nes.—Las tienen mérito ejecutivo, cuando así lo dispone la lev.—Sentencia de 29 de abril de 1969.-CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario de Mario Taborda contra Ana Mejía Restrepo.—Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel

ARRENDAMIENTO EN LA CONFECCION DE OBRA MATERIAL.—DERECHO DE RETENCION DEL ARRENDADOR.—El arrendador de servicios
—artífice u operario de obra material—
tiene derecho a retener la materia suministrada por quien encargó la obra
—arrendatario— para seguridad del pago de su prestación. —Sentencia de 6
de mayo de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en
el juicio ordinario de Alcides Salazar
contra la Sociedad "Autos del Huila,
Limitada".—Magistrado ponente: Dr.
Enrique López de la Pava

RESPONSABILIDAD EXTRACON-TRACTUAL.—Criterio subjetivo de nuestra legislación.—Sentencia de 8 de mayo de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el juicio ordinario de Pompilio Rueda frente 67

78

84

•		•	
a María Fernández de García.— Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández	96	tra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio de quiebra de la "Droguería Lister Jaramillo Mora y Cía. Limitada".—Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán	128
simple amistad, sino que ésta ha de ser íntima. La declaración del Magistrado al respecto es respetable y debe prevalecer, mientras no se demuestre lo contrario.— Providencia de 12 de mayo de 1969. Declara no probado el motivo de recusación propuesto contra el magistrado, en el juicio sobre filiación natural seguido por Concepción Cortés contra los herederos de Daniel Pachón.—Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón	108	PAPEL PARA LA ACTUACION.—Para el repartimiento, en los recursos de apelación y casación, debe suministrarse el competente dentro del término legal, sin necesidad de requerimiento para aplicar la sanción.—Providencia de 20 de mayo de 1969.—No accede a reponer el auto que declaró ejecutoriada la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario de Esther Sánchez de Leyton y otros contra Alberto Pérez Falla y Gilberto Montoya Gaviria.—Magistrado ponen-	
CONTRACTUAL:—FUERZA MAYOR: Es cuestión de hecho confiada al juicio del sentenciador, no revisable en casación sino por contraevidencia manifiesta.—NO		te: Dr. Enrique López de la Pava SIMULACION ABSOLUTA Y RELATI- VA.—Su naturaleza jurídica y sus efec- tos. Acciones declarativas y constituti-	132
CASA la sentencia proferida por el Tri- bunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Carlos Higuera Rueda frente a la sociedad "Orduz, García Vergara, Rozo Limitada".—Ma- gistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón	. 111	vas.—Sentencia de 21 de mayo de 1969.—CASA la proferida por el Tribu- nal Superior de Cúcuta, en el juicio ordinario de Rosalbina Pineda (hoy Blanca María Niño de Lizarazo) contra Ernesto Vargas Lara.— Magistrado po-	135
CHEQUE.—El Banco es culpable del pago del cheque falsificado cuando no tomó precauciones para descubrir la false- dad.—Sentencia de 14 de mayo de 1969.—NO CASA la proferida por el Tri- bunal Superior de Barranquilla, en el juicio ordinario promovido por Nassim Mezrahi contra el Banco Comercial de		RECURSO DE HECHO.—DESLINDE: la sentencia proferida en juicio especial de deslinde no es susceptible de casación.—Providencia de 29 de mayo de 1969.—Declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior	
Barranquilla.—Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada	117	de Barranquilla, en el juicio especial de deslinde propuesto por Ana Marchena de Salas contra Blanca Marchena Conde.—Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava	149
cuando la fecha de su cumplimiento se deja al arbitrio del prometiente comprador.—Sentencia de 19 de mayo de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Soatá, en el juicio ordinario de Bernarda Goyeneche y otros frente a Isaura Osorio de Torres.—Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán	123	FILIACION NATURAL.—La excepción de prescripción debe alegarse expresamente.—El art. 763 del C. J. en su inciso 20., no es sustancial.—Sentencia de 30 de mayo de 1969.—NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Graciela Orozco contra la sucesión de Isaías Valencia V.—Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada	
ción.—Providencia de 23 de abril de 1969.—Estima bien denegado el recurso de casación interpuesto con-		FILIACION NATURAL.—La valoración de las pruebas referentes a la posesión no- toria del estado civil es del arbitrio del	!

juez de instancia.—Técnica de casación.— Sentencia de 31 de mayo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Bernardo Pineda o Vélez contra Josefina Bautista Vergara viuda de Vélez.—Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán	ple, debiendo investigarse su conducta disciplinariamente.—La Corte, por providencia de 11 de abril de 1969, CA-SA la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Bucaramanga de 24 de octubre de 1968, por la que se condenó a Julio César Ortiz, por los delitos de robo y lesiones, y ordena reponer la actuación a partir de la notifica-	
SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION POR INEPTITUD OS- TENSIBLE DE LA DEMANDA.—El	ción del auto de proceder. Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez	189
art. 209 del C. J. es norma simplemente instrumental o de procedimiento y no sustancial.—Providencia de 11 de junio de 1969.—Declara desierto el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Riosucio, en el juicio ordinario de Antonio Ospina O.	EXTRADICION.—Garantiza la defensa social a través del principio de la soli- daridad internacional. La nacionalidad de la persona cuya extradición se solicita, ha de aparecer comprobada con certeza. Por providencia de 15 de abril	
contra Jesús Mejía Ossa y Guillermo	de 1969, la Corte conceptúa desfavo-	
Cárdenas Tirado.—Magistrado ponen-	rablemente, sobre la extradición de María Elena García, formulada por	
te: Dr. César Gómez Estrada 164	la embajada de la república de Ve-	
REIVINDICACION PARA LA SUCESION Y LA SOCIEDAD CONYUGAL:—No	nezuela. Magistrado ponente: Dr. Julio	100
se pueden amalgamar bajo una mis-	Roncallo Acosta	193
ma censura las imputaciones de error	CONCURSO MATERIAL DE DELITOS	
de hecho y de derecho.—El art. 1802	Técnica de casación. El art. 36 del C. P., no puede ser violado sino en forma indi-	
del C. C. es aplicable a las expensas hechas durante la sociedad conyugal y	recta, a través de otro precepto que es	
no a las mejoras puestas por un po-	preciso indicar en la demanda de ca-	
seedor distinto de los cónyuges.—Sen-	sación. En el concurso material de de-	
tencia de 12 de junio de 1969.—CASA	litos, por mandato del art. 10. del Decr. 2525 de 1963, la pena se impone sin	
la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario segui-	sujeción a los límites máximos seña-	
do por la viuda y herederos de Abel	lados por el art. 45 del C. P., en con-	
Alvarez Brochero frente a Ricardo	cordancia con el 33 de la misma obra.—	
Angel Londoño.—Magistrado ponente:	El 18 de abril de 1969, la Corte DE-	
Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 167	SECHA el recurso de casación interpues- to por el procesado Emilio Antonio Sán-	
SEPARACION DEFINITIVA DE BIE-	chez Londoño, contra la sentencia de 16	
NES.—Amancebamiento, su prueba.—	de octubre de 1968 del Tribunal Superior	
Sentencia de 27 de junio de 1969.—	de Rionegro, Antioquia, por la que se le	
NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio	condenó por los delitos de triple ho-	
especial de María Soledad Cagüeñas con-	micidio y robo.—Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres	100
tra Medardo Rojas Morales.—Magis-	Di. Simon Montelo Torres	199
trado ponente: Dr. Guillermo Ospina	DELITO DE CONTRABANDO.—Qué se	
Fernández	entiende por este delito. No implica ne- cesariamente la clandestinidad y la	
·	nacionalización indebida de las mercan-	
SALA DE CASACION PENAL	cías no lo hace desaparecer. La intro-	
	ducción irregular de mercancías, me-	
DEFENSORES.—La función de defensa	diante paquetes postales, no desnatu-	

raliza el delito de contrabando. Los re-

glamentos dictados por los funcionarios

de Aduanas, son normas que integran

la respectiva disposición penal aduanera.

que el abogado realiza en el proceso penal

se considera como un servicio de necesi-

dad pública; precisa una actuación diná-

mica y falta a sus deberes quien la incum-

221

203

215

La buena fe en la posesión de los bienes objeto del contrabando, no tiene ninguna relevancia jurídica.—La Corte, por sentencia del 18 de abril de 1969, NO CASA la sentencia de segunda instancia, de 6 de agosto de 1968, proferida por el Tribunal Superior de Aduanas, por la cual se condenó a Enrique William Chavarriaga Ochoa, pòr el delito de contrabando. Magistrado ponente:

CUESTIONARIO PARA EL JURADO.— No constituve nulidad sustancial, cuando en el concurso de delitos de homicidio y robo, agravados, se hace referencia en ellos, en cada caso, a las circunstancias de agravación señaladas en los arts. 363 y 404 del C. P., sin especificarlas.—Por sentencia del 18 de abril de 1969, la Corte NO CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso, de 16 de agosto de 1968, por la cual se condenó a Sinforiano Garrido García, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo

REINCIDENCIA. —Se deduce aún cuando no se haya cumplido la pena impuesta en la sentencia, o se haya concedido la condena condicional. Las nulidades legales son taxativas y la del art. 26 de la Carta, se configura por falta absoluta de defensa o por violación de las normas propias del juicio. Mediante providencia del 25 de abril de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de 11 de octubre de 1968, por la que se condenó a Hernando Osorno Botero. por el delito de Peculado.—Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres . . . 218

VIOLENCIA CARNAL.—Los arts. 113, 117 y 140 del C. C., que reglamentan el contrato matrimonial, son ajenos a la legislación penal y ninguna incidencia tienen en la definición y sanción del delito de violencia carnal que trae el art. 316 del C. P. El recurso de casación en relación con los perjuicios, en materia penal, solo procede si la cuenta es o excede de cincuenta mil pesos. Por sentencia de 25 de abril de 1969, la Corte NO CASA la sentencia de segunda

instancia del Tribunal Superior de Barrancabermeja, de fecha 25 de octubre de 1968, por la que se condenó a Sotero Durán Durán, por el delito de violencia carnal-Magistrado ponente: Dr. Efrén

RESTITUCION DE TERMINOS.—Se aplican las normas del Procedimiento Civil. La imprevisibilidad y la irresistibilidad caracterizan la fuerza mayor o el caso fortuito. La enfermedad padecida por el apoderado antes de recibir el poder y de empezar a correr un término, no constituye un hecho sobrevenido, ni "imprevisto para el ejercicio de la actividad procesal". Por auto de 25 de abril de 1969, la Corte decidió negativamente, la articulación propuesta por el abogado Manuel Ramos, sobre restitución de términos, en la casación propuesta por los procesados Luis Alfredo Rubiano Arévalo y Gabriel Niño Alba, contra la sentencia de segunda instancia de 13 de septiembre de 1968.-Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velás-

COPARTICIPACION CRIMINAL—La causal la, de casación, a que hace referencia el inciso 20. del ord. 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no procede en los juicios en que interviene el jurado. La falta de notificación a alguno o algunos de los jurados sorteados, principales o suplentes, no constituye nulidad de carácter legal, y menos constitucional. Las previsiones del art. 19 del C. P., comprende a los autores, coautores, correos, y partícipes necesarios y el 20 la complicidad no necesaria. Comunicabilidad de las circunstancias agravantes del autor o cómplice, al partícipe del delito que las conoce. Por sentencia de 25 de abril de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Saúl Trujillo Losada y Gustavo Hernández Salas, contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Neiva, calendada el 3 de abril de 1968, por la cual los condenó por el delito de homicidio agravado.— Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Res-

ESTAFA Y ROBO.—El acto de disposición patrimonial del ofendido, si no es

226

238

243

250

consecuencia de las iniciales maniobras engañosas, sino de cualquier forma de violencia, constituye robo y no estafa. Por sentencia de 25 de abril de 1969. la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 1o. de julio de 1968, por la que se condenó a Jesús María Pacheco por el delito de estafa, y ordena se reponga el procedimiento a partir del auto de 7 de noviembre de 1967, inclusive, por medio del cual se le llamó a juicio.-Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano

COMPETENCIA.—Ante la imposibilidad de saber el lugar donde se confeccionó un documento falso, conoce el juez del sitio donde se trató de hacer valer. La no práctica de una inspección ocular en el proceso penal es una irregularidad investigativa, que no constituye nulidad. Causal 1a. de casación: el error de hecho ha de ser manifiesto, Autonomía del juzgador para la valorización del material probatorio. Mediante providencia de 29 de abril de 1969, la Corte NO INVALIDA la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Honda, de fecha 12 de marzo de 1968, por la que se condenó a Jaime Velásquez Duque, por el delito de falsedad en documentos.-Magistrado ponente: Dr. Julio Ronca-

TECNICA DE CASACION.—Causal 1a. de Casación. En la primera parte de esta causal, se consagran los motivos de violación directa de la lev sustancial. En casación, la Corte no tiene facultad para colmar los vacíos de la demanda, por tratarse de un recurso extraordinario.—Por sentencia de 9 de mayo de 1969, la Corte NO INVALIDA la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá, de 27 de marzo de 1968, por la cual se condenó a Pablo Antonio Rodríguez Pedraza, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente: Dr. Julio

HOMICIDIO.-El cometido por un suboficial del ejército retirado de las fuerzas militares, es juzgable por la justicia ordinaria.—Mediante providencia de 9 de mayo de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto a la sentencia de segunda instancia, del Distrito Judicial de Tuluá, de fecha 28 de octubre de 1968, por la cual se condenó a Ramón Emilio Betancourt Puertas, por el delito de homicidio.-Magistrado ponente: Dr. Samuel

FALSIFICACION DE MONEDA.-El hallazgo de los billetes falsos y la imposibilidad de distinguirlos de los legítimos, son hechos que no alcanzan a probar plenamente el elemento "a sabiendas", de que habla el ord. 40, del art. 214 del C. P.-Por sentencia de 9 de mayo de 1969, la Corte CASA la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chaparral, calendada el 18 de septiembre de 1968, por la que se condenó a Gregorio Tique Pedraza, por el delito de circulación de moneda falsa, y en su lugar absuelve al procesado.-Magistrado ponente: Dr. Efrén Oseio Peña 257

FUERO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL.-El consagrado en el art. 11 del Decr. 1667 de 1966 lo reconoció la Corte, al dirimir la colisión positiva de competencias, entre el antiguo Juzgado Promiscuo Municipal de Vélez y el Comando del Departamento de Policía de Santander, con sede en Bucaramanga. Por auto de 9 de mayo de 1969, la Corte dirimió la colisión de competencias positivas, suscitada por el antiguo Juzgado Promiscuo Municipal de Vélez, al Comando del Departamento de Policía Santander, con sede en Bucaramanga, sobre el juzgamiento del agente Carlos Arturo Cubides Marín, dando el conocimiento a la entidad últimamente nombrada.-Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo

SALVAMENTO DE VOTO, del magistrado Dr. Humberto Barrera Domínguez a la anterior providencia 265

COMPETENCIA.—De las conductas antisociales señaladas por el art. 16 del Decr. 1699 de 1964, conoce el juez del lugar en donde se giró el cheque y no el del lugar donde debe hacerse efectivo.-Mediante auto de 16 de mayo de 1969, la Corte DIRIME la colisión negativa de competencias, entre el juzgado 47

279

282

TECNICA DE CASACION.—El recurrente debe indicar en qué consiste el error de la sentencia y por qué se ha errado. La causal 4a. art. 56 del Decr. 528 de 1964 no da cabida a problemas relativos a cuestiones probatorias.—Por sentencia de 19 de mayo de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Vélez, de fecha 2 de agosto de 1968, por la que se condenó a Otoniel Montero Muñoz, por los delitos de violencia carnal y rapto.—Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres....

FUERO DE LOS MINISTROS DEL DES-PACHO.—La Corte sólo puede conocer de procesos contra estos funcionarios, cuando ha precedido acusación de la Cámara de Representantes y que el Senado la haya admitido públicamente y haya puesto al acusado a disposición de la Corte.—Por auto de 19 de mayo de 1969, la Corte, ordena enviar el denuncio formulado por el abogado Alfonso Isaza Moreno, a la Cámara de Representantes, formulado contra el exministro de Minas y Petróleos Dr. Enrique Pardo Parra.—Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta.......

 NULIDADES.—Las de orden legal son taxativas y sólo pueden estimarse como tales las señaladas específicamente en la lev. La falta de notificación del auto cabeza de proceso, no está erigida en nulidad de orden legal v menos alcanza la categoría de constitucional. Cada causal de casación tiene su propia naturaleza y resultados jurídicos diferentes.—Mediante providencia de 19 de mayo de 1969, la Corte NO CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, de fecha 13 de septiembre de 1968, por la cual se condenó a Diógenes Hernando Cabezas Marín. por los delitos de homicidio agravado y robo.-Magistrado ponente: Dr. Ju-

RECURSO DE CASACION.—Ha de declararse desierto cuando la demanda es presentada por el defensor nombrado para el juicio, pero sin facultad para actuar en casación.—Por auto de 21 de mayo de 1969, la Corte declaró DESIERTO el recurso de tasación interpuesto por el procesado Gustavo de Jesús Gallego Zapata, a la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, de fecha 6 de diciembre de 1968, por la que se le condenó por el delito de homicidio agravado.—Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano......

INTERES DE LA PARTE CIVIL PARA RECURRIR EN CASACION.—La doctrina la faculta para hacerlo, cuando se trata de sentencia absolutoria. En caso de condenación en perjuicios en el proceso penal, sólo puede intentarlo, si la cuantía se excede de cincuenta mil pesos y sin buscar una agravación de las sanciones penales.— Por auto de 23 de mayo de 1969, la Corte declara INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Barranquilla, de 18 de diciembre de 1968, por la que se condenó a Luis Ibarra Parra por el delito de homicidio y al pago de \$25.000.00, por perjuicios.—Magistrado

284

Lani,
Jenui,
Jen

295

298

303

ponente: Dr. Simón Montero Torres . . . FUERO DE LOS INTENDENTES Y CO-MISARIOS.—Competencia de la Corte para conocer de los procesos penales contra estos funcionarios. El investigador no puede ordenar la recepción de indagatoria, ni la detención de un Intendente o Comisario, cuando investiga hechos delictuosos y resultan cargos contra estos.-Por auto de 23 de mayo de 1969, la Corte declaró la NULIDAD de la indagatoria rendida por el Comisario del Vichada, Samuel Cardona Garcés, v el auto de detención dictado en su contra, el 26 de febrero de 1969, por el delito de peculado, por un visitador de la Contraloría General de la República.—Magistrado ponente: Dr. Sa-

NULIDADES.—Se ratifica la doctrina sobre el alcance de la nulidad de carácter constitucional y de que el recurso de casación, no constituye una tercera instancia. El delito de robo de cuantía inferior a \$300.00 pero penado con presidio, corresponde a la justicia ordinaria. Su conocimiento.—Por sentencia de 23 de mayo de 1969, la Corte. NO INFIRMA la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de 24 de abril de 1968, por la que se condenó a Oscar Darío Morales Correa, por el delito de robo.—Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta

ROBO.-Es un delito instantáneo, que admite la tentativa pero no la frustración. - Mediante providencia de 27 de mayo de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 28 de junio de 1968, por la que se condenó a Néstor Aguirre Sánchez, por el delito de robo.-Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos

CULPOSO.—Procede HOMICIDIO recurso de casación contra las sentencias por este delito, mientras no entre en funcionamiento la nueva organización judicial, de que trata la lev 16 de 1968.—Por auto de 30 de mayo de 1969, la Corte CONCEDIO el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gilrardot, por la que se había condenado a Juan Evangelista Buitrago Rodríguez, bor un delito de homicidio culposo, que había sido negado por el Tribunal.— Magistrado ponente: Dr. Julio Ronca-

COMPETENCIA.—La dificultad descubrir al autor de un delito de hurto o robo, no cambia la figura delictiva en conducta antisocial. La competencia para juzgar este delito corresponde al juez del lugar de donde se sustrajo el semoviente o la cosa mueble ajenos y no al del lugar donde hallaron o decomisaron los bienes sustraídos.-Por auto de 30 de mayo de 1969, la Corte DI-RIME la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de Fresno (Tolima) y el 20. de igual categoría de Samaná (Caldas), dando el conocimiento a este último del proceso por un delito contra la propiedad.-Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

TECNICA DE CASACION.—Causal 1a. Comprende la violación directa de la ley sustancial, a que se refiere el inciso 10. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y la violación indirecta a que alude el inciso 20. de la norma citada.-Por sentencia de 6 de junio de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, de 22 de octubre de 1968, por la que se condenó a Luis Alfonso Muñoz por los delitos de falsedad en documentos y hurto.-Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno

ROBO.-El art. 404 del C. P., con deficiente técnica trae conjuntamente, circunstancias específicas para agravar la pena y circunstancias constitutivas de delito. Casos del delito de robo, que contempla la legislación penal colombiana. El escalamiento de muros, o el uso de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualquiera otro instrumento similar, son formas específicas del robo, según el ord. 30. del art. 404 del C. P., sin que sea necesaria la concurrencia 310

332

338

del elemento violencia para que se es-
tructure el delitoPor sentencia de 6
de junio de 1969, la Corte DESECHA
el recurso de casación interpuesto contra
la sentencia de segunda instancia, del
Tribunal Superior del Distrito Judicial
de Cali, de fecha 4 de octubre de 1968,
por la que se condenó a Guillermo An-
tonio López Quintero por el delito de
robo.—Magistrado ponente: Dr. Hum-
berto Barrera Domínguez

SALVAMENTO DE VOTO del Dr. Eduardo Mesa Velásquez, a la anterior

SECUESTRO.—El mínimo de la pena de este delito, fue doblado, por el art. 1o. del Decr. 2184 de 1951. En el concurso real de delitos, la pena base es la del más grave y el aumento a que se refiere el art. 33 del C. P., no debe ser mayor que el máximo de la pena del otro hecho.—Mediante providencia de junio de 1969, la Corte INVALIDA PARCIALMENTE, la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior Militar, de 14 de octubre de 1968, por la que se condenó a Raúl Sánchez Ramírez, a la pena de ocho años y seis meses de presidio por los delitos de secuestro y extorsión, y en su lugar se condena a siete años y seis meses de presidio y accesorias de rigor, por los mismos delitos.-Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo

HOMICIDIO.—Aloselementos néricos señalados en su definición, se le pueden agregar los elementos específicos que los modifican y accidentales que constituyen las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.--Por sentencia de 6 de junio de 1969, la Corte DESE-CHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Chaparral, de fecha 2 de octubre de 1968, por la que se condenó a Luis Arturo Cuadros Bustamente por el delito de triple homicidio.-Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosque-

DEFENSORES.—Nulidad Constitucional por falta de defensa del procesado. Cuando se presenta esta clase de nulidad, el Tribunal respectivo debe investigar la conducta del abogado, para establecer si cometió faltas a la ética profesional.-Por sentencia de 11 de junio de 1969, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Socorro, de 10 de octubre de 1968, por la que se condenó a Belisario Ladino Montañez, por el delito de robo, se ordena reponer el procedimiento a partir del auto en que se nombró defensor 'de oficio del procesado y se ordena investigar la conducta del abogado, por posibles faltas a la ética profesional.—Magistrado // ponente: Dr. Samuel Barrientos Res-

FALTAS A LA ETICA PROFESIONAL.-

Si la acción disciplinaria contra el abogado se halla prescrita, pero de los autos aparece demostrada la inocencia del profesional, ha de dictarse la correspondiente sentencia absolutoria y no la cesación de procedimiento de que trata el art. 153 del C. de P. P.-Por sentencia de 11 de junio de 1969 la Corte CON-FIRMA la sentencia de 6 de marzo de 1969 por la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, absolvió al abogado Juan Tole Lis, por faltas a la ética profesional.-Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velás-

CAUSAL 1a. DE CASACION.—La lev sustancial es la que define los delitos y determina las sanciones, si de materia penal se trata. En casación al alegar la violación de la ley sustancial es indispensable indicar qué normas de carácter sustantivo se infringieron. Ratificación del alcance de la nulidad constitucional.-Por sentencia de 27 de junio de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la que se condenó a Jorge Madrid Sierra, por el delito de robo.-Magistrado ponente: Dr. Simón

SALA DE CASACION LABORAL

INTERESES PARA RECURRIR.—Es incongruente con la sentencia que conde-

na a la empresa a tenor de la demanda, la providencia que le deniega, por falta de interés, el recurso de casación contra esa sentencia.—La Corte por providencia de 10 de abril de 1969 CONCEDE el recurso de casación interpuesto por la Compañía de Tejidos S. A. Coltejer contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 17 de enero del presente año.—Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo LIQUIDACION DE COSTAS.—De acuerdo con el Inciso 20. del art. 582 del C. J., "si la parte, al hacer la objeción, pide que se oigan peritos, el Juez decreta su nombramiento, y, rendido el dictamen, pronuncia su resolución".—La: Corte por providencia de 10 de abril de 1969, REVOCA el auto de 14 de marzo de 1969 y determina que se EFECTUE la diligencia de sorteo de un perito.— Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón	354	los juicios: 1a.).—La incompetencia de jurisdicción".—La Corte por sentencia de 17 de abril de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior de San José de Cúcuta en el Juicio de Allan Roy Corinaldi contra la sociedad anónima Colombian Petroleum Company.—Ponente: Abogado asistente Dr. Tito Octavio Hernández	
ta corporación ha venido insistiendo en que la ilegitimidad de personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, reza únicamente con la personería adjetiva o indebida representación en juicio, mas no con la sustantiva o de fondo.—La Corte, por sentencia de 15 de abril de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot en el Juicio de Jaime Rico contra Gilberto Jaramillo y Margarita Fajardo de Jaramillo.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	355	que obra a los fls. 30 a 37 del cdno. No. 1.—Precisamente en la segunda instancia el apoderado de la demanda alegó en favor de la parte que representaba tanto la convención del fl. 1o. como la de los fls 30 a 37 y con los argumentos esgrimidos logró la correcta fijación del término del contrato y la disminución de la condena por plazo presuntivo del mismo.—Por consiguiente, se trata en este cargo de un nuevo medio en casación que es inadmisible.—La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el Juicio de Oswaldo Llanos Gallardo contra Industrias Colombia —Marco y Eliécer Sredni & Cía.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	372
La Corte por sentencia de 15 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el Juicio de Luis Alberto Villa contra el Departamento de Cundinamarca representado por su Gobernador Doctor Jorge Samudio Aguirre.—Ponente: Abogado asistente Dr. Odilio Pinzón M	360	CASACION.—(Técnica).—El cargo ha de ser completo en su formulación, su- ficiente en su desarrollo y eficaz en lo que pretende, pues de lo contrario es inestimable.—La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el	

Juicio de Elena Galvis Plata contra la General Pipe Service Incorporated,

NULIDADES. — De acuerdo con el art. 448 del C. J., "son causas de nulidad en

INTERESES PARA RECURRIR.—En primer término ha de recordarse que la sentencia del a auo, a cuva confirmación aspira el recurrente según el alcance que fijó a su demanda de casación, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre demandante y demandado, en el que "fueron patrono aquel y trabajador este", y absolvió, luego, a la sucesión demandada de todos los cargos del libelo inicial pero deiando a salvo los derechos del actor para ocurrir de nuevo a la justicia". Esta sentencia no fue apelada por la sucesión v su interés jurídico, al ser condenada por el ad quem, se contrae a los gravámenes prestacionales que le fueron impuestos mas no se extiende pronunciamiento primero sobre existencia del contrato, pues este se consinstió con aquella conducta procesal.—La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el Juicio de Arcadio Murillo Ochoa contra la Sucesión de Leonidas Murillo Ochoa, representada por sus herederos Enrique, Aparicio, Arcesio, Leonor, Leonidas y Emiliano Murillo Silva.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides

CASACION.—(Técnica).—Este ataque. formulado lo mismo que el anterior como si de alegación de instancia se tratara, contiene dos conceptos de violación de la ley que no pueden confun-(aplicación indebida e interpretación errónea), y presenta, adeelde interpretación errónea como proveniente de la falta de apreciación de pruebas, con olvido de que aquella ha de consistir en el equivocado entendimiento de la norma, independientemente de toda cuestión de hecho.-La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en el Juicio de Jesús María Gil Velásquez contra la Sucesión de Antonio María Trujillo representada por sus herederos y

Pedro Luis Ospina T.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón.....

383

CASACION. — (Técnica). — Interpretación errónea.-La interpretación errónea de la ley consiste, según reiterado y unánime concepto iurisprudencial, en el equivocado entendimiento que el fallador hace de su contenido, en sí mismo considerada la norma y sin conexión alguna con problemas fácticos.-La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el Juicio del Sindicato de Trabajadores de la Compañía Colombiana de Grasas Cogra S. A. contra la Compañía Colombiana de Grasas Cogra S. A.-Ponente: Abogado Asistente. Dr. Juan

386

CASACION. — (Técnica). — Según constante doctrina del Tribunal Supremo v de la Sala Laboral de la Corte, en los juicios del trabajo, la acusación aceptable en casación es la de violación de las normas sustantivas de carácter laboral. La que recae sobre otras normas debe acusarse como violación medio, y en tal caso es preciso explicar o definir cuál es la violación medio, v cuál la final.-La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el Juicio de Leopoldo Botero Ebendeck y Olga Ebendeck Vda. de Botero, obrando esta en su propio nombre y además como representante legal de su menor hija María Clemencia Botero Ebendeck contra Eduardo Correa S .--Abogado Asistente: Dr. Odilio Pinzón . .

388

LA SUBORDINACION, ELEMENTO

407

409

ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRA-BAJO.—La subordinación, o continuada dependencia, faculta al patrono para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en las condiciones que señala el ordinal b) del art. 23 del C. S. T., lo cual no quiere decir que las instrucciones y órdenes las deba impartir permanentemente.—La Corte por sentencia de 18 de abril de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de José María Ruiz Rubiano contra Luis Felipe Ruiz Rubiano.-Ponente: Abogado Asistente. Dr. Mario Barrios M..... 394 PRESUNCION.—Al tenor del art. 24 del C. S. T., "se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo".—La Corte por sentencia de 22 de abril de 1969. CA-SA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Zipaquirá, en el Juicio de Claudio Manotas Pertuz contra el Hospital San Juan de Dios.-Magistra-

do ponente: Dr. J. Crótatas Londoño CASACION.—(Técnica).—La Corte por sentencia de 23 de abril de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el Juicio de Adriano Bacontra la Sociedad Martínez & Londoño Ltda, v Ramón Martínez B.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture

PRUEBA PERICIAL.-La prueba pericial (expresa el art. 51 del C. P. L.) solo debe tener lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que reauteren conocimientos especiales.-La Corte por sentencia de 23 de abril de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el Juicio de Elena Jáuregui J. contra Industrias Viancha Calderón representada por el Dr. Abel Viancha Calderón.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.—El art. 65 del C. S. T., establece una presunción de mala fe en el patrono que no satisface oportunamente los créditos en favor del trabajador.

pero presunción que puede ser desvirtuada mediante pruebas que comprueben su buena fe.-La Corte por sentencia de 25 de abril de 1969. CASA PAR-CIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de León Guillermo Moiica Meiía contra la Empresa Coliers International Sociedad domiciliada en los Angeles, California, EE. UU., representada en Colombia por su Agente General. - Magistrado ponente: Dr. Carlos

CASACION.—(Técnica).—No cabeacusación por quebrantamiento de toda una ley que contenga múltiples mandatos, ni de todo un Código.-La Corte por sentencia de 25 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el Juicio de Ruperto Linares Jiménez contra la firma Eli Lilly And Company Of Colombia Inc.-Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas

CASACION. — (Técnica). — Mencionar normas laborales como infringidas en el caso de autos, es absolutamente improcedente, porque en tratándose de un juicio que persigue el reconocimiento de Honorarios, las disposiciones sustantivas supuestamente violadas no han podido ser otras que las de los Códigos Civil y Comercial que versan sobre el mandato. - La Corte por sentencia de 25 de abril de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio del Dr. Ernesto Herrera Gómez confirmas Gutehoffnungshuette las tra Oberhausen A. C. y Manchinenfa Brick Augsburg-Nuernberg A. G. representadas por el señor Hanssotto Gast.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios M.......

CASACION.—(Técnica).—Las modalidades de infracción de la ley en forma-. directa y por errónea interpretación, no son pertinentes cuando se vinculan actividades probatorias del sentenciador. - La Corte por sentencia de 25 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunia en el Juicio de Florentino Martínez Martinez contra la sociedad Ace-

413

416

tar el cargo, se desvirtúa en su esencia

el motivo de casación denominado

rías Paz del Río S. A.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Tito Octavio Hernández	424	"interpretación errónea de la ley". — La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el Juicio de Manuel Dolores Galvache contra la firma Emilio Mettler & Cía.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	439
aspira y proponerlos con propiedad por la vía escogida.—La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en el Juicio de Eddaldo Romero Alvarez contra Manuel Cataño Echeverry.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón	430	CUOTA DE BENEFICIO DE CONVEN- CION.—La Sala ha fijado, al decidir los dos cargos anteriores, su entendi- miento acerca de los textos a que se refiere esta acusación. Y conforme a él, la Asociación Gremial fue sujeto de la Convención de 1965 y de la revisión de 1966; sus afiliados no se hallan en la situación de trabajadores no sindica-	
CASACION.—(Técnica).—La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Hernando Sánchez Nieto contra el Instituto Nacional de Fomento Municipal.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	432	lizados y no tienen por lo tanto, obli- gación de pagarle al sindicato de base que los representó cuotas ordinarias —distintas de las que pagan a su propia agremiación— para disfrutar de los be- neficios convencionales.—La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal	
CASACION. — (Técnica). — Este cargo acusa violación directa, por aplicación a un hecho no demostrado en el juicio, de diferentes arts. del C. C. y consecuencialmente, en forma también directa, de diferentes artículos del C. S. del T.—Se considera: el cargo no puede estimarse por cuanto predica violación directa de la ley y aspira a demostrarla		Superior del Distrito Judicial de Medellín en los Juicios acumulados del Sindicato Textil del Hato (Fabricato) y la Asociación de Trabajadores Metal-Mecánicos de Textiles de Antioquia contra la Empresa Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón LA IGLESIA EN EL DERECHO LABO-	445
sobre un supuesto de hecho completa- mente contrario al que afirma que dio por establecido el fallador.—La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yaru- mal en el Juicio de Francisco Rivera Muñoz contra José Ignacio González Escobar.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón	435	RAL.—Cuándo y en qué condiciones la Iglesia está sujeta al régimen de derecho laboral.—Excepción en favor de las personas del derecho canónico, según el Concordato y los arts. 338 del C. S. T. y 20. del Decr. 53 de 1952.—Cuestión atinente a los cementerios.—La Corte por sentencia de 26 de abril de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior	`
CASACION. — (Técnica). — En forma constante ha venido sosteniendo la jurisprudencia que la errónea interpretación de la ley sustancial proviene del equivocado concepto que se tenga de su contenido, independientemente de toda cuestión de hecho, y que cuando se está en presencia de hechos cuya apreciación sirve para fundamen-		del Distrito Judicial de Medellín en el Juicio de Pedro Luis Alvarez contra el Cementerio de la Parroquia de Nuestra Señora de Belén.—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana PRUEBA DE LA PERSONERIA.—De acuerdo con el espíritu que informa el art. 36 del C. P. L., los problemas sobre personería sustantiva o adietiva	457

no interfieren la actividad juzgadora, a menos que en el juicio se debata como

474

cuestión principal ese punto, por lo cual el silencio de las partes sanea los vicios de que en esta materia pudiera adolecer el proceso. Por ello, en la parte final del art. 36 se dispone que si el juicio se ha adelantado sin que se presente la prueba mencionada y no ha habido controversia sobre el particular, el Juez decidirá sin consideración a la falta de esa prueba.—La Corte por sentencia de 30 de abril de 1969, CA-PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el Juicio de Pedro Padilla Lobo contra la sucesión de Héctor Manuel Cabeza, representada por la señora Celestina Hernández de Cabeza.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel

INTERES PARA RECURRIR.—El interés para recurrir ciertamente no es el que se configuró al trabarse la relación procesal como valor del negocio jurídico, sino el que lleva a las partes a casación no obstante el fallo de instancia.—La Corte por providencia de 2 de mayo de 1969, ADMITE el recurso de casación interpuesto el demandante Luis Humberto Galindo contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 13 de Diciembre de 1968. Demandado: Julio Enciso y Cía Ltda.— Magistrado ponente: Dr. Carlos Pe-

CASACION.—(Técnica).—Es la fecha de la interposición del recurso, y no la de la sustentación, la que debe tenerse en cuenta para determinar cuál es la ley aplicable.—La Corte por sentencia de 7 de mayo de 1969 NO CASACION. — (Técnica). — Error de hecho.-La censura en que se invoca esta clase de error, en ningún caso puede apoyarse en un conjunto de medios instructorios citados de manera imprecisa y sin determinar la manera como cada uno de ellos demuestra el error de la Sala falladora, el que debe ser manifiesto como la prevé el art. 87 del C. S. T., por lo que ha de aparecer con toda evidencia por el solo cotejo de las pruebas en que se apova la sentencia con las que invoca el impugnante. — La Corte por sentencia de 8 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior, Sala Laboral, de Montería en el Juicio de José Francisco Gutiérrez Simanças contra Regina Eljach de Aruachán.-Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios.

CASACION. — (Técnica). — Error de hecho.-El cargo persigue la absolución total del demandado con fundamento en la inexistencia del contrato de trabajo, o en la prescripción de las acciones, en caso de haber existido aquel. Sin embargo, entre las normas que señala como infringidas no figuran los arts. 22, 23, 24 y 488 del C. S. T., que constituyen los principales soportes jurídicos de la sentencia en los aspectos a través de los cuales se plantea la acusación. Sin la violación previa de esos preceptos, el ad quem no habría podido quebrantar los relativos a salarios y prestaciones que menciona la censura. pues que estas infracciones apenas vendrían a ser una consecuencia de aquellas. El ataque, por lo tanto, no se formula mediante una proposición jurídica completa y es ineficaz.—La Corte por sentencia de 8 de mayo de 1969. CASA PARCIALMENTE proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el Juicio de Sagrario Gaona Merchán contra Antonio

479

491

494

498

Sáenz.-Ponente: Abogado Asistente. Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture . .

CASACION. - (Técnica). - Error de hecho.-La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el Juicio de Heriberto Cure Cure contra Armco Colombiana S. A.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel

CASACION. - (Técnica). - La censuradejó de señatar los preceptos que el ad quem ha tomado en consideración como soportes fundamentales de su sentencia. De ahí que los cargos que se analizan, ni separadamente como los presenta la acusación, ni en su conjunto. alcanzan el complejo de normas que permita el estudio de fondo.—Ellos no han sido formulados mediante una proposición jurídica completa.-La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el Juicio de Manuel Antonio Yance Ujueta contra la Compañía Esso Colombiana S. A.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Tito Oc-

CASACION.—(Técnica).—La causal motivo de Casación v el concepto de violación deben invocarse con exactitud y con la misma precisión, cuidando de no agrupar en el mismo cargo conceptos incompatibles, por razones inveteradas y exhaustivamente explicadas por la jurisprudencia.—La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Rafael Ruiz Figueroa contra Rafael Ríos Toledo.—Magistrado ponente: Dr.

CONTRATO DE TRABAJO.—De acuerdo con el art. 23 del C. S. T., uno de los élementos esenciales para que se configure el contrato de trabajo, es el de "la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto patrono".—Esta subordinación o dependencia, según la doctrina, es de carácter eminentemente jurídico.-La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el Juicio del Dr. Arnulfo Manzur Gutiérrez contra la Compañía Frutera de Sevilla, representada por su Gerente J. R. Strange.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio

PRIMA DE ALIMENTACION, O CU-PON DE RACIONAMIENTO.—La circunstancia deque en acta suscrita entre las partes, se hubiese declarado que el beneficio del cupón de racionamiento "tiene un carácter extracontractual" y que se acuerda solamente con el objeto de poner fin de una manera cordial a las causas que determinaron en los trabajadores el paro existente, y que en las convenciones siguientes se hubiese consagrado en idénticas condiciones de precio, cantidad, etc. no constituye, en manera alguna, la declaración de que él no participase de la naturaleza jurídica del salario.— La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el Juicio de Luis Jiménez Guzmán y otros contra la Compañía Frutera de Sevilla.—Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño

JORNADA DE TRABAJO.—Dice el art. 158 del C. S. T., que "la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o falta de convenio, la . máxima legal".—La Corte por sentencia de 9 de mayo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el Juicio de Mariano Gaviria V. contra la Sociedad Industrial de Leches Ltda. Induleche, representada por su presidente Dr. William Gil Sánchez.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio

CASACION. — (Técnica). — El recurso de Casación no se abre por la acusación que se haga al Tribunal de haber infringido solamente normas sobre prescripción de acciones, sin que al mismo tiempo se señalen como violadas normas consagratorias de derechos, que, en casos como el de autos, serían de derechos no laborales.—La Corte por sentencia de 10 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Neiva en el Juicio de Oscar Fernández F. contra Justo Corredor.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar PERIODO DE PRUEBA.—El período de prueba debe ser estipulado por escrito, y en caso contrario los servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo.—La Corte por sentencia de 10 de mayo de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el Juicio de Dionisio Cuadro Urueta contra Alfonso Mejía Navarro.—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACION.—De conformidad con lo que dispone el art. 86 del C. P. L., hay lugar al recurso de Casación contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales". La Corte por providencia de 12 de mayo de 1969, RECHAZA el presente recurso de casación, por improcedente. Juicio de Apolinar Solano Bernal contra Luis Ernesto Flórez. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M	528 531	art. 64 del C. S. T., solo es equivalente al monto de los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación de la obra o labor.—La Corte por sentencia de 13 de mayo de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Joaquín Angulo contra la firma Control e Instrumentación Industrial Limitada (Termotécnica Coindustrial).—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION.—La jurisprudencia de la Corte ha precisado que el art. 310 del C. S. del T., instituyó en materia de cesantía y respecto de los trabajadores de la construcción, un régimen especial por cuya virtud tal derecho se causa "siempre que se haya servido siquiera un mes" —La Corte por sentencia de 14 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de José R. Gutiérrez Rojas contra la Compañía Atlas Construcciones Limitada.—Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón	547
CASACION.—(Técnica).—Si el Tribunal se abstuvo de aplicar el ordenamiento 266 del C. S. del T. no fue a consecuencia de haber incurrido en error de hecho, sino por ignorar su existencia o por haberse rebelado contra él, configurándose de este modo otro tipo de infracción diferente del que se afirma en la censura.—La Corte por sentencia de 12 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el Juicio de Agustín González Armadio contra la Sociedad Federico G. Burckhardt, Sucesores.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture	538	CASACION.— (Técnica). — Error de derecho.—El error de derecho que dentro de la causal primera de casación laboral contempla el art. 60 del D. L. 528 de 1964, solo ocurre "cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir esta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".—La Corte por sentencia de 16 de mayo de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de Alfonso Latorre Cáceres contra la entidad Junta General de la Beneficencia de Cundinamarca.—Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño	550

558

561

el Tribunal Superior de Cali en el Juicio de Marcelino Ceballos H. contra la Sociedad Nishela Limitada representada por el señor Cristóbal Sherman N.—Ponente: Abogado Asistente. Dr. Tito Octavio Hernández

CASACION. —(Técnica). — Error de derecho.-De acuerdo con el art. 23 de la Ley 16 de 1968, "el error de derecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico: pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre el punto, demostrando haberse incurrido en tal error v siempre que este aparezca de manifiesto en los autos".-La Corte por sentencia de 19 de mayo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yolombó en el Juicio de Eudoro Ballesteros contra la Frontino Gold Mines Limited.-Magistrado ponente: Dr. Edmun-

CASACION.—(Técnica).—El recurrente habla en el cargo de "violación indirecta o de medio", y no se detiene a explicar cuál es la de medio; pero según las disposiciones que cita como infringidas, se entiende que ha confundido los conceptos de violación medio v violación indirecta; y esta sola confusión no obsta para que se estudie el cargo por simple violación indirecta de los preceptos, que se ha consumado, según pretende el recurrente, por haber dejado el Tribunal de estimar en su verdadero valor proba-"determinadas pruebas".—La torio Corte por sentencia de 19 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el Juicio de Ramón Sierra Redondo contra la Industria Licorera del Magdalena, representada por su Gerente Julio Villa Carbonell.-Ponente: Abogado Asisten-

PERDIDA DE DERECHO AL AUXILIO \mathbf{DE} CESANTIA.—La facultad patrono para retener, consagrada por el art. 250 del C. S. del T., está circunscrita a la cesantía y no puede extenderse a prestaciones no contempermisión pladas por la legal.— La Corte por sentencia de 20 de ma-

vo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de José María Samper Suárez contra Country Club de Barranquilla S. A.-Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Pa-

HOMOLOGACION. - 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 estos. teniendo en cuenta las condiciones mínimas de trabajo que consagra la ley y las estipuladas en normas convencionales vigentes, y el ámbito que el poder decisorio de los árbitros señala la renuncia de la convención.-La Corte por providencia de 20 de mayo de 1969 HOMOLOGA el laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto laboral colectivo surgido entre la Asociación Nacional de Empleados de la Flota Mercante Grancolombiana S. A. (Anegrán) y la mencionada Empresa.-Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 569

CARGA DE LA PRUEBA.-La excepsimulación debe probarla ción de quien la formuló, conforme a principios v reglas legales conocidos.—La Corte por sentencia de 20 de mayo de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el Juicio de Raúl Fontana contra la Sociedad Abraham Niño v Compañía Ltda - Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón . . 574

CASACION.—(Técnica).—En forma repetida ha dicho la jurisprudencia que cuando la sentencia materia del recurso de casación se apoya en un conjunto de medios de prueba que concurrieron todos a formar la convicción del fallador, no basta para infirmarla que se ataquen algunos de tales medios, suponiendo eficaz el ataque, si los que restan son suficientes para apovar la solución a que llegó aquel, ni tampoco que se havan dejado de estimar algunas pruebas, si la sentencia se funda en otras que no han sido atacadas.—La Corte por sentencia de 22 de mayo de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial

CASA

Fondo Nacional de Caminos Vecide Santa Rosa de Viterbo en el Juicio de Alfonso Cárdenas Pérez connales.-Magistrado ponente: Dr. Juan tra la Empresa Acerías Paz del Río S. 597 A.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. CONFESION FICTA.—Para que pueda Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 578 deducirse la confesión ficta o presunta PRESCRIPCION.—La prescripción opeconsagrada en el art. 617 del C. J., ra solamente en beneficio de quien la se requiere, al tenor de los diáfanos alega expresamente.—La Corte términos de esta norma, que el juez sentencia de 22 de mayo de 1969. NO que recibe la exposición del absol-CASA la proferida por el Tribunal vente, al darse cuenta de que está dande Montería en el Juicio de Saúl Mido respuestas evasivas o inconducentes, guel Pinto Jiménez contra la sucesión lo amoneste para que conteste de un ilíquida de José Antonio Padilla Polo modo preciso, previniéndolo que si no lo hace así, se dará por cierto lo prerepresentada por sus herederos Sol Padilla de Padilla. Flor Padilla de Martíguntado.-La Corte por sentencia de nez. José Padilla Velásquez. Mireva Pa-22 de mayo de 1969. NO CASA la prodilla de Espinosa, Blanca Padilla Marferida por el Tribunal Superior de Botínez, Parmenio Padilla Martínez, Eligotá en el Juicio del teniente en rezabeth Padilla Martínez. Jorge Eliécer tiro Luis H. Moreno G. contra la Coo-Padilla Torres y Miguel Enrique Paperativa de Militares en Retiro Ltda. dilla Torres.-Ponente: Abogado Asis-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel tente Dr. Odilio Pinzón M. 581 CASACION.—(Técnica).—El ataque de-CASACION. — (Técnica). — El recurso be expresarse con absoluta claridad y de casación no es una tercera instanexactitud respecto al concepto de viocia, sino un medio extraordinario por lación e indicarse, cuándo la violación medio del cual se hace una confrontación se formula a través de error de hecho o entre la lev v la sentencia acusada.de derecho, cuáles pruebas fueron mal La Corte por sentencia de 23 de mayo apreciadas y cuáles se dejaron de de 1969, NO CASA la proferida por el estimar.-La Corte por sentencia de Tribunal Superior de Santa Marta en el 22 de mayo de 1969, NO CASA la Juicio de Luis Torres P. contra el Deproferida por el Tribunal Superior del partamento del Magdalena, represen-Distrito Judicial de Bogotá, en el Juitado por su Gobernador.-Ponente: Abocio de Efraín González Rojas contra el gado Asistente, Dr. José Eduardo Distrito Especial de Bogotá.-Po-609 nente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 590 CASACION. – (Técnica). – Error de hecho.-Para efectos de la casación. PAGO DE LA COMISION. EN CA-PERMUTA.-La el error de hecho debe ser ostensi-SODE Corte por sentencia de 22 de mayo de 1969, ble y objetivo. - La Corte por senten-NO CASA la proferida por el Tribunal cia de 23 de mayo de 1969 NO CASA la proferida por el Tribunal Superior Superior del Distrito Judicial de Bodel Distrito Judicial de Bogotá en el gotá en el Juicio de los señores Fabio Estrada González v Jorge E. Gutié-Juicio de Luis Ovidio Briceño contra rez contra la Sociedad denominada Alla Sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca).-Magismacenes Generales de Depósito Mercantil S. A. (Almacenar).—Ponente: trado ponente: Dr. Jorge Gaviria Sala-Abogado Asistente Dr. Mario Barrios 613

593 TRABAJO A DOMICILIO.-La Corte NAVIDAD.—La DE por sentencia de 24 de mayo de por sentencia de 22 de mayo de 1969, 1969, NO CASA la proferida por el PARCIALMENTE, Tribunal Superior del Distrito Judiferida por el Tribunnal Superior del cial de Bogotá, en el Juicio de María Antonia Ulloa contra Humberto Pa-Distrito Judicial de Bogotá en el Juirra.-Magistrado ponente: Dr. Jorge cio de Daniel Lorza Ayora contra el

en el Juicio Ordinario sobre nulidad de

Gaviria Salazar		unas sentencias, juicios acumulados de Isidoro Duplat, Sergio Sanclemente Duplat, Germán Hernández Duplat, Blanca Victoria Hernández Duplat y Mariela Hernández Duplat contra Carlos Julio Parra y Purificación Rojas Sánchez.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M	638
UNIDAD O IDENTIDAD DE EM-PRESA.—Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.—La Corte por sentencia de 27, de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Hernán Monsalve contra la Compañía Nacional de Chocolates S. A.—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana	631	contrato de trabajo. Art. 23 del C. S. del T.—La Corte por sentencia de 28 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jaime Alvarez de Alba contra Líneas Limitada, representada por los señores Guillermo Riaño y Ramiro Anzola.— Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar	642
CASACION.—(Técnica).—En el caso presente, el cargo no presenta una proposición jurídica completa; ahora, en una censura por error de hecho como la planteada por el recurrente, omite este, respecto de las pruebas que señala como desestimadas, expresar lo que las pruebas demuestran, singularmente precisadas, señalando a la vez los errores en que incurrió el juzgador a consecuencia de tal desestimación, pues la impugnación no es permitible hacerla en casación de manera vaga y general, como sí tiene cabida en los alegatos de instancia.—La Corte por sentencia de 27 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el Juicio de Luis Noriega Valdés contra la firma Incaribe Limitada.—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana	636	1954, y la forma de distribución contemplada en el art. 204 del C. S. del T., se definen, no en el momento en que el trabajador entra al servicio de una empresa de las obligadas al pago de esa prestación, y en vista del señalamiento que él haga de beneficiario, sino al momento de su muerte que es cuando se causa el derecho, y se hace posible definir la correspondiente situación jurídica entre la Empresa y el beneficiario o beneficiarios, o de estos entre sí.—La Corte por sentencia de 28 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el Juicio de Stella Becerra V. de Henao contra la Sociedad Walter Rothlisberger & Co. Ltda. representada por su Gerente Rolf Mezger.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández	646
CASACION. — (Técnica). — La casación laboral solo puede atender a la violación de la ley sustantiva, con miras a unificar la jurisprudencia.—La Corte por sentencia de 28 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta		DEBE DEMOSTRARSE POR EL PA- TRONO.—Para la Sala, por la nota de despido, la empresa ciertamente co- municó a su trabajador el motivo de tal hecho y este aparece precisado en el incumplimiento grave de obligaciones y violación de prohibiciones especiales,	

pero dicha nota lo que prueba es la

654

658

comunicación misma, esto es, el acto de manifestarle al trabajador el motivo para la terminación del contrato, mas. en manera alguna, tal escrito prueba la verdad de lo manifestado, es decir, que fuesen ciertos los hechos que el patrono imputó a su trabajador.—En otras palabras, el documento prueba la invocación de un motivo justo pero no la verdad y la justicia de los hechos a que se refiere.-Y es que no pueden confundirse esos dos actos: al primero de los cuales obliga el art. 66 del C. S. del T., pero con solo él, obviamente, no puede darse por establecida la verdad del hecho que se comunica, como determinante del otro.-La Corte por sentencia de 29 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Pablo Antonio Muñoz Rangel contra la Texas Petroleum Company.—Magistrado ponente: Dr.

TRIBUNALES O COMISIONES CONCILIACION Y ARBITRAJE.—Según el art. 1o. del Decr. 2017 de 1952, es de competencia primitiva de los Tribunales o Comisiones de Conciliación y Arbitraje, o de los organismos que hagan sus veces, el conocimiento y decisión de los conflictos o controversias que, de acuerdo con la respectiva convención, pacto o fallo arbitral, le corresponda dirimir a tales entidades.— La Corte por sentencia de 29 de mayo de 1969, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el Juicio de Olimpo Drago García contra Transportes Fluviales Magdalena Ltda. (Transfluviales).-Ponente: Abogado Asistente. Dr. Miguel

 REPOSICION DE LA PROVIDENCIA QUE DENEGO EL RECURSO
DE CASACION . — La separación
entre el valor de la cosa litigada, la
cuantía de la acción y el quantum
para recurrir en casación, no proviene
de esta Sala de la Corte, sino que la
hacen expresamente el Decr. 528 de
1964 y la Ley 16 de 1968.—La Corte por
providencia de 30 de mayo de 1969,
NO REPONE la providencia dictada
por esa misma Sala el 2 del presente
mes de mayo.—Magistrado ponente: Dr.
Carlos Peláez Trujillo

ACUERDO ENTRE LAS PARTES. PARA PAGO GRADUAL DE PRES-TACIONES SOCIALES.—Es claro que en el presente asunto no cabe hablar de transacción por cuanto ningún contrato celebraron las partes para terminar un litigio pendiente ni para precaver uno eventual.—En cambio, los hechos que el recurrente muestra como indicios, con señalamiento además de las piezas que los establecen, exhiben que entre la demandada y el demandante hubo, al finalizar el contrato, un convenio por cuya virtud las prestaciones se pagarían por cuotas periódicas.—La Corte por sentencia de 30 de mayo de 1969, CASA PARCIALMENTE proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Juicio de Bernardo Robledo Isaza contra Plaza & Janes S. A. Editores Colombia.—Magistrado ponente: Dr. Juan

CONFESION.—El reconocimiento de la firma y las explicaciones sobre el contenido del escrito forman una sola confesión que debe valorarse por el juzgador en forma indivisible.—La Corte por sentencia de 30 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el Juicio de Eduardo Coronado contra César R. Marcucci V.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Odilio Pinzón M.

CASACION. — (Técnica). — La norma contenida en el art. 23 de la Ley 16 de 1968 es perentoria en el sentido de que "el error de hecho será causal de casación solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico:—La Corte por sen-

cco

671

687

tencia de 30 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Víctor M. Matiz P. contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi y la Caja Nacional de Previsión Social.—Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 679

INDEMNIZACION POR FALTA PAGO.—El Tribunal consideró acuerdo con las pruebas del proceso. que no se había demostrado la mala fe del demandado para que se hubiere hecho acreedor a la sanción moratoria establecida en el art. 65 del C. S. del T., con lo cual reiteró una vez más, lo dicho por la Corte que predetermina la causalidad de aquella sancion moratoria "en la mala fe y la temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fe, que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximentes de esa pena".-La Corte por sentencia de 31 de mayo de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de María Rosaura Cárdenas contra Vidal Acosta Rico.—Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria S.

PRESCRIPCION.—La prescripción del derecho consagrado por el art. 306 del C. S. del T. referente a la prima de servicios, empieza a correr, en cada semestre del calendario, desde el día siguiente al de la fecha señalada en ese artículo para efectuar el pago. En el caso de las vacaciones, la extinción de la acción se cuenta, no desde el día en aue se causa el derecho a disfrutar de las vacaciones, sino desde el día en que se cumple el año subsiguiente, dentro del cual el patrono está obligado a señalar el tiempo de su disfrute, de acuerdo con el art. 187 del C. S. del T. -La Corte por sentencia de 2 de junio de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el Juicio de Domingo A. Londoño contra la Sociedad en liquidación Transportes Arango Ltda.—Magistrado ponente: Dr.

CASACION.—(Técnica).—Para que la acusación sea eficaz, es necesario en el cargo, atacar la sentencia en su soporte fundamental.—La Corte por sen-

tencia de 3 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de Aurelia Flórez Villamizar contra Sabina Guzmán de Rodríguez.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.

SALARIO.—Por salario. en términos generales, se entiende la remuneración con que se retribuyen servicios personales. Y si bien es cierto que el patrono v el trabajador libremente pueden convenir el salario en sus diversas modalidades, también lo es que esta libertad tiene el límite que le impone el "salario mínimo".—La Corte por sentencia de 3 de junio de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el Juicio de Herminio González H. contra el Dr. Rafael Barrios Ferrer.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.....

PRESCRIPCION.—Como en la fecha en que fue recibido el reclamo v en la de la notificación del auto admisorio de la demanda -que es el acto procesal con fuerza suficiente para interrumpir la prescripción y no el de la simple presentación del libelo, según reiterada jurisprudencia sobre la materia- ya había transcurrido el término de tres años de que tratan los arts. 488 del C. S. T., y 151 del C. P. L., resulta indiscutible el acierto del Tribunal al aplicar estas normas y declarar probada la correspondiente excepción.— La Corte por sentencia de 3 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Ananías Mateus Bonces contra la Sociedad Petty Geophysical Company S. A.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture

COEXISTENCIA DE CONTRATOS.—Según el art. 26 del C. S. del T. permite que un trabajador pueda celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, pero no prohibe que un trabajador pueda celebrar dos o más contratos de trabajo, con un mismo patrono.—La Corte por sentencia de junio 3 de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Justo Honorio Rodríguez Penagos, contra

695

699

la empresa Acerías Paz del Río S. A.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture CONTRATO PRESUNTIVO DE TRA-BAJO.—La Corte por sentencia de 3 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de Ismael Rodríguez contra la Compañía Colombiana de Grasas Cogra S. A.—Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C	707	atendibles, por el patrono demandado, de la existencia del contrato de trabajo, y la duda fundada acerca de este mismo extremo, impiden declarar la mala fe sustentadora de la imposición de la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del C. S. del T. por el no pago o depósito de lo que cree deber, al término de la relación laboral, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador demandante.—La Corte por sentencia de 9 de junio de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el Juicio de Henning Pieckman contra la firma Eberhar Diestel.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga	729
presa como de la índole de la actividad que se ejercita, por lo cual no podía ser determinado con prescindencia de esta.—La Corte por sentencia de 4 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Rafel Ospina Romero contra la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá. (CAR).—Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo	714	HECHO NOTORIO.—Los principios del derecho probatorio en cuanto tienen de universales, admiten que los hechos notorios no requieren demostración, remontándose así el antiguo derecho donde regía la máxima "notorio non agent probatione".—La Corte por sentencia de 11 de junio de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el Juicio de Juan B. Capella Tache contra el Banco de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana	736
SOCIEDAD DE HECHO.—La Corte por sentencia de 6 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal de Santa Marta en el Juicio de Juan Aquilino Scott E. contra Carlos Aurelio Lacouture.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios M	719	PRIMA EXTRALEGAL.—No hay pues ningún yerro en el fallo del Tribu- nal cuando da a la prima anual extra- legal de los servidores bancarios el carácter de habitual y no gratuita y gra- ciosa y de retribuidora del trabajo de los beneficiarios.—La Corte por senten- cia de 11 de junio de 1969, NO CASA	
providencia de 9 de junio de 1969, declara inexequibles las decisiones Quinta y Sexta del laudo arbitral proferido el 29 de noviembre de 1968 por el Tribunal de Arbitramento convocade por el Ministerio del Trabajo para solucionar el conflicto colectivo suscitado entre el Hospital de Barranquilla y sus Sindicato de Trabajadores y lo HOMOLOGA en todos los demás puntos.—Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia	724	la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Hernando Jiménez Martínez contra el Banco de Colombia.—Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño	740
INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.—La jurisprudencia laboral ha sentado que la discusión, con razones		representada por su Gerente.—Po- nente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga	74 4

754

756

CASACION.(Técnica).—Error dehecho.—El error de hecho evidente a que se refiere la ley consiste en la equivocación objetiva o subjetiva en que incurre el sentenciador en la apreciación de los hechos, de suerte que si algunos de los en que se apova el fallo acusado no son susceptibles de examen en casación por impedirlo la técnica del recurso, el error no puede presentarse a los ojos del Tribunal de casación en la forma resaltante en que lo quiere la ley, especialmente tratándose de la interpretación de cláusulas convencionales cuyo significado no pocas veces depende del alcance o extensión que las mismas partes les hayan atribuído al ejecutarlas.-La Corte sentencia de 12 de junio de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el Juicio de Elvia Villa Ochoa contra la Editorial El Diario S. A.-Magistrado ponente: Dr. Carlos

INDEMNIZACION POR MORA.— Reiterada jurisprudencia de la Corte.—Buena fe patronal.—La por sentencia de 27 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Luis Alfonso Gutiérrez Abril contra la Cooperativa de Confederación de Trabajadores Coocetece, Ltda.-Magistrado ponen-

CASACION. — (Técnica). — De conformidad con el numeral 10. del art. 87 del C. P. del T., el error, en la casación laboral, presenta dos modalidades: la de la errónea estimación de una prueba determinada y la de falta de apreciación.—La Corte por sentencia de 27 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de Leonidas Londoño Naranjo contra Alfonso Peraza.—Ponente: Abogado Asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.—La jurisprudencia ha tablecido que la sanción allí contemplada (art. 65 del C. S. del T.) no debe aplicarse si se presentan circunstancias eximentes, como ocurre cuando

la parte obligada ha discutido la existencia misma de la obligación con razones plausibles que surjan de hechos demostrados en el juicio; y ello porque entonces hay que admitir la buena fe, que ha de regir toda relación contractual.—La Corte por sentencia de 27 de junio de 1969, CASA PAR-CIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el Juicio de Marco Antonio Reves S. contra la sociedad Plan Residencias Ltda., representada por su Gerente Humberto Castro Ordoñez.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Odilio Pinzón M.... 760

CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL ESTADO Y SUS SERVIDORES.— Y si respecto de los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, se habla de que dichos contratos, se consideran "suspendidos" hasta por el término de noventa días, plazo que se concede para efectuar la liquidación y pago de lo que la administración adeude al trabajador, y de que pasado ese plazo los contratos "recobrarán su vigencia", apenas debe entenderse que el vínculo jurídico subsistente, aislado de la presentación del servicio, no envuelve la obligación de pagar salarios durante el término de gracia, pero sí desde que este concluve y hasta cuando se cubra al trabajador lo que se le adeude o se haga el depósito ante autoridad competente.-La Corte por sentencia de 27 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el Juicio de José Tobías Pabón Riveros contra el Departamento Cundinamarca.—Ponente: gado Asistente, Dr. Miguel Angel Zú-

769

CASACION. — (Técnica). — La Corte por sentencia de 28 de junio de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el Juicio de Antonio Vernetti contra la Sucesión de Giovanni Roberto Croce, representada por sus herederos Stefano, Arnesto y Carolina Croce. - Magistrado ponente: Dr. Jorge Gavirio Sa-

CASACION. - (Técnica). - La acusación debe enderezarse, so pena de resultar frustránea, a destruir el soporte en que reposa el fallo del ad quem.-La Corte por sentencia de 30 de junio de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio del Dr. Carlos Arturo Gutiérrez contra la sociedad Plásticos y Productos Químicos S. A. (Plastiquímica).—Magistrado ponente: Dr. Edmun-

CASACION. — (Técnica). — Reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que en casación no es admisible el cargo por quebrantamiento de todo un código, toda una ley o todo un decreto ejecutivo, "sin que se exprese el artículo o la disposición del respectivo estatuto concretamente violado".-La Corte por sentencia de 30 de junio de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el Juicio de Eva Mendoza de Fernández contra el Distrito Especial de Bogotá.-Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M..... 784