REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete Partidas: Partida 1a. Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451.
DE 7 DE MARZO DE 1936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE
DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

TOMO CXXXII Números 2318 - 2319 y 2320

Bogotá - Colombia. Octubre, Noviembre y Diciembre de 1969

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CXXXII

BOGOTA, D.E. - ITALGRAF LTDA. - 1969

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, **Presidente.**
Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

MAGISTRADOS: Doctores: Ernesto Blanco Cabrera, (desde Nov. 25 / 69).
Flavio Cabrera Dussán, (hasta Nov. 24 / 69).
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: Humberto Barrera Domínguez.
Samuel Barrientos Restrepo.
Luis Eduardo Mesa Velásquez.
Simón Montero Torres.
Antonio Moreno Mosquera.
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 Harker 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.
Hernán Toro Agudelo.

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

Octubre, noviembre y diciembre de 1969.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES

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

TOMO CXXXII Bogotá - Colombia Octubre, Noviembre y Diciembre de 1969
Nos. 2318, 2319 y 2320

SALA DE CASACION CIVIL

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

ABUSO DEL DERECHO

Se comete al causar daño en el ejercicio descuidado o imprudente de un derecho, aun sin intención de producirlo.

a) El cargo planteado es por violación indirecta de ley sustancial, a causa de errores de derecho en la apreciación de pruebas, como se deduce del desarrollo de la censura.

La doctrina y la jurisprudencia aceptan que el ejercicio abusivo de un derecho es fuente de responsabilidad, pues la responsabilidad civil extracontractual no proviene, únicamente, de los actos materiales, que cometidos con dolo o culpa, causen daño a un tercero.

La teoría del abuso del derecho tiende a moralizarlo, a hacerlo más humano; y se explica por eso que el ejercicio de un derecho pueda ser fuente de responsabilidad para su titular.

Entre nosotros se citan disposiciones en las cuales se consagra, para situaciones particulares, el abuso del derecho, como los arts. 1002 y 2136 del C. C., el primero referente a la hipótesis de quien cava un pozo en suelo propio, y el segundo relativo a la renuncia hecha de mala fe o intempestivamente por uno de los socios. En determinados casos la sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios (art. 2134 C. C.) pero ese derecho no se puede ejercer en forma abusiva: la ley permite y reconoce la renuncia si es de buena fe o tempestivamente.

b) Varias tesis se han expuesto para explicar cuándo el ejercicio de un derecho reconocido por la ley puede ser para su titular fuente de responsabilidad civil.

Frente a las diversas teorías que se han ideado por los tratadistas para dar esa explicación, entre nosotros la jurisprudencia ha aceptado que el abuso del derecho no es sino una aplicación de los principios generales que rigen la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

La Corte ha acogido este criterio fundándose en los arts. 8o. de la Ley 153 de 1887 y 2341 del C. C. El primero expresa que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitu-

cional y las reglas generales de derecho; el segundo sienta, de manera general, el principio de que todo aquel que "ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

El derecho es una facultad que debe ejercitarse en orden al cumplimiento del fin social que persigue, sin traspasar los límites de la justicia ni de la moral. Por consiguiente, cuando se ejerce negligentemente o con la intención de causar daño a otro, y a consecuencia de ese ejercicio se ocasiona un perjuicio, quien lo causa en esa forma debe indemnizarlo, porque al abusar de su derecho comete un acto ilícito.

Es, pues, en Colombia, el abuso del derecho una aplicación de la responsabilidad extracontractual a una determinada materia. En consecuencia, hay abuso del derecho, de conformidad con esta última concepción de la figura, cuando se ejercita dolosa o culpablemente, es decir, con intención positiva de infringir injuria o daño a otro, o con negligencia, imprudencia, o falta de diligencia y cuidado. El problema se ubica así en el ámbito de la culpa y no se exige que el autor del daño haya tenido intención de causarlo, sino, simplemente, que haya ejercitado un derecho de manera descuidada o imprudente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: septiembre 24/69. - Acta No. 72).

Contra la sentencia de 9 de octubre de 1964, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario adelantado por Mario Russo L. contra el Banco de Bogotá, interpuso casación la parte demandada. Concedido el recurso por el sentenciador y tramitado en legal forma por la Corte, se decide ahora sobre su mérito.

I

HECHOS ANTECEDENTES

1. El 2 de mayo de 1956 el Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación, solicitó el embargo y secuestro preventivos "de los semovientes que el presunto demandado tiene en el predio 'El Carreto', sitio en el 'Copey', Valledupar... marcados con el siguiente hierro quemador: (♡). Para la práctica del secuestro usted se servirá comisionar al Inspector de Policía de El Copey con facultad para designar y posesionar secuestre". Se proponía el peticionario ejecutar a José Vicente Forero para la efectividad de una letra de cambio por $ 20.000.00, aceptada por éste y negociada por el Banco;

2. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga, previa exigencia de caución al presunto ejecutante, decretó el embargo y secuestro preventivos de los semovientes el 9 de mayo de 1956 y comisionó al Inspector de Policía de El Copey para la práctica de la diligencia. El 6 de junio siguiente se llevó a término, por el comisionado, dicha diligencia, habiendo sido secuestradas cuarenta y siete (47) reses, así: cuarenta y cuatro (44) novillos, dos (2) toros y una (1) vaca, que se encontraban en el predio "El Carreto", de propiedad de Gabriel Campo; este manifestó que eran de José Vicente Forero, quien los tenía a pastaje. Los semovientes ostentaban la marca del presunto ejecutado, además de otros signos que la diligencia reseña. Tales semovientes quedaron en poder de Gilberto Jaramillo G. como secuestre nombrado al efecto;

3. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga libró luego mandamiento de pago, a petición del Banco, contra José Vicente Forero, por el valor de la letra. Este recibió la notificación del auto ejecutivo el 12 de julio de 1956, y el 25 de los mismos se consideraron como definitivamente embargados en el juicio de apremio los semovientes materia del embargo y secuestro preventivos, a petición de la parte ejecutante, a quien se le devolvió el depósito o valor de la caución que había prestado para la prosperidad de las diligencias cautelares;

4. El 13 de octubre de 1956 Mario Russo L. en uso de la facultad que otorga el art. 1023 del C. J., pidió el levantamiento del secuestro de los semovientes, alegando que el ganado era de su propiedad y que se lo había dado a José Vicente Forero a pastaje, "persiguiendo Forero las utilidades que son usuales en esta clase de negocios". Tramitado el incidente respectivo, el Juzgado del conocimiento decretó el desembargo y levantamiento del secuestro en providencia de 10 de abril de 1958, pero el Tribunal Superior de Santa Marta modificó el auto del Juzgado, que había sido objeto de apelación, en el sentido de decretar el desembargo y levantamiento del secuestro de tres (3) reses solamente "identificadas con las letras M.R., que fueron secuestradas en diligencia practicada por el señor Inspector de Policía de El Copey el día 6 de junio de 1956".

De la providencia del Tribunal fechada el 21 de julio de 1958, se pidió reposición, mas el autor del recurso no obtuvo éxito en su solicitud, según auto de 13 de agosto siguiente;

5. Ante el Juzgado Superior de Santa Marta se adelantó una investigación de carácter penal para averiguar sobre la responsabilidad en que hubiesen podido incurrir quienes identificaron las marcas de los semovientes cuando fueron secuestrados, pues se había afirmado que hubo falsedad en esa identificación. El proceso penal correspondiente, que sirvió de fundamento para solicitar la suspensión del juicio de apremio, concluyó con un sobreseimiento definitivo, dictado por el Juzgado Tercero Superior de Santa Marta el 12 de mayo de 1960;

6. Habiendo finalizado la suspensión del juicio ejecutivo, Mario Russo L. provocó un nuevo incidente de levantamiento del embargo y secuestro de los semovientes, que el Juzgado del conocimiento aceptó y decidió desfavorablemente a la petición. Mas el Tribunal de Santa Marta, por auto de 22 de septiembre de 1961, revocó "el auto de doce (12) de mayo de 1961, dictado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga por el cual no accedió a levantar el embargo y secuestro preventivos en el juicio ejecutivo adelantado por el Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación contra el señor José Vicente Forero; y en su lugar resuelve, en atención a que el señor Mario Russo L. ha probado posesión y propiedad en los semovientes en discusión, que se le entreguen los mencionados semovientes que tienen sus hierros...". El 17 de octubre de 1961 el Juzgado, en obedecimiento a lo dispuesto por el superior, ordenó la entrega de los ganados por el secuestre a Mario Russo L.;

7. El 27 de enero de 1960, es decir, cuando todavía estaba en suspenso el juicio ejecutivo, el Gerente del Banco de Bogotá en Fundación, Mario Russo L., y José Vicente Forero, dijeron que "en vista de que las reses secuestradas en el aludido juicio se están desmejorando con ocasión de los varios años que lleva el pleito nombrado, hemos resuelto de común acuerdo vender al mejor postor las reses a que se ha hecho referencia", y acordaron que el precio de venta se distribuyese así: un cincuenta por ciento (50%) para el Banco de Bogotá y el otro cincuenta por ciento (50%) para Mario Russo L., dinero que quedaría en depósito en poder de cada uno de ellos "hasta tanto el Juzgado del Circuito Civil de Ciénaga y el correspondiente Tribunal Superior o sea la justicia ordinaria, dirima o falle en forma definitiva el expresado pleito". Se agregó que el convenio no afectaría las consecuencias jurídicas o contraprestaciones "que puedan deducirse o derivarse del fallo definitivo en relación con el juicio a que se refieren las cláusulas anteriores, ya que este convenio solamente es atinente a la venta de las reses por su desmejoramiento futuro";

8. Se afirma en el libelo incoativo del presente juicio, que en la fecha del acuerdo los semovientes habían quedado reducidos a treinta y dos (32); que el Banco había vendido los restantes "y aplicado su valor a los gastos que demandaba el secuestro de tales animales"; que los referidos treinta y dos (32) novillos fueron vendidos a Félix Antonio Mendinueta; y que una vez levantado el embargo y secuestro preventivos, El Banco entregó a Russo el cincuenta por ciento (50%) del valor de los ganados que había quedado en su poder, conforme a la transacción.

II

EL LITIGIO

Cerrado definitivamente el segundo incidente sobre levantamiento del embargo y secuestro de los animales, Mario Russo L., estimando que el ejecutante de Forero había abusado de su derecho al perseguir como bienes del deudor unos semovientes que no eran de propiedad de este, demandó al Banco de Bogotá ante el mismo Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"A) Que el Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación, es responsable por el abuso del derecho o por culpa, de los perjuicios sufridos o causados a mi mandante con ocasión del embargo y secuestro preventivos de 47 novillos de propiedad de mi representado, en las medidas preventivas y juicio ejecutivo que dicho Banco de Bogotá promovió por medio de apoderado contra José Vicente Forero en el Juzgado 1o. Civil de este Circuito.

"B) Que como consecuencia de la anterior declaración se condene al Banco de Bogotá sucursal de Fundación a pagar a mi mandante la suma de $ 20.000.00 m/cte., o la cantidad estipulada por peritos, como valor de quince (15) novillos para exportación que no han sido devueltos a mi representado y que fueron embargados y secuestrados por el expresado Banco de Bogotá en la diligencia de embargo y secuestro preventivos contra José Vicente Forero, siendo

dichos novillos de mi mandante o sea un tercero ajeno a dicho pleito.

"C) Que se condene al Banco de Bogota sucursal de Fundación a pagar a mi mandante los perjuicios, lucro cesante y daño emergente, causados a mi cliente con el embargo y secuestro preventivos de 47 novillos de su propiedad, en demanda contra José Vicente Forero, promovida por el expresado Banco de Bogotá, desde el día 6 de junio de 1956 hasta el día 27 de enero de 1960, perjuicios que serán estimados por peritos y que yo señalo en la suma de ciento cincuenta mil pesos m/cte., por ser mi mandante un tercero ajeno a dicho juicio.

"D) Que se condene al Banco de Bogotá a pagar a mi mandante el daño moral causado a él con el embargo y secuestro de 47 novillos cuya propiedad pertenece a mi mandante y que el Banco desconoció en las medidas de embargo y secuestro preventivos de los dichos semovientes en el juicio ejecutivo y acción preventiva contra José Vicente Forero".

El demandado se opuso a las pretensiones de la parte actora, aceptó algunos hechos, negó otros y expresó que no le constaban los demás.

El Juzgado del conocimiento falló el pleito absolviéndolo de los cargos formulados, en sentencia de 6 de marzo de 1964.

El actor apeló y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta decidió el recurso mediante fallo de 9 de octubre del mismo año, en la siguiente forma:

"Primero. Revócase en todas sus partes la sentencia proferida en este juicio por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga, con fecha seis (6) de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro (1964).

"Segundo. Condénase al Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación, a pagar a Mario Russo L., la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00) ml. por concepto de perjuicios morales subjetivados.

"Tercero. Condénase igualmente al Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación, a pagar a Mario Russo L. los perjuicios materiales y los perjuicios morales objetivados, en las cuantías que resulten fijadas mediante el procedimiento previsto en el art. 553 del C. J., conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

"Cuarto. Condénase a la parte demandada a pagar las costas de la primera instancia.

"Quinto. Sin costas en el recurso".

Este es el fallo objeto del presente recurso de casación.

III

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en el art. 2341 del C. C., el Tribunal acepta que el abuso del derecho puede dar lugar a responsabilidad para quien lo ejerce con dolo o culpa.

Para el sentenciador es incontrovertible que el Banco de Bogotá, como titular de un crédito de los que traen aparejada ejecución, tenía pleno derecho para ejecutar a su deudor José Vicente Forero, y que "con miras a obtener la efectividad de su crédito podía ejercitar válidamente las acciones accesorias de que trata el capítulo I del título V del C. J. (Libro 2o., observa la Corte) y perseguir, en consecuencia, los bienes del deudor, o los que fundadamente creyera que le pertenecían, en cuantía suficiente y razonable para garantizar la solución de su acrencia".

Nota el Tribunal que para solicitar el embargo y secuestro de los semovientes, el Banco partió de la base de que, "según el balance o informe confidencial que le había suministrado su deudor Forero (fl. 7), este era propietario de 145 vacunos, entre los cuales figuraban 55 novillos"; que su creencia acerca de que el presunto ejecutado era dueño de los semovientes que iban a ser materia de las medidas cautelares, "debió afianzarse ante la manifestación hecha por el propietario de la finca donde pastaban los ganados, señor Gabriel Campo, en el sentido de que los novillos en cuestión pertenecían a José Vicente Forero y ante la comprobación, además, de que todos ellos estaban marcados con el hierro quemador de este"; que, por otra parte, el hecho de que cuatro meses después hubiese aparecido un tercero solicitando el levantamiento del secuestro de los bienes preventivamente embargados y secuestrados, "en manera alguna constituía motivo para que el Banco prescindiera de perseguirlos", porque tales incidentes son frecuentes en los juicios ejecutivos "y en no pocas ocasiones carecen de fundamento"; que el Banco ejercitó, por tanto, un derecho legítimo y su conducta es inobjetable en sus primeros pasos, pero que "no puede decirse lo mismo de su desarrollo ulterior, pues hay pruebas en los autos de que en un determinado momento y de ahí en adelante el Banco tuvo conciencia de que los semovientes que perseguía y que Russo reclamaba como suyos, eran en realidad de este".

Se refiere el fallo a la declaración del doctor Ernesto López, quien dice que a solicitud del Banco intervino con el objeto de conseguir una transacción con Mario Russo, en relación con los ganados secuestrados. Transcribe parte de su testimonio y estima que su dicho "aparece ratificado por el Gerente Lázaro Ortiz en las posiciones que absolvió el 23 de enero de 1958, en las cuales confiesa haber sostenido en el 'Café Bolívar' de Barranquilla la conversación a que alude el declarante. En dicha diligencia aceptó, además, haber recibido las cartas que le fueron enviadas por López, fechadas en Barranquilla el 24 de diciembre de 1956 y el 19 de enero de 1957, cuyas copias figuran a fls. 84 frente y vuelto y reconoce como cierto el contenido de la primera y como suya la firma puesta al pie de la carta fechada en Fundación el 26 de enero de 1957 (fl. 84 v.), por medio de las cuales dio respuesta a aquellas".

Expresa además que las gestiones adelantadas por el Banco a objeto de llegar a un arreglo con Russo, actor en el incidente sobre levantamiento del secuestro, dieron por resultado el convenio de 27 de enero de 1960.

Para el Tribunal el testimonio del Dr. López no es por sí solo plena prueba, pero lo toma como un indicio serio "de que las cosas sucedieron como él las relata", porque lo expresado por el testigo "fue confirmado por el Gerente de la entidad demandada al absolver posiciones y al reconocer las cartas a que se hizo referencia".

Luego agrega el sentenciador: "Las dichas confesiones y reconocimientos constituyen, pues, plena prueba de que el Banco de Bogotá buscó insistentemente una transacción con Russo acerca de los semovientes embargados y de los cuales este último afirmaba ser dueño. Y prueban también, con el carácter de indicio necesario que les reconoce la Sala, que el Banco tenía conocimiento de que había embargado bienes de un tercero, ya que es de la única forma como resulta lógica su conducta al buscar a toda costa un arreglo con ese tercero. El hecho de que lo hubiese llamado a una transacción y llegado a celebrarla con él, es signo inequívoco de reconocimiento del derecho que aquel alegaba.

"Obsérvese, además, que en el testimonio dado por López, al cual se le asignó también ya el carácter de indicio y que unido a este vendría a formar la plena prueba de que habla el art. 665 del C. J., se afirma que el Gerente Ospina había manifestado que el ganado 'lo reclamaba el señor Mario Russo como de su exclusiva propiedad y que parecía ser cierto que lo fuera, que el señor Forero solamente lo tuviera como consecuencia de un contrato de pastaje de las aludidas reses".

Agrega el fallador que según la declaración de López, los Gerentes del Banco le dijeron que no tenían duda sobre que su reclamo era honesto.

Con base en esos elementos del juicio el Tribunal concluyó que el Banco tuvo conocimiento de que las reses embargadas eran de propiedad de Mario Russo; que desde ese momento debió cesar en su empeño de continuar en el embargo y secuestro preventivos de los semovientes, y que al no hacerlo así el ejercicio de su derecho se tornó abusivo, "no tan sólo por seguir usando de él de manera descuidada o imprudente, sino también con temeridad manifiesta".

Concluye el sentenciador que la conducta del Banco ocasionó perjuicios al demandante, materiales y morales, que está obligado a indemnizar; y que tal obligación existe desde cuando aquel se manifestó sabedor de que el verdadero propietario de los ganados era el actor en el presente juicio, o sea, "según lo acreditan las pruebas estudiadas, el día 23 de diciembre de 1956".

IV

EL RECURSO

Uno de los varios cargos que se formulan contra la sentencia del Tribunal está llamado a prosperar, por lo cual la Corte limitará su estudio a ese solamente, con arreglo al precepto del art. 538 del C. J.

El cargo se plantea en la siguiente forma:

Para el sentenciador es evidente que el Banco procedió de mala fe desde el mes de diciembre de 1956 porque el declarante Ernesto López da testimonio de que la entidad demandada lo llamó para que le sirviera de intermediario en orden a buscar una transacción con Mario Ruso; y porque, además, dicha transacción se llevó a término, según lo manifestado por el Gerente en las posiciones que absolvió.

Buscar esa transacción, celebrarla y ejecutarla, averiguar el Banco sobre la honorabilidad de Russo y oir confirmada por sus Gerentes la versión del declarante López sobre que a aquellos les parecía honesta la reclamación del nombrado Russo sobre la propiedad de los ganados embagados y secuestrados, constituyen para el Tri-

bunal indicios de que el Banco tenía conocimiento de que había embargado bienes de un tercero. Y de allí deduce que incurrió en culpa al continuar en la persecución de los semovientes.

Sostiene el recurrente que todo se reduce a la declaración de Ernesto López sobre la transacción buscada y celebrada por el Banco; que de allí no se deduce necesariamente el conocimiento que este tuviese acerca de que en realidad los semovientes eran del nombrado Russo; que el Tribunal quebrantó los arts. 696 y 697 del C. J. en la apreciación de esa declaración, por haberle dado al testimonio un valor que no le corresponde, conforme a la ley; que igualmente quebrantó el art. 666 del mismo código, porque dedujo del testimonio de López un indicio consistente en que los Gerentes del Banco de Bogotá en Fundación le dijeron que "parecía ser honesta la reclamación de Russo", lo que no está probado sino por la declaración del mismo López; y por no haber pluralidad de testigos sobre el hecho del "parecía" es apenas un indicio, que se ha declarado probado por medio de otro indicio.

Afirma el recurso que el quebranto de los textos legales citados, llevaron al Tribunal a reconocer al demandante su pretensión, sin haberse probado la culpa del demandado en el ejercicio de su derecho, con quebranto del art. 2341 del C. C. "como fuente de la responsabilidad atribuída por el sentenciador al Banco de Bogotá".

La Corte considera:

a) El cargo planteado es por violación indirecta de ley sustancial, a causa de errores de derecho en la apreciación de pruebas, como se deduce del desarrollo de la censura.

La doctrina y la jurisprudencia aceptan que el ejercicio abusivo de un derecho es fuente de responsabilidad, pues la responsabilidad civil extracontractual no proviene, únicamente, de los actos materiales que, cometidos con dolo o culpa, causen daño a un tercero.

La teoría del abuso del derecho tiende a moralizarlo, a hacerlo más humano, y se explica por eso que el ejercicio de un derecho pueda ser fuente de responsabilidad para su titular.

Entre nosotros se citan disposiciones en las cuales se consagra, para situaciones particulares, el abuso del derecho, como los arts. 1002 y 2136 del C..C., el primero referente a la hipótesis de quien cava un pozo en suelo propio, y el segundo relativo a la renuncia hecha de mala fe o intempestivamente por uno de los socios. En determinados casos la sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios (art. 2134 C. C.) pero ese derecho no se puede ejercer en forma abusiva: la ley permite y reconoce la renuncia si es de buena fe o tempestivamente.

b) Varias tesis se han expuesto para explicar cuándo el ejercicio de un derecho reconocido por la ley puede ser para su titular fuente de responsabilidad civil.

Frente a las diversas teorías que se han ideado por los tratadistas para dar esa explicación, entre nosotros la jurisprudencia ha aceptado que el abuso del derecho no es sino una aplicación de los principios generales que rigen la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual.

La Corte ha acogido este criterio fundándose en los arts. 8o. de la Ley 153 de 1887 y 2341 del C. C. El primero expresa que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho; el segundo sienta, de manera general, el principio de que todo aquel que "ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

El derecho es una facultad que debe ejercitarse en orden al cumplimiento del fin social que persigue, sin traspasar los límites de la justicia ni de la moral. Por consiguiente, cuando se ejerce negligentemente o con la intención de causar daño a otro, y a consecuencia de ese ejercicio se ocasiona un perjuicio, quien lo causa en esa forma debe indemnizarlo, porque al abusar de su derecho comete un acto ilícito.

Es pues, en Colombia, el abuso del derecho una aplicación de la responsabilidad extracontractual a una determinada materia. En consecuencia, hay abuso del derecho, de conformidad con esta última concepción de la figura, cuando se ejercita dolosa o culpablemente, es decir, con intención positiva de infringir injuria o daño a otro, o con negligencia, imprudencia, o falta de diligencia y cuidado. El problema se ubica así en el ámbito de la culpa y no se exige que el autor del daño haya tenido intención de causarlo, sino, simplemente, que haya ejercitado un derecho de manera descuidada o imprudente.

c) Para el Tribunal la entidad demandada

ejercitó un derecho legítimo en un principio, mas estima que posteriormente tuvo conocimiento de que los semovientes embargados eran del actor en este juicio, y considera que desde ese momento la conducta del Banco fue culpable y aún maliciosa.

Saca esta conclusión del testimonio de Ernesto López, quien da fe de que tuvo algunas conversaciones con los Gerentes del Banco en Fundación, en orden a buscar una transacción con Mario Russo acerca de los semovientes secuestrados.

La declaración de López, en lo pertinente, dice así: "La primera intervención la tuve con el señor Ospina (Tulio), quien fue amigo mío y me localizó en el 'Café Bolívar' de Barranquilla y hubo de tratarse el asunto del ganado del señor Mario Russo y de manifestarme de que tales semovientes los tenía él embargados como Gerente del Banco de Bogotá, Sucursal de Fundación. Y que tal había hecho el Banco porque el señor José Vicente Forero era deudor de la dicha institución bancaria y había denunciado como de su propiedad el aludido ganado en un balance presentado a la Caja Agraria de Fundación. Me dijo además el señor Ospina, que el ganado en referencia lo reclamaba el señor Mario Russo como de su exclusiva propiedad y que parecía ser cierto que lo fuera, que el señor Forero solamente lo tuviera como consecuencia de un contrato de pastaje de las aludidas reses".

El testigo agrega que el Banco de Bogotá, cuando tuvo conocimiento de que Mario Russo reclamaba los semovientes como suyos, "se dio a la tarea de investigar en Barranquilla quién era, desde el punto de vista de la honestidad, el señor Mario Russo. Parece que los resultados de tal investigación favorecieron en demasía al señor Russo. Por esto, no me cabe la menor duda, los señores Gerentes del Banco referido me dijeron a mí, que también al señor Russo, que no les cabía ninguna duda sobre que su reclamo era honesto".

El sentenciador comenta que el dicho del testigo sobre la conversación que tuvo en el "Café Bolívar" de Barranquilla, aparece ratificada por el Gerente Lázaro Ortiz en las posiciones que absolvió y que este, además, admitió haber recibido las cartas que le fueron enviadas por López sobre la proyectada transacción, y reconoció la de 26 de enero de 1957, por medio de la cual dio respuesta a esas comunicaciones.

De esto dedujo el Tribunal que el hecho de que el Banco se hubiera interesado en una transacción y llegado a celebrarla, era signo inequívoco de reconocimiento del derecho que Russo alegaba.

Del testimonio de López, corroborado por el Gerente Ortiz en cuanto a las conversaciones en busca de un arreglo con Russo, sólo se deduce que en verdad el Banco adelantó gestiones con el objeto de llegar a una transacción sobre los ganados secuestrados; mas no el indicio que dedujo el fallador acerca de que el Banco "tenía conocimiento de que había embargado bienes de un tercero"; esta deducción esta reñida con la realidad que ostenta el proceso, porque del mismo documento de transacción que obra en autos se concluye claramente, cuál fue la intención de los interesados al propiciar el arreglo. Se hizo este en vista de que "los ganados secuestrados se estaban desmejorando", por lo cual acordaron venderlos al mejor postor", y sin que ninguna de las partes cediera de su derecho en litigio en cuanto manifestaron que estarían a lo que resolviera la justicia.

El declarante López le atribuye a los Gerentes del Banco el haberle estos dicho que "parecía" ser cierto que los semovientes eran de Russo, y cree encontrar aquí el Tribunal otro indicio que en su concepto complementa la plena prueba de que el ejecutante era sabedor de que los ganados no eran del ejecutado.

Como se ve, el Tribunal se valió del testimonio único y aislado de Ernesto López, quien depone sobre lo que oyó en las conversaciones que tuvo en el "Café Bolívar" de la ciudad de Barranquilla, para de estas simples referencias de oídas dar por sentado que el Banco de Bogotá, por medio de sus Gerentes, aceptó el que los ganados eran de pertenencia de Russo. Pero, aparte de que el testigo de oídas sólo se refirió a un mero "parecer" u opinión que pone en labios de tales Gerentes, es lo cierto que por otro lado no hay elemento que concurra a la demostración de que aquellos abrigaban semejante creencia o convicción, pues en la absolución de posiciones de Lázaro Ortiz en que este aceptó el mero hecho de conversaciones y cruce de cartas con miras a la transacción, en modo alguno confesó que el Banco hubiera tenido en ningún momento el parecer o creencia de que los ganados embargados fueran de Mario Russo.

Ello quiere decir que sobre este punto concreto, que es en realidad el apoyo fundamental del fallo, no hay prueba distinta del solo referido testimonio de López que, como ya se vio, es apenas de oídas y que, por tanto, no podría en derecho servir para constituir contra el Banco de-

mandado un indicio grave, lo que realmente, como lo alega el impugnante, resulta violatorio de los arts. 666 y 696 del C. J., el primero de los cuales exige que los hechos accesorios que suministran los indicios sean probados plenamente y "nunca por medio de otros indicios", y el segundo preceptúa que la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, aunque puede constituir presunción más o menos atendible según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición, posibilidad de presunción que en la especie que se ventila, queda descartada a virtud del art. 698 del mismo código, que niega toda fuerza al dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros, salvo que recaiga sobre hecho muy antiguo o que se trate de probar la fama pública, aspectos estos que no se relacionan con el presente negocio.

Incurrió, pues, el fallador en yerros de valoración probatoria que lo llevaron a dar por demostrada la culpa del demandado, aún más, su conducta maliciosa en el ejercicio de su derecho; y como consecuencia concluyó reconociéndole al demandante su pretensión, con quebranto del art. 2341 del C. C., por aplicación indebida, pues no se acreditó la culpa del demandado como fuente de la responsabilidad a él atribuída, cual lo entendió el sentenciador.

La argumentación del Tribunal es aun contradictoria, porque de un lado reconoce que el Banco ejercitó en un principio un legítimo derecho, y, de otro, dice que su conducta fue maliciosa desde el 23 de diciembre de 1956, cuando el Gerente Ortiz habló con el testigo López sobre la posibilidad de una transacción con Russo. En esta fecha apenas se había iniciado el primer incidente sobre levantamiento del secuestro y el fallador expresa que la reclamación de los bienes por persona distinta del ejecutado, "en manera alguna constituía motivo para que el Banco prescindiera de perseguirlos".

El cargo propera, en consecuencia.

Al proceder la Corte como Tribunal de instancia debe absolver al demandado de las pretensiones del actor fundándose para ello en la falta de prueba plena y completa sobre la culpa del demandado, como se expresó en el despacho del 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 CASA la sentencia de fecha nueve (9) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio, y en su lugar CONFIRMA la de primer grado, dictada el seis (6) de marzo del mismo año por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ciénaga.

Las costas de la segunda instancia son de cargo de la parte demandante.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Flavio Cabrera Dussán, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, León Posse Arboleda, Conjuez; *Antonio Rocha,* Conjuez; *Arturo Tapias Pilonieta,* Conjuez:

Heriberto Caicedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Basta que el título del actor, sea anterior a la posesión del demandado.

En la acción reivindicatoria entre particulares, no es necesario que el actor pruebe su dominio con una cadena de títulos que deba remontarse hasta el originario emanado del Estado, lo cual sería exigirle la prueba diabólica. Cuando en el ejercicio de dicha acción se enfrenta un demandante con título de dominio y un demandado que ninguno ostenta, basta la confrontación de la posesión del reo, quien se presume dueño mientras otra persona no justifique serlo, con la prueba del dominio del actor, y si esta prueba es anterior a aquella posesión, el demandante triunfa en sus pretensiones por tener una situación jurídica prevaleciente

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: septiembre 30/69. - Acta No. 74).

La parte demandada en este juicio interpuso casación contra la sentencia de 23 de enero de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio. Admitido el recurso y tramitado en legal forma, se decide ahora sobre su mérito.

I

EL LITIGIO

Hernando Márquez Arbeláez demandó a Alfonso Ospina y Clementina Moyano de Ospina, en reivindicación de un predio rural denominado "Manantiales", ubicado en la vereda de "Yacuana", jurisdicción de Puerto López, en el departamento del Meta, con una cabida aproximada de 400 hectáreas, alindado así: "Por un costado, separados por cerca de alambre de púas con la hacienda de 'San Pablo' de propiedad del señor Martín Vargas Cualla; por otro costado con posesiones de Alfredo Brocheros; por el otro costado con posesiones baldías; y por el último costado con propiedades de Manuel Mahecha y Aurelio Parrado, a dar al punto de partida".

Pidió la restitución del inmueble "con todas las cosas que le pertenecen", el pago de frutos considerando a los demandados como poseedores de mala fe y las costas del juicio.

Así pueden resumirse los hechos de la demanda: Por escritura pública número 4169 de 24 de septiembre de 1964, de la Notaría Tercera de Bogotá, registrada el 14 de junio de 1965 en el libro 1o., tomo 1o., pág. 210, partida No. 166, el actor adquirió por compra a Tulia Angel de Ospina, el inmueble denominado "El Paradero", ubicado en la vereda de "Yacuana", en el Municipio de Puerto López, con una cabida de 3.235 hectáreas, determinado como se indica en el libelo inicial; el predio que los demandados llaman "Los Manantiales" materia de la demanda, hace parte del inmueble "El Paradero", el cual adquirió Tulia Angel de Ospina por permuta celebrada con Ricardo Mejía Isaza, según escritura número 1505 de 12 de junio de 1962; los títulos traslaticios del dominio de la finca "El Paradero", forman una cadena ininterrumpida que arranca desde la protocolización del juicio de sucesión de Luis Convers Codazzi el 18 de julio de 1923 (escritura número 152 de la Notaría de Villavicencio), hasta llegar a la citada escritura número 4169 de 24 de septiembre de 1964, en que consta la compra hecha por el demandante; los demandados están en posesión material del inmueble desde hace aproximadamente unos cinco años y se pretenden dueños del mismo, sin serlo.

Estos se opusieron a las pretensiones de la parte actora, aceptaron ser poseedores del predio materia de la demanda y propusieron la excepción de prescripción agraria fundada en el hecho de que "mis mandantes hace algo más de 8 años que poseen como señores y dueños" la finca de "Manantiales", objeto de la acción;

y la de prescripción extraordinaria, basada en que sumando esa posesión a la de sus antecesores, hace más de veinte años que los opositores explotan económicamente el fundo.

El Juez del conocimiento absolvió a los demandados de los cargos formulados, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, al decidir la apelación interpuesta por el actor, revocó el fallo del Juzgado y en su lugar resolvió lo siguiente:

"Se condena a los demandados Alfonso Ospina Ramírez y Clementina Moyano de Ospina con cédulas de ciudadanía números 3297534 y 21241354, ambas de Puerto López, respectivamente y de las condiciones civiles expresadas en la demanda, a restituir seis días después del auto de obedézcase y cúmplase de la presente resolución que dicte el Juez del conocimiento y a favor de su dueño demandante Hernando Márquez Arbeláez, el lote de terreno denominado 'Manantiales' ubicado en jurisdicción del Municipio de Puerto López (Meta), vereda de Yacuana, con una cabida aproximada de 400 hectáreas, y demarcado así: "Por un costado, separados por cerca de alambre de púas con la hacienda de 'San Pablo' de propiedad del señor Martín Vargas Cualla; por otro costado, con posesiones de Alfredo Brocheros; por otro costado, con posesiones baldías; y por el último costado, con propiedad de Manuel Mahecha y Aurelio Parrado a dar al punto de partida".

"Se condena a los demandados Alfonso Ospina Ramírez y Clementina Moyano de Ospina a pagar al demandante Hernando Márquez Arbeláez el valor de los frutos civiles y naturales del inmueble 'Manantiales' antes singularizado, no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido recoger con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, desde la notificación de la demanda, (19) diez y nueve de febrero de mil novecientos sesenta y seis (1966), inclusive en adelante.

"La regulación de los frutos se hará en la forma y términos del art. 553 del C. J.

"Se considera a los demandados como poseedores de mala fe.

"No está probada la excepción de prescripción.

"Con costas a cargo de los demandados en la primera instancia".

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Encuentra acreditados los elementos axiológicos de la acción de dominio, a saber: singularidad del inmueble materia de la reivindicación; derecho de dominio en el demandante; posesión material por parte de los demandados; e identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

Halla probado el dominio del actor con "las escrituras que aparecen en el cdno. No. 2", las cuales "lo acreditan suficientemente y por un tiempo mayor y por tradición de más de 20 años", hasta llegar al otorgamiento de la escritura número 4169 de 24 de septiembre de 1964, de la Notaría Tercera de Bogotá, "que relata la venta que le hace Ana Tulia Angel de Ospina al demandante Hernando Márquez Arbeláez, de tres globos de terreno denominados 'El Paradero', 'La Castellana' y 'Santa Clara', situados en la vereda de Yacuana o Venturosa, jurisdicción del Municipio de Puerto López, cada uno por su alinderación especial". El fallo hace una relación de los títulos traslaticios del dominio aducidos por la parte demandante y alude, además, a la sentencia del Consejo de Estado, cuya copia obra en autos, "que dejó en firme la resolución No. 50 de fecha 2 de abril de 1934, por medio de la cual se declara extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio del terreno denominado Yacuana".

Agrega el Tribunal que en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento en asocio de peritos, "aparece que el personal reconoció e identificó la finca denominada 'El Paradero', en la cual se encuentra la denominada 'Manantiales', objeto de la presente acción, y el Juez concluye que esta se halla dentro de la de mayor extensión 'El Paradero', determinada por su extensión y linderos". Observa, además, que el dictamen de los peritos que intervinieron en dicha diligencia, está de acuerdo con la observación del Juzgado, pues su informe dice que "reconocidas las fincas 'El Paradero' y 'Los Manantiales' por sus linderos antes relacionados, concluímos que la finca 'Los Manantiales' se encuentra dentro del predio de mayor extensión denominado 'El Paradero'".

Con la referida diligencia de inspección ocular y el dictamen pericial, el Tribunal halla ameritada igualmente la identidad del fundo materia de la pretensión y su singulari-

dad; y la posesión por parte de los demandados, la encuentra probada con su propia confesión y también con el aludido dictamen pericial, en el cual se expresa que Alfonso Ospina y Clementina Moyano poseen materialmente el predio.

Refiriéndose el fallo a las excepciones de prescripción propuestas, pone de presente que los opositores adujeron las declaraciones de ocho testigos tendientes "a determinar el tiempo que los demandados han poseído la finca 'Manantiales' y dice que de ellas apenas puede concluirse que acreditan esa posesión por "un período de ocho años más o menos"; pero que los peritos "en su dictamen apenas señalan aproximadamente cuatro años"; que los testigos hablan de la venta que le hizo Mercedes Castro de Gutiérrez a Alfonso Ospina y Clementina Moyano, pero que "de esto no hay constancia de título escrito alguno"; que la presunción de dominio establecida por el art. 762 del C. C., desaparece frente al título de propiedad del actor, que es anterior a la posesión de los demandados, quienes ningún título han exhibido, no obstante que los testigos por ellos aducidos, aseveran que compraron la finca a Mercedes Castro de Gutiérrez; y que por ausencia de ese título "hay que considerarlos como poseedores de mala fe".

Concluye el sentenciador expresando que no están probadas las excepciones de prescripción y que el demandante triunfa en sus pretensiones "por presentar títulos anteriores a la posesión de la parte demandada".

III

LA ACUSACION

Esta parte formula cuatro cargos contra la sentencia del Tribunal, todos con fundamento en la causal primera de casación. Se ocupará la Corte de su estudio en el orden en que han sido propuestos.

Primer cargo.- Se hace consistir en quebranto directo de los arts. 1o. y 2o. de la Ley 200 de 1936 y 762, 764 y 765 del C. C., y en violación indirecta de las mismas disposiciones "por error evidente de hecho que aparece de manifiesto en los autos".

Expresa el censor que según el art. 1o. de la Ley 200 de 1936, no son baldíos sino de propiedad privada, los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que tal posesión consiste no simplemente en la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, sino en su explotación mediante actos de significación económica, como las plantaciones y sementeras; que, en consecuencia, por tratarse de la reivindicación de un predio rústico, el demandante ha debido probar que "para la época de la ocupación por el poseedor actual del fundo o sus causahabientes", este se encontraba sujeto a una explotación económica efectuada por quien se pretende dueño; que esa explotación fue continuada hasta la fecha en que se trabó la litis, "para que se pueda tener al reivindicante como propietario" y para que los terceros no sufran engaño acerca de si las tierras son de propiedad privada o baldías, porque según el art. 2o. de la misma Ley 200, se presume que son baldíos los predios rústicos no poseídos en la forma prevista en el art. 1o., que en el caso de autos aparece probado lo contrario, o sea "que quienes explotaron esas tierras por más de 20 años lo fueron los demandados y sus causahabientes", como lo demuestran los siguientes elementos de juicio: a) la demanda misma; b) el dictamen pericial recogido como prueba concurrente en la inspección ocular practicada por el Juzgado; c) la resolución del Consejo de Estado visible a fls. 98v. y 99 del cdno. No. 2; d) la declaración de Eduardo Bejarano, quien dijo que los terrenos en disputa no tenían mejoras en 1936; y e) los demás testimonios que obran en el expediente y que demuestran que el predio "Los Manantiales" ha sido explotado por los demandados y sus antecesores desde 1936, año en que fueron ocupados por el señor Clemente Vidal.

De lo anterior concluye la censura que el Tribunal violó las disposiciones citadas en el cargo, "por las razones expuestas", y que igualmente infringió las mismas normas por error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas.

Se considera

Aunque el cargo se enuncia por quebranto directo e indirecto de normas sustanciales, su desarrollo no deja duda de que la acusación se hace por vía indirecta, a causa de errores de hecho en la apreciación de pruebas.

Estima el recurso que el demandante ha debido probar que explotaba económicamente el predio cuando entraron en posesión los demandados, porque según el art. 1o. de la Ley 200 de 1936, no son baldíos sino de propiedad

privada los fundos poseídos por particulares; y que de acuerdo con las pruebas que relaciona, lo que aparece probado es precisamente lo contrario, a saber: que son los demandados quienes han explotado económicamente las tierras poseídas por ellos.

Cuando la acusación se hace por error de hecho en la apreciación de medios probatorios, la técnica del recurso exige que "se alegue sobre ello por el impugnante, individualizando el medio mal apreciado y demostrando el error mismo, el cual para asumir entidad en casación tiene que consistir: o bien en que el sentenciador no haya visto la prueba que obra en el juicio; o bien, haya supuesto la que no existe en él, hipótesis esta en que cabe el caso de haber desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe" (Auto de 3 de noviembre de 1966, juicio de Napoleón Castilla Corredor frente a Evangelina Hernández y otra).

En el sub lite el impugnante si bien enuncia las pruebas que estima indebidamente apreciadas, no demuestra el error de hecho en que hubiese incurrido el sentenciador en su fallo, el cual ha de aparecer manifiesto en los autos para que pueda tener entidad en casación. Se limita a exponer, a la manera de un alegato de instancia, su criterio sobre que el actor ha debido probar que tenía explotado el predio cuando los demandados entraron en posesión del mismo, para contraponerlo al del Tribunal, el cual estimó que habiendo demostrado el actor su derecho de dominio con anterioridad a la posesión de los demandados, aquel triunfaba en su pretensión.

De observar es que no se trata aquí de un litigio contra el Estado, sino de una acción reivindicatoria entre particulares en que el demandante, aduciendo un título de propiedad, se enfrenta a la parte demandada, que ninguno ha exhibido. En tales condiciones el fallador estimó que era viable la demanda y con aplicación de las normas sobre la reivindicación, condenó a los demandados a la restitución de la finca. Dichas normas, que el recurrente no cita en su censura, fueron, pues rectamente aplicadas y el fallo, en ellas fundado, queda en pie, pues no eran pertinentes al caso de autos las disposiciones sobre presunción de baldíos en que la censura se apoya y, por tanto, su falta de aplicación carece de trascendencia en la solución del litigio.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Segundo cargo.- Se formula por violación del art. 3o. de la Ley 200 de 1936 y de los arts. 946 y 950 del C. C. "por errores evidentes de derecho y de hecho, al dar por establecido que el demandante era titular del derecho de dominio sobre el predio 'El Paradero', del cual se dice formar parte el de los demandados 'Los Manantiales', con pruebas que no tienen ese valor legal".

Argumenta el impugnante que no se presentó el título originario emanado del Estado sobre adjudicación del globo de terreno del cual se pretende que hace parte el que es objeto de la demanda; que la resolución del Consejo de Estado que obra en autos, no puede tenerse "como prueba de haber pasado los terrenos de que allí se trata al dominio privado", porque los títulos presentados no establecen la evidencia de ser títulos antecedentes del dominio del actor; que ante la ausencia de prueba de título originario emanado del Estado, el demandante debía acreditar su propiedad conforme al art. 3o. citado de la ley de tierras, "con las titulaciones inscritas referentes a un período anterior a la vigencia de la citada Ley 200 de 1936 —enero 21 de 1937— de veinte (20) años. Esto es, que el demandante tenía que presentar titulación inscrita hasta el año de 1915 y tan solo presentó hasta el año de 1923, no quedando, por tanto, satisfecha así la exigencia legal".

Se considera

El desarrollo de este cargo pone en evidencia que la impugnación se hace por error de derecho en la estimación de la prueba del dominio del actor quien, según el recurrente, ha debido acreditarlo aduciendo además de la escritura de compra del fundo y de los títulos traslaticios, el título originario emanado del Estado sobre la adjudicación del terreno del cual forma parte el lote materia de la acción reivindicatoria.

Repetidamente ha dicho la Jurisprudencia de la Corte que cuando la base de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, además de la singularización del mismo el impugnante debe indicar "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 asigna, ya por haberle atribuído uno que esta 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 proba

toria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. "Ello está en ajustada correspondencia con el art. 63 del Decr. 528 de 1964, (anota la Corte), 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, *expresar 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" (La misma providencia de 3 de noviembre de 1966, juicio de Napoleón Castillo Corredor frente a Evangelino Hernández y otra).

El cargo que se analiza no cita el precepto de disciplina probatoria que hubiera sido quebrantado por el fallador al dar por establecido el dominio del demandante con los títulos que adujo, sin llegar hasta la adjudicación por el Estado del terreno de que forma parte el que es objeto de la demanda inicial del juicio.

Este simple reparo es suficiente para rechazar el cargo. Pero si la Corte hubiera de entrar en consideraciones de fondo sobre la censura planteada, tendría que reiterar que en la acción reivindicatoria entre particulares, no es necesario que el actor pruebe su dominio con una cadena de títulos que deba remontarse hasta el originario emanado del Estado, lo cual sería exigirle la prueba diabólica. Cuando en el ejercicio de dicha acción se enfrenta un demandante con título de dominio y un demandado que ninguno ostenta, basta la confrontación de la posesión del reo, quien se presume dueño mientras otra persona no justifique serlo, con la prueba del dominio del actor, y si esta prueba es anterior a aquella posesión, el demandante triunfa en sus pretensiones por tener una situación jurídica prevaleciente.

El cargo es inane.

Tercer cargo.- Se plantea en esta forma: "La sentencia impugnada del Tribunal de Villavicencio igualmente infringió las normas de los arts. 2o. de la ley de tierras y los arts. 768, 769 y 964 del C. C. al condenar en las condiciones ya establecidas a los demandados como poseedores de mala fe, sin que se hubiera probado esa mala fe y en consecuencia al pago de los frutos naturales y civiles a partir de la fecha de la notificación de la demanda. Pues ya hemos visto que por falta de explotación económica adecuada, el art. 2o. de la ley de tierras considera los predios rústicos o rurales como baldíos; los demandados al recibir el fundo de 'Los Manantiales' de manos de su antecesora en su explotación económica, tuvieron la conciencia de recibirlo sin fraude y sin vicio de ninguna naturaleza como baldío, y si hubieran incurrido en error al respecto, ello no se opone a la buena fe según las previsiones del art. 768 del C. C.".

Agrega la censura que la mala fe no se presume sino que debe probarse; que los demandados obtuvieron la posesión de un tercero que venía explotando el fundo económicamente; y que para ellos el justo título es la ley, porque la propiedad rural se adquiere por la explotación.

Se observa

La censura se funda en violación directa de las normas citadas por el impugnante al condenar el Tribunal a los demandados, como poseedores de mala fe, a la restitución de los frutos de la cosa.

La Corte viene repitiendo que la apreciación de la fe en la reivindicación, para todo lo relacionado con las prestaciones mutuas, es cuestión de hecho, que al sentenciador corresponde apreciar con autonomía a través de las pruebas del proceso; y que, por consiguiente, el cargo en casación para que se modifique la apreciación del fallador en el particular, debe formularse por la vía adecuada, mediante la censura a la apreciación de los medios probatorios efectuada por aquel para calificar la fe del demandado.

El cargo es ineficaz y no prospera, en consecuencia.

Cuarto cargo.- Se acusa el fallo por violación indirecta de los arts. 12 de la Ley 200 de 1936, 778, 2531 y 2532 del C. C. y 1o. de la Ley 50 de 1936, a causa de errores de hecho en la apreciación de pruebas.

La censura dice que el sentenciador no aceptó la excepción de prescripción agraria adquisitiva del dominio, consagrada en el art. 12 de la Ley 200 de 1936, ni la de prescripción extraordinaria de 20 años, regulada en el C. C., "a pesar de encontrarse plenamente com-

probados en el informativo los hechos que las configuran"; que no habiendo acreditado el demandante la explotación económica del predio con anterioridad a la ocupación de los demandados; que habiendo creído estos de buena fe que se trataba de terrenos baldíos; y que habiéndolos explotado por más de cinco años, "o sea por ocho (8) años en forma continua", era forzoso para el fallador aceptar la prescripción agraria de que trata el art. 12 de la Ley 200 citada, demostrada como está con los siguientes elementos probatorios: con la demanda, complementada "con las pruebas del cdno. No. 3"; con el fallo del Consejo de Estado visible a fls. 98 v. y 99 del cdno. No. 2; con el informe de los peritos que actuaron en la inspección ocular llevada a efecto por el Juzgado; y "con los testimonios que se encuentran en el cdno. No. 2".

Concluye el recurrente diciendo que "en la misma causa de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas que acreditan la posesión veintenaria de los demandados, incurrió el Tribunal sentenciador al desechar esta prescripción, teniendo en cuenta que la suma de las posesiones de los demandados con las de sus antecesores, hasta llegar al señor Clemente Vidal, sobrepasa los 20 años requeridos para la misma".

Se considera

En este cargo se ataca la sentencia del Tribunal por haber desestimado las excepciones de prescripción agraria y extraordinaria adquisitiva de dominio, que el recurrente estima acreditadas en los autos. Pero al referirse la acusación a los medios de prueba, no los concreta en la forma requerida por la técnica del recurso, individualizando cada medio y demostrando el error en que el Tribunal hubiese incurrido en su apreciación, sino que formula un planteamiento global del problema probatorio, pues el recurrente dice que la prescripción se demostró con la demanda y "las pruebas del cdno. No. 3", sin especificarlas; con el fallo del Consejo de Estado, el informe de peritos y "con los testimonios que se encuentran en el cdno. No. 2", sin relacionarlos concretamente.

En cuanto al fallo del Consejo de Estado, citado por el censor, de observar es que ninguna relación tiene con la prueba de las condiciones requeridas para adquirir el dominio por prescripción; y respecto del dictamen pericial el Tribunal lo tuvo en cuenta y notó expresamente que los peritos se refieren apenas a una posesión, por parte de los demandados, "aproximadamente de cuatro años".

De advertir es, por lo mismo, que el recurrente no demostró la contraevidencia que le atribuye al Tribunal.

El cargo es inane.

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 veintitrés (23) de enero de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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

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

REVISION POR VIA ORDINARIA

De las sentencias de excepciones dictadas en juicio ejecutivo. Extralimitación en el mandato.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: septiembre 30/69. - Acta No. 74).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el procurador de Arturo Rivera B. contra la sentencia de 30 de junio de 1963, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en el juicio ordinario que contra él y Erasmo García promovieron Francisco y Pompeyo Rivera.

ANTECEDENTES

1. Por escritura pública 344 de 21 de marzo de 1949, de la Notaría de Cartago, Guillermo Rivera Abadía confirió poder general a Leonardo Rivera B., su sobrino legítimo, para que en su nombre y representación ejecutase los actos determinados en ese instrumento.

2. En ejercicio de dicho mandato y, principalmente, de las facultades que se le confieren en los literales c) y h) de la escritura mencionada, Leonardo Rivera B. celebró con Arturo Rivera B. el contrato de que da cuenta el documento privado suscrito por ellos el 14 de diciembre de 1950, del que interesa destacar las siguientes estipulaciones: a) que Leonardo ratifica en nombre de su mandante, según las instrucciones especiales y extraordinarias que de él ha recibido, el contrato verbal que este celebró con Arturo Rivera B. a principios del año de 1942, "por medio del cual le entregó todos los terrenos de la hacienda 'Piedra de Moler', con todas sus casas, dotaciones, maquinarias, muebles y enseres, excepción hecha de los terrenos sembrados de pasto... para que en aquellos disponibles plantara sementeras de caña y otras inestables como yuca, maíz, plátano y otras, lo que realmente ha verificado en gran parte mi hermano señor Rivera Bueno"; b) que al vencimiento del término de duración del contrato acordado en 5 años, Arturo Rivera B. "entregará las plantaciones de caña existentes en la hacienda de 'Piedra de Moler' y las de cultivos inestables, siempre que se le pague el valor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) moneda corriente, suma esta que mi poderdante pagará al señor Arturo Rivera Bueno con intereses del nueve por ciento anual, en caso de mora, siendo entendido que este puede ejercitar el derecho de retención de tales mejoras hasta que el pago se verifique en dinero efectivo y en la plaza de Cartago"; y e) que en caso de que el mandante "falleciere antes del vencimiento del plazo estipulado, es exigible, aun por la vía ejecutiva, sin más plazo ni condición contraída en su nombre de pagar al señor Arturo Rivera Bueno la expresada cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) moneda corriente, en el lugar y con los intereses convenidos a partir de la fecha del fallecimiento, sea cual fuere la cantidad y calidad de mejoras que en ese entonces tenga plantadas en la hacienda de "Piedra de Moler', pues esta es la voluntad de mi poderdante, según las instrucciones especiales y extraordinarias que de él he recibido al formalizar este contrato".

3. Muerto Guillermo Rivera Abadía y allegando como título de recaudo el documento precitado, Arturo Rivera Bueno promovió juicio ejecutivo contra los herederos de aquel para obtener el pago de los $ 200.000.00 mencionados, sus intereses y las costas judiciales.

4. En la oportunidad legal propusieron los ejecutados las excepciones que denominaron "falsedad intelectual del documento presentado como recaudo y carencia de causa real de la obligación que se demanda"; "ineficacia jurídica del acto que se hace constar en dicho documento"; "petición antes de tiempo"; "contrato no cumplido"; "lesión enorme"; y "toda otra excepción que se derive de los hechos relacionados en esta demanda".

5. El incidente respectivo culminó con la sentencia de 14 de abril de 1953, por medio de la cual el Juzgado del conocimiento, 2o. Civil del Circuito de Cartago, las declaró no probadas

y ordenó proseguir la ejecución. Apelada esta decisión por la parte ejecutada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga la confirmó mediante la de 6 de junio de 1956.

6. No conforme con estas decisiones, Pompeyo y Francisco Rivera A., diciendo obrar en su propio nombre y en representación de la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera A., en su calidad de hermanos legítimos del causante, trajeron a juicio ordinario a Arturo Rivera B. y a Erasmo García, este último en su calidad de cesionario de una cuota del crédito de que da cuenta el documento de 14 de diciembre de 1950, para que con su audiencia se revisen las sentencias de primera y de segunda instancia anteriormente mencionadas, y se declarase, en consecuencia, la invalidez del documento que sirvió como título ejecutivo en el juicio respectivo. Formularon, además, varias peticiones subsidiarias.

7. A más de los antecedentes que se dejan relacionados, afirman los demandantes, como fundamento de su pretensión, que no obstante hallarse debidamente acreditados los hechos exceptivos, el Juzgado y el Tribunal no los tomaron en cuenta "y fueron completamente erróneas las consideraciones y apreciaciones de derecho en que pretendieron fundarse las resoluciones tomadas en aquellas providencias"; que las sentencias que decidieron el incidente de excepciones "pecaron gravemente en el examen de los elementos de hecho y de derecho en que se fundó el respectivo escrito de excepciones, y que es, por tanto, procedente revisar aquellas providencias mediante la acción ordinaria establecida por el art. 1030 del C. J.".

8. Tramitada la primera instancia, con oposición de los demandados, el Juzgado del conocimiento, 2o. Civil del Circuito de Cartago, desató el litigio en sentencia de 10 de septiembre de 1959, mediante la cual absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda y condenó en costas a la parte actora, la cual apeló de esa resolución. El segundo grado del juicio culminó con la sentencia de 5 de diciembre de 1961, confirmatoria de la de primera instancia. Recurrida aquélla en casación, la Corte halló justificada la censura que se le formuló con base en la causal sexta del art. 520 del C. J., casó, en consecuencia, la sentencia impugnada, declaró que el juicio quedaba en estado de proferir el fallo de segunda instancia y dispuso enviar los autos al Tribunal de origen "para que dicte nueva sentencia con arreglo a derecho".

9. En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga profirió sentencia el 30 de junio de 1965, por medio de la cual revocó la del Juzgado y en su lugar hizo las siguientes declaraciones: que es procedente la revisión de las sentencias que decidieron el incidente de excepciones en el ejecutivo a que se hizo referencia; que es "legalmente inválido y jurídicamente ineficaz el documento de fecha 14 de diciembre de 1950, suscrito por Leonardo y Arturo Rivera B., el primero como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, y que fuera presentado como recaudo en el juicio ejecutivo a que se refiere el punto anterior"; y que la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera Abadía no está obligada "a pagar el documento antes mencionado, porque las estipulaciones contenidas en dicho escrito extralimita y exceden las facultades conferidas al mandatario en la escritura No. 344 de 21 de marzo de 1949, otorgada en la notaría primera de Cartago". Ordenó, asimismo, la casación del correspondiente juicio ejecutivo, condenó a la parte opositora al pago de las costas procesales y dijo que en la segunda instancia no se hacía condena en costas.

10. Contra este fallo interpuso el apoderado de Arturo Rivera B. el recurso extraordinario de casación de que conoce actualmente la Corte y que hoy se decide.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al proceder el sentenciador a estimar el mérito de la demanda, examina el alcance del art. 2158 del C. C., de cuyos términos deduce que "el mandato es de interpretación restrictiva, vale decir, que el mandatario no puede traspasar los límites de los poderes que aquel expresamente le confiere"; y que como dicho contrato sólo otorga al mandatario poderes de administración, toda facultad distinta requiere poder especial. Considera, por tanto, necesario estudiar dos cuestiones fundamentales, a saber: los límites del mandato conferido por Guillermo Rivera Abadía a Leonardo Rivera B., mediante la escritura 344 de 21 de marzo de 1949, otorgada en la Notaría 1a. de Cartago, y la "posición frente a este mandato, del documento suscrito por el indicado mandatario en favor de su hermano Arturo Rivera B., en la fecha del 14 de diciembre de 1950".

En relación con el primer punto nota el Tribunal que con exclusión de la cláusula c)

que autoriza al mandatario para "que asegure las obligaciones del poderdante o las que contraiga a nombre de éste, con hipoteca sobre sus bienes inmuebles o comprenda sobre los bienes muebles", todos las demás sólo tienen como único objetivo dotar al apoderado de facultades simplemente administrativas; que el alcance de la cláusula h) invocada expresamente por el mandatario al otorgar el documento privado que se impugna, ha de fijarse teniendo en cuenta la frase final de la misma: "y que se refieran a actos meramente administrativos", cuya intención es bien clara "por la necesidad de morigerar los términos excesivamente amplios en que fueron redactadas las autorizaciones que la preceden"; y que si otro fuere el alcance de dicha frase, no obstante la innegable intención aclaratoria y limitativa que en ella se advierte, la conclusión no variaría "porque entonces sería la propia ley la que vendría a concretar esa ilimitada y peligrosísima amplitud de la mencionada cláusula H), imponiendo el deber de mirar en ella únicamente, en razón de sus imprecisiones y ambigüedades, la fuente de atribuciones exclusivamente administrativas para el mandatario". Hace luego otras consideraciones sobre el particular y concluye así:

"Sintetizando lo expuesto, resulta, pues, que no obstante los términos en que se encuentra concebida la cláusula h) del mandato, aparentemente de una ilimitada amplitud, ella sólo pudo investir a Leonardo Rivera B., como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, de los naturales poderes de administración que contempla el art. 2158 del C. C. Ningún poder, ninguna atribución de carácter especial, pueden resultar de allí en favor del apoderado, porque en cuanto a la facultad para celebrar transacciones o arreglos carece del pleno de los requisitos de ley indispensables para su eficacia, y en cuanto a la autorización para otorgar toda clase de contratos, por la imprecisión de sus términos, necesariamente se resuelve en la regla general que aquella norma consagra"

Examina luego el sentenciador el documento impugnado frente al contrato de mandato, y de tal examen llega a las siguientes conclusiones: "a) que el acto llevado a término por Leonardo Rivera B., como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, es un típico acto transaccional, porque a más de que para ejecutarlo se tomó como base fundamental la cláusula h) del mandato, en donde el mandatario presume que se le otorgaron facultades para transigir o constituír arreglos, es evidente también que lo que dicho acto sugiere es el propósito de 'arreglar' presuntas dificultades existentes entre el mandante Guillermo Rivera Abadía y el señor Arturo Rivera B., en relación con un predio de propiedad del primero, pero desde tiempo atrás, según se dice, en poder del segundo"; y b) que "habida cuenta de que el mandatario no estaba legalmente investido de atribuciones para transigir, según se ha explicado a la luz del art. 2471 del C. C., evidentemente resulta que el acto transaccional en referencia fue ejecutado al margen del mandato, vale decir, sin poderes que autorizaran su celebración, y por esta causa dicho acto constituye un típico caso de extralimitación de funciones de parte del apoderado que, como es elemental y lógico, no puede ser oponible al comitente, porque para éste son relevantes los actos que su procurador ejecute dentro de la órbita de las atribuciones que le confiere el poder respectivo".

"Pero si se estimase —agrega— que otro diverso de una transacción fue el acto celebrado por el mandatario en el tan traído y discutido documento en consideración, no por ello, sinembargo, habría de ser también distinta la suerte de ese documento en cuanto a su ineptitud para comprometer al mandante. Antes bien, esta ineptitud sigue siendo cierta, evidente, irrefragable, al tenor del mandato, por las siguientes razones que no admiten discusión:

"a) Porque, según se sabe, aparte de las atribuciones especiales para gravar con prenda o hipoteca bienes del mandante, Leonardo Rivera Bueno no disponía como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, conforme al contrato de apoderamiento, de otros poderes que los naturales de administración a que se refiere el inciso primero del art. 2158 del C. C. Y en tanto que ello es así, los eventos contemplados en el documento de que se trata constituyen, absolutamente todos, actos dispositivos para los cuales ninguna autorización había recibido el apoderado.

"b) Porque toda la construcción de las obligaciones adquiridas en ese escrito, por Leonardo Rivera B., como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, a cargo de este, descansa sobre la base única de un supuesto contrato de aparcería existente entre el nombrado mandante y el señor Arturo Rivera, desde el año de 1942. Pero de este contrato no existe otra prueba que el dicho solitario del apoderado, y, como es de sentido común, esa declaración no es ni puede ser demostración bastante sobre la existencia

real de aquella aparcería con implicaciones patrimoniales para el mandante".

Observa el Tribunal que la declaración hecha por Leonardo Rivera en el documento mencionado, referente a la existencia del contrato de aparcería entre Guillermo Rivera Abadía, su mandante, y Arturo Rivera, no puede tenerse como una confesión, pues, de una parte, el mandatario no estaba autorizado para confesar, ratificar o reconocer contratos u obligaciones del mandante, y de otra, la confesión del procurador sólo tiene valor cuando recae sobre actos en que, de acuerdo con el poder, esté facultado para obligar al mandante; que no revistiendo el carácter de confesión, ni estando autorizado para hacerla, la declaración en referencia es totalmente irrelevante para Guillermo Rivera y, por consiguiente, "tanto el contrato de que allí se habla como las obligaciones que de este se hicieron depender contra dicho mandante, son circunstancias que se realizaron extramandato que ni lo perjudican ni lo comprometen".

De lo dicho concluye el sentenciador que el documento de 14 de diciembre de 1950 es legal y jurídicamente ineficaz para Guillermo Rivera Abadía, mandante de Leonardo Rivera B.; que siendo inoponible para aquel el contrato de que da cuenta ese instrumento, no se desprenden del mismo obligaciones a cargo del mandante que puedan exigírsele ejecutivamente; "que fue un error haberle otorgado mérito ejecutivo a ese escrito dentro de la ejecución intentada por Arturo Rivera B. contra los herederos del comitente Guillermo Rivera Abadía, y que, por consiguiente, las sentencias de primera y segunda instancia, que allí decidieron las excepciones propuestas por los demandados son ciertamente susceptibles de revisarse en los términos en que se impone hacerlo ante la ilegalidad e ineficacia deducidas en esta nueva oportunidad respecto de aquel recaudo".

LA DEMANDA DE CASACION

Tres son los cargos que en ella se formulan a la sentencia de segundo grado, todos dentro del ámbito de la causal primera, que la Corte resume así:

Primer cargo

Se acusa la sentencia por ser violatoria de los arts. 2158, inciso 2o. y 2471 del C. C., y 1505 y 2186 del mismo estatuto. Los primeros por aplicación indebida y los segundos por falta de aplicación. La violación de tales normas proviene, al decir del recurso, de la apreciación errónea de varias de las cláusulas de la escritura 344 de 21 de marzo de 1949, pasada ante el Notario 1o. de Cartago, y de falsa interpretación del contrato que el apoderado celebró con Arturo Rivera el 14 de diciembre de 1950.

"En cuanto a la apreciación errónea de algunas de las cláusulas de la escritura 344 de 21 de marzo de 1949 —agrega— se perfila un notorio error de hecho y, como natural consecuencia, una infracción indirecta del art. 2158, inc. 2o. del C. C.; pero en cuanto a la interpretación del contrato del 14 de diciembre de 1950 se perfila más un error sobre el concepto jurídico del contrato de transacción, dando como resultado una infracción directa de los textos legales sobre transacción, especialmente los arts. 2469 y 2471 del C. C.".

Al desenvolver la censura por errónea apreciación de la escritura 344 precitada, observa el recurso que la afirmación contenida en la sentencia de que "Leonardo Rivera Bueno no disponía como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, conforme al contrato de apoderamiento, de otros poderes que los naturales de administración a que se refiere el inc. 1o. del art. 2158 del C. C.", es equivocada, puesto que mediante la escritura 344 se invistió al apoderado de varias facultades que no caben dentro de un poder general de administración, tales como las contenidas en las cláusulas c), d) f) y h); que el apoderado se hallaba ampliamente facultado para contraer obligaciones en nombre del mandante, lo cual se evidencia con solo leer las varias cláusulas del contrato de mandato, y una de las obligaciones contraídas por el mandatario a nombre de su mandante fue la de pagar $ 200.000.00 a favor de Arturo Rivera B., a cambio de la compra de unas mejoras plantadas por éste en la finca "Piedra de Moler"; que la obligación precitada no constituye un acto dispositivo puesto que ningún bien del poderdante se enajenó, y la compra de unas mejoras es un acto de enajenación para el vendedor y no para el comprador; que el Tribunal incurrió en otro error manifiesto al expresar que la cláusula h) del mandato no contiene ningún poder o atribución de carácter especial, y que la autorización que se le da al mandatario para otorgar toda clase de contratos, por la imprecisión de sus términos, se resuelve necesariamente en la regla general del art. 2158 del C. C., puesto que en la citada escritura 344

se dice expresamente que el apoderado puede obligar al mandante, garantizar las deudas con hipoteca o prenda, celebrar toda clase de contratos, emitir letras de cambio, novar, etc., autorizaciones éstas muy concretas y claras a las cuales no se les puede restar eficacia; que aunque en sentir del sentenciador el contrato de mandato sólo contiene un poder general para administrar, lo cierto es que en la escritura 344 se encuentran dos clases de cláusulas: unas que entrañan un poder general para administrar como acontece con las distinguidas con las letras a) y b), y otras que constituyen poderes especiales como sucede con las de las letras c), d), e), f) y h), a los cuales les ha quitado el Tribunal todo su valor.

Resume el censor su acusación diciendo que la sentencia se funda en que la compra de unas mejoras que el mandatario hizo para su mandante mediante el documento de 14 de diciembre de 1950, requería un poder especial y que dicho poder no existe en la escritura contentiva del contrato de mandato; y que "al afirmar que la escritura del 21 de marzo de 1949 no contiene autorización expresa para que el apoderado obligue al mandante, cuando claramente existe semejante autorización, es lo que concretamente constituye un evidente error de hecho y una notoria violación del art. 2158 del C. C.".

Procede luego a sustentar el cargo de falsa interpretación del contrato de 14 de diciembre de 1950, el cual hace consistir, en síntesis, en que el Tribunal fundó su sentencia "en la creencia de que el contrato de 14 de diciembre de 1950 es de transacción y que no lo podía celebrar el apoderado, por cuanto el art. 2471 del C. C. advierte que para transigir el apoderado necesita poder especial en el cual se especifiquen "los bienes, derechos y acciones sobre que se quiere transigir", cuando realmente no es de transacción, ya que no concurren en él los elementos que estructuran esa especie de convención, sino un típico contrato de compraventa.

Como consecuencia de la errónea apreciación de la escritura 344 y de la falsa interpretación del contrato de 14 de diciembre de 1950, el Tribunal habría violado, por falta de aplicación al caso litigado, los arts. 1505 y 2186 del C. C., según los cuales los contratos realizados por el mandatario en nombre del mandante y estando autorizado para representarlo, obligan a éste como si hubiese contratado personalmente; y los arts. 2158 y 2471 del mismo código por indebida aplicación.

Segundo cargo

Se acusa la sentencia del Tribunal por infracción indirecta de las siguientes disposiciones: a) el art. 982 del C. J., porque no obstante reunir el documento de 14 de diciembre de 1950 los requisitos exigidos por esa norma para que una obligación pueda ser cobrada ejecutivamente, el sentenciador "en virtud de diversos errores de hecho y de derecho que fueron relievados al enunciar el cargo anterior, negó dicha calidad al documento cuestionado"; b) los arts. 630 del C. J., y 1759 del C. C., pues no obstante que la escritura de 21 de marzo de 1949 contiene poderes singulares y concretos, en virtud de los cuales el apoderado podía obligar al mandante, el Tribunal afirma que los mencionados poderes no existían y que sólo aparecía un poder general de administración; y c) los arts. 1761 y 1765 del C. C. y 637 y siguiente del C. J., "en razón de habérsele desconocido valor al contrato celebrado el 14 de diciembre de 1950 entre el apoderado y el señor Arturo Rivera Bueno,... pues tanto el instrumento público como el privado "hace fe entre las partes aun en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato ".

Tercer cargo

Hácese consistir en que la sentencia impugnada, en razón de la interpretación que dio a los contratos contenidos en la escritura del 21 de marzo de 1949 y en el documento de 14 de diciembre de 1950, infringió las siguientes normas legales: a) el art. 1602 del C. C., o sea la ley del contrato, debido a los graves errores cometidos por el Tribunal al afirmar, en primer lugar, que el apoderado no podía obligar al mandante, cuando de las varias cláusulas de la escritura 344 resulta en forma diáfana que sí lo podía obligar; al expresar, en segundo término, que el contrato de 14 de diciembre de 1950 es de transacción, cuando se trata de una compraventa de mejoras; y, finalmente, al "descuartizar el propio contenido de la declaración de voluntad que recoge el contrato de apoderamiento del 21 de marzo de 1949, so pretexto de que sus cláusulas son demasiado generales y no existen poderes especiales en el sentido de que el mandatario no puede obligar al mandante". Y b) los arts. 1618, 1619, 1620 y 1621 del C. C., "todos los cuales tienen por finalidad descubrir cual fue la auténtica voluntad de los contratantes, dando ciertas reglas encaminadas a interpretar en sentido objetivo y racional la ley del contrato".

Luego de transcribir algunas doctrinas de la Corte acerca de la naturaleza de las normas sobre interpretación de los contratos, contenidas en el título 13 del Libro 4o. del C. C., advierte el censor que al formular el primer cargo dijo que a consecuencia de un notorio error de hecho en la apreciación de la escritura 344 de 21 de marzo de 1949, pasada ante el Notario de Cartago, se había producido una infracción indirecta de la ley; que en relación con el contrato del 14 de diciembre de 1950 manifestó que se insinuaba un error sobre el concepto del contrato de transacción, y que, por consiguiente, se configuraba una infracción directa de los arts. 2469 y 2471 del C. C.; que, sin embargo, el cargo lo hizo reposar en infracción indirecta de la ley a fin de acomodarse a lo expresado por la Corte en sentencia del 23 de febrero de 1961; y que "el presente tercer cargo se hace consistir especialmente en infracción directa o *error in iudicando* en la premisa mayor, empleando el conocido lenguaje de Calamandrei sobre el particular".

La Corte considera

Se han resumido, en lo fundamental, los cargos formulados a la sentencia del Tribunal, a fin de destacar la grave omisión en que incurrió el censor al no atacar en su totalidad las razones en que descansa el fallo impugnado, lo que trae como consecuencia obligada el mantenimiento del mismo.

En efecto: del extracto que se hizo de la sentencia recurrida aparece con claridad meridiana que el sentenciador adujo como fundamento de su decisión tres razones primordiales, cada una de las cuales basta por sí sola para sustentarla, a saber:

a) Que el documento de 14 de diciembre de 1950 es inoponible a Guillermo Rivera Abadía y, por lo mismo, no presta mérito ejecutivo contra sus herederos, porque en él se contiene un típico acto de transacción celebrado entre Leonardo Rivera B., como mandatario de aquel, y Arturo Rivera B.; y que como el mandatario no estaba facultado para transigir "resulta que el acto transaccional en referencia fue ejecutado al margen del mandato, vale decir sin poderes que autorizaran su celebración, y por esta causa constituye un típico caso de extralimitación de funciones de parte del apoderado que, como es elemental y lógico, no puede ser oponible al comitente, porque para este sólo son relevantes los actos que su procurador ejecute dentro de la órbita de las atribuciones que le confiere el poder respectivo";

b) Que dicho documento es igualmente inepto para comprometer al mandante y servir de título ejecutivo contra sus herederos, "porque, según se sabe, aparte de las atribuciones especiales para gravar con prenda o hipoteca bienes del mandante, Leonardo Rivera Bueno no disponía como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, conforme al contrato de apoderamiento, de otros poderes que los naturales de administración a que se refiere el inciso primero del art. 2.158 del C. C.... y los eventos contemplados en el documento de que se trata constituyen, absolutamente todos, actos dispositivos para los cuales ninguna autorización había recibido el apoderado"; y

c) Que la ineptitud de tal documento sigue siendo evidente, irrefragable, "porque toda la construcción de las obligaciones adquiridas en ese escrito por Leonardo Rivera B., como mandatario de Guillermo Rivera Abadía, a cargo de éste, descansa sobre la base única de un supuesto contrato de aparcería existente entre el nombrado mandante y el señor Arturo Rivera, desde el año de 1942, pero de este contrato no existe otra prueba que el dicho solitario del apoderado, y, como es de sentido común, esa sola declaración no es ni puede ser demostración bastante sobre la existencia real de aquella aparcería con implicaciones patrimoniales para el mandante"; y porque "no siendo el dicho de Leonardo Rivera B. una confesión en los términos de la ley (art. 607 del C. J.), porque no se refiere a relaciones comprendidas en el mandato, esto es, respecto de las cuales correspondiera al representante la voluntad de decidir, ni tampoco una declaración que de algún otro modo haya de considerarse emanada del comitente, porque tampoco el poder la contempla para autorizarla, forzoso es concluír que la tal manifestación del indicado mandatario es totalmente irrelevante para Guillermo Rivera Abadía y que, por lo mismo, tanto el contrato de que allí se habla como las obligaciones que de este se hicieron depender contra dicho mandante, son circunstancias que se realizaron extramandato que, como es apenas de decirlo, ni lo perjudican ni lo comprometen".

Cada una de estas razones sirvió al Tribunal de base para concluír que "fue un error haberle otorgado mérito ejecutivo a ese escrito dentro de la ejecución intentada por Arturo Rivera B. contra los herederos del comitente

Guillermo Rivera Abadía, y que, por consiguiente, las sentencias de primera y segunda instancia que allí decidieron las excepciones propuestas por los demandados son ciertamente susceptibles de revisarse en los términos en que se impone hacerlo ante la ilegalidad e ineficacia deducidas en esta nueva oportunidad respecto de aquel recaudo".

El recurso se limitó a atacar los dos primeros soportes de la decisión proferida por el Tribunal, pero omitió impugnar el tercero. La falta de ataque a ese razonamiento básico de la sentencia determina, aún en el supuesto de que fueran fundados los cargos propuestos contra los otros dos, el insuceso del recurso, pues dado su carácter extraordinario le está vedado a la Corte examinar oficiosamente ese extremo del fallo de segundo grado que de suyo es suficiente para mantenerlo.

Se ha dicho reiteradamente, a este propósito, que "aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado". (XXVI, 250; LXXI, 740;: LXXIII, 11 y 45; LXXV, 52).

Se desestiman por lo dicho, los cargos formulados.

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 de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos sesenta y cinco (1965), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartago en el presente juicio.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Heriberto Caicedo M., Secretario.

RESCISION POR LESION ENORME

En estos juicios la cuestión central es determinar el valor de la cosa vendida, factor determinante de la decisión.

Conforme al art. 1947 del C. C., en la compraventa hay lesión enorme para el vendedor cuando el justo precio de la cosa que vende excede en más de la mitad al precio que recibe por ella. Lo cual supone naturalmente que en el juicio en que se ejercite la acción respectiva, se acredite con la prueba pertinente, que en principio es la pericial, cuál era ese justo precio al tiempo de la celebración del contrato. La cuestión central que al Juez le corresponde examinar y definir en juicios de esta especie, es, pues, la determinación de dicho valor, y será del resultado de esa tarea de lo que dependerá la decisión del litigio.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: octubre 1o./69. - Acta No. 75).

Mediante libelo presentado ante el entonces Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, José Deogracias Duque García llamó a juicio ordinario a Eugenio Páez Rendón para que se declarara rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa celebrado entre ambos, contenido en la escritura pública número 785 de 13 de septiembre de 1962, de la Notaría Segunda de Calarcá, y se hiciesen las declaraciones consecuenciales.

En apoyo de sus pretensiones afirmó el actor: 1o. que entre él y el demandado se celebró el contrato de compraventa aludido, relativo a un predio rural conocido con el nombre de "Platanillal", paraje de "El Cedral", jurisdicción del Municipio de Génova, de una extensión aproximada de 21 hectáreas y 5.400 metros cuadrados, comprendido por los linderos que la misma demanda determina; 2o. que el precio pagado por el comprador, en virtud de dicha compraventa, fue sólo la suma de $ 30.000.00, muy inferior a la mitad del justo precio del inmueble en la época en que se celebró el contrato; y 3o., que al tiempo de celebrarse la venta, la región donde está ubicado el inmueble vendido estaba azotada por la violencia política; y como el actor era deudor del comprador, se vio obligado a vender a este dicho inmueble, cuyo valor no era inferior a cien mil pesos, a menos precio y para pagarle lo debido; y que por lo tanto el vendedor no obró con entera libertad al vender, pues actuó bajo coacción mental y síquica, que lo llevó a efectuar un negocio ruinoso para él.

El demandado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, y afirmando que el precio realmente estipulado entre los contratantes fue la suma de $ 77.122.10, descompuesta en varios conceptos que indica; y que si en la escritura se hizo constar un precio por sólo $ 30.000.00, fue en virtud de convenio entre las partes y para evitar gastos.

Adelantado el juicio y practicadas las pruebas pedidas por las partes, el Juzgado del conocimiento —Primero Civil Municipal de Calarcá—, lo decidió en primera instancia absolviendo al demandado de todos los cargos formulados contra él en la demanda, y condenando al actor en costas. Apelada por éste dicha decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia la confirmó en todas sus partes mediante sentencia de segundo grado de fecha 10 de noviembre de 1966.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En la parte central de su fallo, empieza el Tribunal por hacer algunas consideraciones en torno al fenómeno de la lesión enorme; destáca en seguida que el petitum de la demanda se contrae a ese fenómeno "y no a otra clase de nulidad relativa, menos aún, a la rescisión por violencia u otro vicio del consentimiento, por lo cual no estudiará la Sala el fenómeno

de la violencia general ocurrida en la región por la época de la compraventa sub lite, relacionada en los hechos de la demanda y en algunos elementos de prueba traídos al proceso por la parte actora", para anunciar luego que se concretará a examinar cuál era el justo precio del inmueble objeto de la venta, en la época de la celebración del contrato, para deducir si se cayó o no en lesión enorme, probado como está debidamente el contrato mismo objeto de la impugnación.

Pasa así el Tribunal a hacer el examen anunciado, y advierte que para determinar el justo precio aludido se practicaron en el juicio dos inspecciones oculares sobre el inmueble vendido, con el auxilio de peritos, una en la primera instancia, a solicitud del demandado, conforme a la cual dicho inmueble tenía a la época de la venta un precio justo de $ 50.000.00 pesos; y otra en la segunda instancia, solicitada por la parte actora, cuyo resultado fue el de que el justo precio de lo vendido era en la época mencionada de $ 123.500.00. "Ante estos experticios disímiles y contradictorios —dice el Tribunal— que suministran poca luz para el juzgador acerca del que deba tenerse por justo precio motivo de tasación, la Sala examinará las dos inspecciones oculares y las conclusiones periciales para adoptar como base de decisión el avalúo mejor fundamentado y que ofrezca mejores fuerzas de convicción".

En esta tarea, se refiere en primer término el Tribunal a la inspección ocular de segunda instancia para poner de presente cómo el funcionario comisionado que la practicó no verificó si el predio que examinaba era el mismo descrito en la escritura de compraventa, ni "la vejez o novedad de las construcciones, montajes y cultivos aseverada por los peritos en sus apreciaciones". En cambio, agrega, en la inspección ocular de la primera instancia el inmueble objeto de ella sí se identificó con el mismo que fue materia del contrato, y se dejó constancia por el Juez de la existencia de mejoras nuevas y de otros detalles, estableciéndose entonces la realidad de las circunstancias tomadas en cuenta por los peritos que intervinieron en esa diligencia como avaluadores del predio, sin que ocurriera lo mismo con la inspección ocular practicada en la segunda instancia.

Hace el Tribunal otras comparaciones entre las dos diligencias, como la relativa a la distinta extensión del predio tenido en cuenta en una y otra por los peritos respectivos, encuentra un error de cálculo en la de los peritos de la segunda diligencia, y deduce de ello otro motivo para preferir las apreciaciones periciales de la primera; y tras de reproducir apartes del primer peritazgo, concluye en que este constituye "una prueba de mejor calidad que la aducida por la parte actora en la segunda instancia en la fijación siquiera aproximada del justo precio que tenía el inmueble en 1962 a la fecha de la compraventa, y acoge por tanto la Sala de acuerdo con el art. 721 del C. J. el avalúo de $ 50.000.00 señalado al inmueble objeto del litigio..., como su justo precio para el año de 1962". Termina diciendo que en tales circunstancias, y a la luz de los arts. 1947 y ss. del C. J., no hubo lesión enorme en la venta impugnada; y que la inspección ocular y la pericia de la primera instancia no fueron "desvirtuadas con los elementos probatorios de la misma índole acercados al proceso en la segunda instancia por la parte actora", por lo cual la decisión apelada merecía confirmación.

EL RECURSO DE CASACION

Contra la sentencia del Tribunal que se deja extractada interpuso la parte actora en el juicio el recurso de casación. En la demanda respectiva formula dos cargos por la causal primera, así:

Primer cargo.- La sentencia acusada viola "los arts. 1892, 1946 y 1947 del C. C., y las doctrinas constantes que sobre esta materia —rescisión por lesión enorme— ha proferido la Sala de Casación Civil de la H. Corte, por infracción directa pues no se tuvieron en cuenta en el fallo pese a la plena demostración de los hechos de la demanda para que el derecho invocado se reconociera con arreglo a dichos preceptos legales".

En desarrollo del cargo expresa el recurrente que en autos obra copia de la escritura mediante la cual se celebró el contrato impugnado; que al contestar la demanda el demandado manifestó que el precio realmente convenido por los contratantes al celebrar ese contrato fue de $ 72.122.10; que igualmente obran en autos las declaraciones de José Bernardo Zuluaga Giraldo, Juan de la Cruz González y Moisés Emilio Amaya Uribe, al igual que una certificación expedida por el Alcalde de Génova, que acreditan el estado de violencia política que vivieron los habitantes de este municipio entre 1957 y 1964, y los testimonios aludidos la situación apremiante en que el vendedor José Deogracias Duque García se encontra-

ba por tal circunstancia, refiriéndose en este punto a la certificación aludida para decir que por provenir de la primera autoridad municipal "cobra plena fuerza de veracidad y ha debido tenerse en cuenta y darle valor de plena prueba".

Menciona en seguida que en la segunda instancia se practicó una inspección ocular con peritos sobre el inmueble "Platanillal" objeto de la venta y que en dictamen debidamente explicado y fundamentado los peritos conceptuaron que en la época de esa venta tal inmueble tenía un valor comercial de $ 123.500.00 y destaca que según la escritura de venta el comprador expresó que aceptaba las cláusulas de la misma, y el inmueble se encontraba mejorado como allí reza.

Tras criticar conceptos de la sentencia de primera instancia, pasa a comentar que el estado de violencia que reinaba en la región de ubicación del inmueble, agregado "al estado de depresión económica que padecía", forzaron al vendedor a enajenarle el inmueble al demandado, de todo lo cual "hay elementos de juicio que ni el fallador de primera instancia, ni el de segunda tuvieron a bien analizar a fondo, mereciendo apenas de paso un leve comentario".

Vuelve sobre lo dicho por el demandado al contestar la demanda, de que arriba se habló, y dice que esas manifestaciones no fueron tenidas en cuenta en favor del actor. Concluye esta parte del cargo afirmando que "el fallador de cualquier instancia no podía pasar desapercibidos estos aspectos del litigio, ni dejar de señalarle un alcance probatorio determinado, confesión, presunciones, indicios, ni menos argumentar contra la evidencia, faltar a la lógica natural y jurídicas, existiendo de por medio elementos de esa naturaleza en el expediente, proviniendo de ello la infracción directa de la ley, es decir, de las disposiciones legales inicialmente citadas en este cargo".

Dice a continuación que no sólo por las omisiones indicadas se violaron por el Tribunal dichos preceptos, sino también por haber declarado éste que la existencia en los autos de dos inspecciones oculares con sus respectivos peritazgos, practicadas en cada instancia, con resultados disímiles y contrarios respecto al avalúo del justo precio del inmueble a la época de la compraventa, lo obligaban a examinar tales piezas para adoptar como base de decisión el avalúo mejor fundamentado y que ofreciera mayor fuerza de convicción, pues, dice el recurrente, "no se trataba de confrontar dos pruebas, sino de apreciar por separado el valor probatorio de cada una, precisándolo conforme a la ley objetiva —art. 730 del C. J.—", transcribiendo y citando doctrinas de la Corte en torno a esta disposición. Insiste sobre este punto, manifestando que el Tribunal no podía dejar de establecer el valor probatorio de la inspección ocular practicada en la segunda instancia, "ni menos desestimarlo por comparación, excluyéndolo, pretermitiendo así el art. 730 del C. J... factor esencial este que le resta valor al fallo de segunda instancia, y dice que "el sentenciador incurrió en los mismos defectos de planteamiento y conclusión que me permití resaltar al estudiar lo referente a la inspección ocular".

Pasa a referirse al acogimiento que el Tribunal le dio a la inspección ocular con peritos practicada en la primera instancia, y al acogimiento por este del avalúo de $ 50.000.00 del inmueble hecho en esa ocasión por los expertos, lo mismo que a la afirmación del Tribunal de que dichas inspección y peritazgo no se desvirtuaron con los practicados en la segunda instancia a solicitud del actor, y a propósito comenta que "No puede tenerse como valorada una prueba porque se acepte incondicionalmente otra u otras de igual índole, ni menos por el sistema excluyente adoptado por el sentenciador, método o sistema que riñe con lo preceptuado por los arts. 721, 722 y 723 del C. J.", pues que concretamente apenas se le señaló valor con el primero de esos artículos a la inspección ocular-pericial de la primera instancia; y que al afirmar el Tribunal que la inspección ocular y pericial de la primera instancia no fueron desvirtuadas por las de segunda que hizo practicar el actor, invirtió con ello la carga de la prueba "pues mi mandante es el demandante, no el demandado como erróneamente se quiere hacer aparecer en aquella opinión", con la circunstancia adicional de que la inspección y peritazgo de la primera instancia están en abierta contradicción con la afirmación del demandado de que el precio convenido por los contratantes no fue de $ 30.000.00 sino de $ 77.122.10, afirmación que envuelve la aceptación de que "por lo menos los $ 30.000.00 que pagó al vendedor Duque García, no eran el justo precio o valor comercial de dicho predio cuando se verificó la venta por medio de la citada escritura".

Aludiendo más concretamente al dictamen pericial acogido por el Tribunal, expresa la censura que a pesar de que los peritos tenían a su

disposición suficientes elementos de juicio que el proceso les proporcionaba, "apenas se limitaron a acondicionar su dictamen al valor que aparece en el certificado catastral del inmueble "Platanillal" cercado por la parte demandada, que no es factor determinante del precio real, sino que sólo se considera para otros aspectos"; que el dictamen fue rendido en la misma fecha de la inspección, y que en tal mínimo tiempo les quedaba a los peritos ilustrarse suficientemente sobre lo que era materia del experticio, como tampoco que hubieran recorrido el inmueble por sus linderos y haciendo las mensuras respectivas, ni que las 21 hectáreas y 5.400 m^2.... extensión o cabida real del inmueble "Platanillal", como reza la escritura..., se conviertan de la noche a la mañana en sólo 25 cuadras, ni más ni menos, como aparece calculada, no medida... encogiendo así la extensión del predio en forma mágica y en contradicción con el cálculo que hace el sentenciador en su fallo de segunda instancia, con una notoria diferencia aritmética que sin embargo le mereció pleno crédito".

Destaca más adelante que entre la fecha en que se hizo la venta y el día en que se practicó la inspección ocular de la primera instancia, o sea en apenas poco más de dos años, no pudieron producirse en el inmueble "los cambios y mejoras en las condiciones descritas por los peritos".

Se considera:

Conforme al art. 1947 del C. C., en la compraventa hay lesión enorme para el vendedor cuando el justo precio de la cosa que vende excede en más de la mitad al precio que recibe por ella. Lo cual supone naturalmente que en el juicio en que se ejercite la acción respectiva, se acredite con la prueba pertinente, que en principio es la pericial, cual era ese justo precio al tiempo de la celebración del contrato. La cuestión central que al Juez le corresponda examinar y definir en juicios de esta especie, es, pues, la determinación de dicho valor, y será del resultado de esa tarea de lo que dependerá la decisión del litigio.

En el presente juicio, el Tribunal definió la cuestión aludida en el sentido de que el inmueble "Platanillal" vendido mediante el contrato impugnado en la suma de $ 30.000.00, tenía a la fecha de la celebración de este un justo precio de $ 50.000.00; como consecuencia de ello, dedujo que esa venta no estaba afectada del vicio de lesión, y por lo mismo profirió fallo absolutorio del comprador demandado. Para llegar a aquella conclusión, el sentenciador analizó dos dictámenes periciales que en relación con el justo precio del inmueble, en la fecha indicada, se practicaron en la primera y en la segunda instancia, y en virtud de ese análisis halló que el de primera, que lo avaluó en $ 50.000.00, merecía, por estar mejor fundamentado y explicado, ser preferido al de segunda que lo estimó en $ 123.500.00. Así el Tribunal acogió el primer dictamen como plena prueba, y desde luego desechó el segundo.

En estas circunstancias, aparece evidente que cualquier ataque en casación contra lo así resuelto, con apoyo en la causal primera, no podía proceder sino a base de imputarle al Tribunal errores manifiestos de hecho o de derecho en que al apreciar las pruebas hubiera incurrido para deducir que el justo precio del inmueble era de $ 50.000.00. Pero no bastaría aún imputar errores de apreciación probatoria en este único sentido, ya que desde luego con sólo destruir esta motivación del Tribunal no quedaría establecida la existencia de la lesión enorme, ni desvirtuada la decisión. Sería indispensable, entonces, con estos últimos fines, llevar más adelante el ataque, en procura de demostrar además que el Tribunal cayó en yerro al no haberle reconocido mérito de plena prueba al dictamen pericial de la segunda instancia, conforme al cual la lesión estuviese evidentemente establecida, o al haber dejado de tener en cuenta otras pruebas que acreditaran debidamente que al celebrarse el contrato el inmueble "Platanillal" tenía un justo precio superior en más del doble al que el comprador pagó por él. Sólo planteado dentro de estos lineamientos generales, y por supuesto con observancia de la técnica requerida al efecto, podría un cargo en casación como el supuesto tener entidad que permitiera su estudio a fondo.

II.- En el caso del cargo concreto que ahora se examina, propuesto como quedó dicho dentro del ámbito de la causal primera, y con desarrollo en torno a la prueba del justo precio, son notorias las deficiencias de diverso orden que él ofrece, ya porque anda desentendido de la técnica propia de la causal invocada, ora por lo confuso de su exposición, y por la ausencia de unidad y coherencia en su desarrollo. Pero aparte de estos defectos, para desecharlo reviste mayor interés destacar que las alegaciones del recurrente, enderezadas principalmente a atacar la apreciación del dictamen pericial de

la primera instancia sobre el valor del inmueble "Platanillal" a la fecha en que fue vendido, avalúo acogido por el Tribunal, en ningún momento intentar demostrar que él hubiera incurrido en error al rechazar el dictamen de la segunda instancia, y en cuanto éste demostrase ser contraevidente al de la primera, dejando intacto por consiguiente el concepto que sobre este se formó el Tribunal, ni intentan demostrar tampoco que en autos exista otra prueba, echada de menos por el sentenciador, que acredite que el justo precio del aludido inmueble era, en la época de su venta, superior en más del doble al que el comprador pagó por él. Aspecto éste que, como se puso de presente más arriba, era indispensable que fuera afrontado por el cargo, para que tuviera la calidad de completo, pues ciertamente en este caso la violación de las normas señaladas como violadas no dependía simplemente de que el Tribunal hubiera estimado en $ 50.000.00 el valor de dicho justo precio, sino de que hubiera dejado de aplicarlas no obstante mediar en autos prueba prevaleciente de que ese justo precio sobrepasa en más de una mitad al estipulado en la compraventa objeto de la acción.

Basta lo dicho para rechazar la acusación.

Segundo cargo.- Se enuncia así: "Ser la sentencia violatoria de los arts. 1946, 1947, 1948, 1769, 1768, inc. 3o. del C. C. De los arts. 604, 605, 607, inc. 2o., 661, 662, 663, 664, 665, 721, inc. 1o., 722, 723 y 730 del C. J.. Del art. 66 del C. C., y de las doctrinas reiteradas expuestas por la H. Corte Suprema —Sala de Casación Civil, especialmente—, en materias relacionadas con la lesión enorme en los contratos de compraventa, como sobre confesión, presunciones, indicios, inspección ocular, prueba pericial, inferencias, y todas las que incidan directa o indirectamente en el fenómeno jurídico de la rescisión por lesión enorme, por interpretación errónea proveniente de apreciación de determinadas pruebas, incurriendo el sentenciador en error de derecho y en error de hecho que aparece manifiesto en el juicio".

Lo desarrolla el recurrente haciendo diversas consideraciones en torno a la apreciación que el Tribunal le dio a las inspecciones oculares y avalúos de la primera y de la segunda instancia, y a la falta de apreciación de las manifestaciones hechas por el demandado al contestar la demanda.

Se considera:

Formulado como viene el cargo por interpretación errónea de las normas que señala como infringidas, y a causa de yerros en la apreciación de pruebas, es decir, por violación indirecta, de ello sólo resulta que es inepto, dado que la noción de interpretación errónea de la ley supone necesariamente que el juzgador haya acertado en el examen de la cuestión fáctica. En efecto, la interpretación errónea se presenta cuando, una vez precisada la cuestión de hecho, el Juez aplica a ella la norma que exactamente está llamada a gobernarla, pero dándole un sentido que no coincide con el que realmente le corresponde. Como es obvio, allí no se trata ni puede tratarse de discrepancia alguna acerca del tratamiento que el sentenciador le haya dado a la apreciación de la prueba de los hechos, pues si se parte de la base de que la norma aplicada era la pertinente, tal discrepancia forzosamente ha de quedar excluída. Es inútil, pues, pretender llegar a la interpretación errónea de una norma sustancial, al través de errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, pues si se incurrió en éstos, la violación no ha podido ser sino por falta de aplicación o por aplicación indebida de esa norma.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

RESOLUCION

En razón 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 diez (10) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el juicio ordinario de José Deogracias Duque García contra Eugenio Páez Rendón, sobre rescisión de un contrato por lesión enorme.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

PERTENENCIA

Prueba testimonial debe someterse a las reglas de la crítica racional.

Aunque el art. 697 del C. J. estatuye que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley", no basta la sola concordancia de las declaraciones en cuanto a las circunstancias objetivas del hecho para que constituyan plena prueba, sino que es menester, además, que en ellas concurran los requisitos intrínsecos que para su estimación exigen los arts. 687 y 689 del C. J., es a saber que los testimonios sean responsivos, exactos y completos, y no vagos, incoherentes o faltos de sentido. "El art. 698 —ha dicho la Corte— significa que el Juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reunan esas calidades pero no que necesariamente debe tenerlo como demostrado, es decir, que aún en el caso de que haya dos testimonios contestes acerca del hecho y de sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicar las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrar los fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional". (G. J. LXXIX, 252).

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

Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel .

(Aprobación: octubre 3/69. - Acta No. 76).

1. En libelo repartido al entonces Juzgado 8o. Civil del Circuito de Bogotá, impetró Jesús Avilán A. la declaración judicial de pertenencia respecto del inmueble distinguido con el número 50-71 de la carrera 19 de esta ciudad, y alindado como allí se expresa.

2. Afirma el actor, como fundamento de su pretensión, que desde el año de 1930 ha venido poseyendo materialmente, como señor y dueño, en forma quieta e ininterrumpida, el inmueble mencionado; que ha costeado, con dinero suyo, las obras de alcantarillado, andenes, sardineles y pavimentación, así como los servicios de luz y agua, y puesto en él algunas mejoras; que en el año de 1947, por conducto de su esposa, Dolores Bulla de Avilán, lo dio en arrendamiento a Julio Mateus, quien montó en él un taller de ornamentación y quien lo ha venido ocupando desde entonces como arrendatario; que en el juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva que se adelantó para el pago del impuesto predial de dicho lote se decretó "el embargo de los cánones de arrendamiento mensual que Julio Mateus pagaba a los esposos Avilán, para aplicarlos a la amortización de tales impuestos, y así se ha venido haciendo"; que en el juicio adelantado por Humberto Londoño ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá, en el año de 1956, para que se declarara vacante el inmueble prenombrado, se opusieron los esposos Avilán "por tener la posesión como verdaderos dueños del inmueble pretendido como vacante, y se interpuso la correspondiente excepción de prescripción en su favor, que no alcanzó a ser fallada por caducidad de la instancia"; que con todas estas actuaciones el demandante ha defendido y consolidado durante 28 años su condición de poseedor de buena fe del inmueble materia de la demanda de pertenencia y, por consiguiente, tiene "derecho a invocar el reconocimiento del dominio y la propiedad por los medios previstos en la ley".

3. Adelantado el juicio con sujeción al trámite señalado en los arts. 7o. y siguientes de la Ley 120 de 1928, Julio Mateus formuló oposición a la declaración de pertenencia solicitada por Avilán, afirmando, como fundamento de la misma, que desde hace trece años entró en posesión material, pacífica y tranquila del inmueble materia de la demanda, sin reconocer dominio ajeno; que obrando como propietario exclusivo de tal inmueble, "ha provisto a su conservación y ejecutado dentro del mismo obras tales como ins-

talación de energía eléctrica, colocación de un portón de hierro, edificación de tres enramadas, dos de teja eternit y una de teja metálica, todo con dinero de su exclusiva propiedad" y que no es arrendatario de Jesús Avilán, como este lo afirma.

4. Tramitada la oposición mediante el procedimiento del juicio ordinario de mayor cuantía, el Juzgado decidió el litigio en sentencia del 2 de julio de 1963, mediante la cual acogió las peticiones de la demanda de pertenencia. Recurrido este fallo en apelación por el opositor Mateus, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo revocó en el de fecha 28 de septiembre de 1964, y, en su lugar, negó lo solicitado por Avilán. Contra tal sentencia interpuso este último el recurso de casación de que actualmente conoce la Corte y que hoy procede a decidir.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de relacionar los medios de prueba aportados al proceso por las partes, dice el sentenciador:

"El análisis detenido de los elementos de convicción que se dejan relacionados, lleva a concluír que efectivamente el señor Avilán no aportó prueba bastante en respaldo de su acción, esto es, no demostró satisfactoriamente una posesión material por el tiempo y en las condiciones prefijadas en la legislación para que tenga operancia la prescripción adquisitiva extraordinaria (arts. 2512 ss., 2527, 2531, 2532 cts. C. C., art. 1o. Ley 50 de 1936). Naturalmente, sobre el citado señor pesaba la carga probatoria, según los principios comunes (art. 1757 ss. C. C., art. 593 del C. J.), y como no logró satisfacerla natural es que en la presente sentencia corresponde revocar lo resuelto por el señor Juez a quo y a la vez.denegar lo pedido en la demanda".

Examina, en seguida, los distintos elementos de prueba, y observa que los testimonios de Pedro J. Quintero y José del C. Cristancho carecen de fuerza de convicción, por cuanto la afirmación que en ellos se hace de que Avilán llevó a cabo mejoras en el inmueble de que se trata, tales como la instalación de los servicios de agua y de energía, se halla contradicha con las certificaciones de las Empresas respectivas, "puesto que la de la Empresa de Acueducto está demostrando que el inmueble a que se contrae el proceso carece del respectivo servicio, y las constancias emanadas de la Empresa de Energía Eléctrica están indicando que la instalación para el suministro de la respectiva energía no fue gestionada y pagada por el señor Avilán; que las declaraciones de Alberto Rivera, Hernando Gutiérrez, Daniel Espejo, Abraham Posada, Luis Joaquín Castillo, Marco A. Torres y María Cristina Vargas v. de Valderrama, sobre el hecho de ser Julio Mateus poseedor material del citado inmueble, por más de diez años, contradicen en el fondo las presentadas por Avilán con el fin de acreditar su posesión por más de veinte años; que las copias tomadas del juicio sobre declaración de ser vacante el inmueble referido, únicamente constituye un indicio de la posesión de Avilán; que de la certificación expedida por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales aparece que la ejecución se adelantó contra Celiano González C., y que Julio Mateus ha venido consignando en la Tesorería Distrital el valor de los respectivos arrendamientos; que no se estableció que Mateus fuera arrendatario de Avilán, y, por consiguiente, el tiempo durante el cual ha venido ocupando aquel el inmueble no puede integrar el de posesión del segundo; y que tampoco se estableció que con anterioridad a la ocupación del inmueble por Mateus, Avilán lo hubiera poseído por veinte años en la forma requerida por la ley para la prescripción.

LA DEMANDA DE CASACION

Dos son los cargos que se formulan a la sentencia de segunda instancia, ambos dentro del ámbito de la causal primera, y que la Corte examina en el orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

Hácese consistir en que la sentencia acusada es "violatoria de los arts. 66, 762, 2512, 2513, 2518 y 2521 del C. C. y del art. 697 del C. J., proveniente esta infracción de la apreciación errónea que se produjo por error de derecho en la estimación legal del valor o contenido de las declaraciones de los señores Pedro J. Quintero y José del C. Cristancho".

A intento de fundar el cargo observa el censor que los testigos mencionados declaran que desde hace más de veinte años (las declaraciones fueron tomadas el 30 de abril de 1956), Jesús Avilán ha venido poseyendo, con ánimo de señor y dueño, el inmueble materia del juicio, ocupándolo unas veces personalmente y dándole otras en arrendamiento, y que "ha proveído siempre al cuidado y conservación de ese inmueble, como el verdadero dueño, cercándolo

en paredes de ladrillo, haciendo y costeando con dineros de su propio peculio las obras de urbanización como andén y sardinel e instalaciones de agua y luz por su cuenta"; que al desconocerle el Tribunal a dichos testimonios el valor de plena prueba con base en las certificaciones de las Empresas de Acueducto y de Energía, violó el art. 697 del C. J., por cuanto "el certificado del Acueducto no significa ni jamás puede significar que el inmueble en cuestión haya tenido en alguna época servicio de acueducto; y porque las instalaciones de energía eléctrica las puede solicitar o contratar los simples arrendatarios". De donde concluye que "en la sentencia acusada se incurrió en un error de derecho, proveniente este error de la estimación errónea de las referidas declaraciones de testigos"

Considera la Corte:

I.- La misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera de casación, es la de velar por la recta inteligencia y debida aplicación de las leyes sustanciales, y no la de revisar libremente, como si se tratara de una tercera instancia, todas las cuestiones debatidas en los grados anteriores del juicio. Ese objeto primordial de la casación excluye, en principio, del examen de la Corte lo concerniente a la cuestión de hecho, cuya definición ha quedado encomendada al poder discrecional del sentenciador. Empero como al quebranto de la ley sustancial puede llegarse por razón de una deformación de los hechos que han de quedar subsumidos en la hipótesis legal, bien sea por error del Tribunal sobre la presencia objetiva de un medio probatorio en el proceso o bien por error acerca de su valor probativo, excepcionalmente se le permite a la Corte penetrar en los problemas de la prueba. A estas razones obedece el precepto de nuestro ordenamiento procesal civil que autoriza la censura por violación de la ley sustancial, proveniente de apreciación errónea, o falta de apreciación de determinada prueba, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

II.- Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse este, ha de señalarse la norma que fija su valor y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. Y cuando radica en el error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, , incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el sentenciador por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis esta que comprende la desfiguración de la prueba porque se le haga decir algo que no está en ella o porque se le cercene parte de su real contenido.

III.- Aunque el art. 697 del C. J. estatuye que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley", no basta la sola concordancia de las declaraciones en cuanto a las circunstancias objetivas del hecho para que constituyan plena prueba, sino que es menester, además, que en ellas concurran los requisitos intrínsecos que para su estimación exigen los arts. 687 y 689 del C. J., es a saber que los testimonios sean responsivos, exactos y completos, y no vagos, incoherentes o faltos de sentido. "El art. 697 —ha dicho la Corte— significa que el Juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reunan esas calidades pero no que necesariamente debe tenerlo como demostrado, es decir, que aun en el caso de que haya dos testimonios contestes acerca del hecho y de sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicar las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrar los fallos. La doctrina universal mantiene el principio de que, para apreciar la prueba testimonial, los tribunales pueden y deben someterla a las reglas de la crítica racional" (G. J. LXXIX, 252).

IV.- La calificación que de las condiciones de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., es una cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas, y cuyo desacierto al enjuiciar esas calidades, por referirse a la objetividad misma de la prueba, entraña un error de hecho y no de derecho. "Por ello —se ha dicho—, si la sentencia considera coincidentes unas declaraciones, sin serlo, o por el contrario, opuestas y desestimables otras, que en rigor concuerdan, el resultado de ese proceso lógico *no es censurable por error de derecho* (se subraya),, pues en ella no se está alterando el valor qué en la ley posee la prueba testifical, sino por vía del error de hecho, en cuanto se sostenga una unidad irreal o una contradicción inexistente, en la comparación de los datos opuestos". (Sentencia de

7 de mayo de 1968, proferida por la Corte en el juicio ordinario de Fritz Wolfert contra Carlota Barrios v. de Barbosa, aún no publicada).

V.- El Tribunal, según se vio, desestimó los testimonios de Pedro J. Quintero y José del C. Cristancho por haber encontrado que la afirmación que en ellos se hace de que Jesús Avilán hizo mejoras en el inmueble materia de la demanda, tales como la instalación de los servicios de agua y energía, se halla contradicha por las certificaciones de las Empresas respectivas, según las cuales el inmueble mencionado carece del servicio de agua y la instalación del de energía no fue gestionada ni pagada por Avilán. Si, en sentir del recurrente, anduvo desacertado el Tribunal al estimar que las certificaciones de las Empresas de Acueducto y de Energía contradecían el dicho de los testigos, y que, por lo mismo, no prestaban fe; si consideraba que los testimonios de Quintero y de Cristancho sí reunían las calidades exigidas por la sana crítica probatoria para que formaran plena prueba, ha debido impugnar el fallo del Tribunal por la vía del error de hecho, demostrando la contraevidencia en que aquel habría incurrido. Empero como, por una parte, el recurso funda su censura en el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al desestimar esos testimonios, y por otra, se limita, a contraponer su personal criterio al del sentenciador, en cuanto a la manera como han debido apreciarse aquellas, el cargo resulta improcedente y, por ende, debe rechazarse,

Segundo cargo:

Acúsase la sentencia como violatoria de los arts. 66, 762, 2512, 2513, 2518 y 2537 del C. C. y 632 del C. J., por error de derecho en la apreciación de las copias tomadas del juicio que sobre declaración de ser vacante el inmueble materia del presente, promovió Humberto Londoño en el Juzgado 10o. Civil del Circuito de Bogotá.

Hácese consistir el error del sentenciador en que al expresar este que las referidas copias únicamente constituyen un elemento indiciario de la posesión de Avilán, y no prueba plena de ese hecho, desconoció el contenido de las mismas, de las cuales aparece que Avilán sí tenía la posesión material del inmueble objeto de este juicio, ya que fue por virtud de esa posesión que aquel se opuso a la declaración de vacancia solicitada por Londoño y que la pretensión de este no fue acogida.

Considera la Corte:

I.- Estatuye el art. 632 del C. J. que hacen plena prueba acerca de su contenido, las copias de documentos auténticos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos. De donde se sigue que la fuerza probatoria de tales copias sólo se refiere a los hechos que ellas ofrezcan como ciertos y no a los que pudieran inferirse de los que el instrumento contiene. En el caso que se examina, de las copias tomadas del juicio de bienes vacantes a que se hizo referencia (Cdno. 1, fls. 7 a 11) y por lo que a Avilán respecta, sólo aparece que este, junto con María Dolores de Avilán, confirieron poder especial al Dr. Publio Restrepo Jaramillo para que los representara en el juicio prenombrado e hiciera valer sus derechos "como tenedores y poseedores regulares del inmueble de la carrera 19 No. 50-71; que por auto de 31 de enero de 1958 el Juzgado, a instancia del Dr. Restrepo Jaramillo y con base en el artículo 364 del Código Judicial, decretó la caducidad de la instancia, ordenó el levantamiento del secuestro y condenó en costas al actor; que en escrito presentado personalmente por los apoderados del demandante Londoño y de los opositores Jesús Avilán y Dolores de Avilán, manifiestan aquellos que el abandono del juicio se debió a que Londoño llegó al convencimiento de que los opositores tenían razón, dado que su oposición se basaba "en el tiempo que hace que tienen la posesión efectiva del inmueble, en las mejoras que allí han puesto y en los actos de dominio que allí ejercitan como verdaderos dueños; que en el mismo escrito manifestó el personero de Londoño que, por haber llegado a un acuerdo con los opositores, desiste de la demanda presentada; y que por auto de 10 de junio de 1958 el Juzgado admitió "el desistimiento por transacción presentada por las partes".

II.- Como puede apreciarse, fuera de la manifestación hecha por el apoderado de Londoño, del contenido de las copias mencionadas no aparece que los esposos Avilán hubieran realizado "hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión", que al tenor del art. 981 del C. C. son los que prueban la posesión material de un inmueble. Y mucho menos que tales hechos se hubieran realizado ininterrumpidamente durante el lapso de tiempo requerido por la ley para la usucapión.

III.- Acertó, por tanto, el Tribunal al no tener como plenamente probada la posesión material de Avilán sobre el inmueble materia de la demanda, con base en las copias de que se ha hecho mérito, y al ver en su contenido apenas un elemento indiciario de tal posesión.

No hallándose establecido el error en que incurrió el sentenciador al valorar las copias a que el cargo se refiere, la censura que por tal motivo se formula a la sentencia impugnada debe ser rechazada.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Heriberto Caicedo M., Secretario.

La embriaguez pactada en la póliza como excepción al pago de indemnización por el siniestro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación. - Acta No. 76).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 9 de mayo de 1966, en el juicio ordinario seguido por Amanda Salazar de Grajales frente a la compañía Suramericana de Seguros de Vida.

I

EL LITIGIO

Amanda Salazar de Grajales demandó a la sociedad Suramericana de Seguros de Vida, en procura de las siguientes determinaciones:

"1. Que la sociedad Suramericana de Seguros de Vida está obligada a pagar a la señora Amanda Salazar de Grajales la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) como 'beneficios indemnizatorios por muerte accidental' del señor Rogelio Alberto Grajales Santa, en su carácter de beneficiario del asegurado, de acuerdo con el anexo a la póliza número 24.581 expedida en esta ciudad el 1o. de septiembre de 1960.

"2. Que la misma compañía está igualmente obligada a pagar a la señora Amanda Salazar de Grajales, en su carácter de beneficiaria del señor Rogelio Alberto Grajales Santa, la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00), como indemnización por 'accidente personal' del asegurado, según los términos del contrato anexo a la póliza número 24.581, expedida en esta ciudad el 1o. de septiembre de 1960

"3. Que dicha sociedad está obligada a pagar a la misma beneficiaria, los intereses legales correspondientes, sobre las sumas anotadas, desde la muerte del asegurado hasta cuando verifique el pago".

De los HECHOS en que dice fundarse el *petitum* se destacan los siguientes:

Que Rogelio Alberto Grajales Santa "tomó en la Suramericana de Seguros de Vida una póliza simple de Seguro de Vida distinguida con el número T-20-24.581, expedida en Medellín el 1o. de septiembre de 1960. Con la misma compañía celebró dos contratos de seguro, uno sobre 'beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental', y otros por 'seguro contra accidentes personales', contenidos en dos anexos a la póliza 24.581 expedidos en la misma fecha y lugar que el anterior, por un valor de cien mil pesos ($ 100.000.00) cada uno de ellos, en caso de ocurrir los accidentes previstos en la respectiva póliza";

que la actora, quien había contraído matrimonio eclesiástico con Rogelio Alberto Grajales Santa el 1o. de diciembre de 1953, fue designada por este, "como beneficiaria de las indemnizaciones por accidente a que se refieren las dos pólizas (sic) indicadas";

que Grajales Santa "falleció el día 28 de junio de 1963, en la ciudad de Neiva, por consecuencia directa de una conmoción cerebral gravísima, sufrida en un accidente automoviliario", el cual ocurrió en las horas de la mañana del día indicado, mientras el dicho señor se dirigía, manejando su automóvil particular, de Neiva hacia Campoalegre, y "al cruzar el puente de la quebrada Agua Blanca, el vehículo, por causas que se ignoran, se desvió contra uno de los costados del puente y cayó a la quebrada"; y

que "La Compañía Suramericana de Seguros ha negado el pago de las indemnizaciones adicionales por muerte accidental estipuladas en los dos anexos a la póliza T-20-24.581".

En su contestación al libelo, la demandada expresó:

Que "debe observarse que se trata de un solo contrato de seguro de vida con dos anexos que no constituyen, como se afirma, dos contratos distintos del principal";

no ser cierto que la póliza del seguro esté en vigor, pues "la póliza de vida está cancelada en virtud del pago, de cien mil pesos ($ 100.000.00) hecho por la compañía a la beneficiaria", y "Respecto de los anexos ha habido algunas diferencias al estimar la Compañía que no está obligada al pago de sus respectivos valores, pero ello no implica su vigencia, para estarlo habría menester que el asegurado viviese y estuviere pagando la prima"

ser cierta la designación de Amanda Salazar de Grajales "como beneficiaria del contrato de seguro de vida";

ser cierta la fecha de la muerte del asegurado ocurrida en accidente automoviliario, el 28 de junio de 1963, en la hora y en el sitio que reza la demanda, cuando el asegurado era conductor del vehículo. Pero afirma no ser cierto que las causas se ignoren, pues, "se propone demostrarlo en este juicio, que la causa del 'accidente' no fue otra que la imprudencia del señor Grajales al conducir su vehículo, a velocidad desmedida, mientras se encontraba bajo los efectos del alcohol ingerido durante la noche anterior y el amanecer del día del acontecimiento"; y

ser cierto que "la compañía ha negado el pago de las indemnizaciones adicionales por muerte accidental estipuladas en los dos anexos a la póliza T-20-24.581. Pero la negativa no es infundada y antes bien existen razones legales suficientes para sustentarla", dadas la cláusula tercera del anexo relativo a "beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental", y la cláusula novena de las condiciones generales del anexo referente a "seguro contra accidentes personales".

Finalmente niega que la actora tenga derecho a las indemnizaciones que solicita, por lo cual se opone a sus pretensiones.

La primera instancia, a la que hubo aporte probatorio de ambas partes, cerrose con fallo del Juzgado 11o. Civil Municipal de Medellín, por el cual se absolvió a la entidad demandada de los cargos que se le formularon; y abierto el segundo grado por apelación de la parte vencida, recibió sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de fecha 9 de mayo de 1966, confirmatoria de la del *a quo*.

Y a merced del recurso de casación interpuesto por la misma parte, toca a la Corte el pronunciarse ahora sobre la legalidad de la sentencia.

II

LOS MOTIVOS DEL TRIBUNAL

Este, después de una exposición de los elementos esenciales del contrato de seguro, y asentada la afirmación de que el que ha sido materia de este litigio no adolece de nulidad que lo enerve, hace las siguientes consideraciones:

Que la compañía demandada se excusa aquí de pagar los anexos del seguro, afirmando que "como el asegurado manejaba el automotor a desmesurada velocidad y obraba bajo los influjos del alcohol que había ingerido en la noche anterior y en el amanecer del día del siniestro, no está obligada a satisfacer la indemnización que se le exige".

Y mirando al art. 660 del C. de Co., afirma que "conforme a esta disposición, existen hechos que originando el siniestro o siendo su consecuencia, no comprometen sin embargo la responsabilidad del asegurador por mandato expreso legal". Así, "como la culpa grave se equipara con el dolo, cuando el siniestro ha sido provocado por esta clase de culpa, el hecho personal del asegurado excluye la indemnización por parte del asegurador". Al efecto observa que, "Tratando el C. de Co. de las obligaciones del asegurado, dispone en el art. 680 ord. 3o. que "debe emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia, en la prevención del riesgo", por lo cual conceptúa que "frente a nuestros ordenamientos legales, esto no es posible porque pugna con disposición legal expresa, y porque sería ciertamente desaconsejable autorizar esta clase de protección dadas las condiciones de nuestro medio social".

Sobre estas premisas, procede el sentenciador a "averiguar si la intervención o el hecho personal del asegurado en el siniestro que le causó la muerte, se califica como culpa grave, por que si a tal conclusión se llega queda excluída la indemnización demandada por la actora en el libelo inicial del juicio".

Buscando, pues, aquilatar la noción de culpa a través de los textos que la definen en los ordenamientos civil y penal y pasando por los arts. 1757 del C.C. sobre carga de la prueba en

punto de obligación y 673 del C. de Co., según el cual aunque el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, puede el asegurador acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, entra a aplicar estas disposiciones al resultado fáctico que saca de los elementos probatorios aducidos por las partes. Se detiene, pues, en la contemplación de los siguientes medios: la declaración de Luis Eduardo Cardona Sánchez, quien viajaba con Rogelio Alberto Grajales Santa en el automotor que este manejaba cuando se produjo el accidente que le costó la vida; las declaraciones de Felipe Mosquera, quien trabajaba en el bar denominado "Tamaná" y de Fanny Serrano, quien trabajaba en la cantina denominada "Patio Pelado" de la ciudad de Neiva, y los cuales atendieron con servicios de licor a los señores Grajales Santa y Cardona Sánchez en horas anteriores a la producción del siniestro; la declaración de Luis Carlos Castillo, quien se encontraba en una caseta denominada "Ritmos de Palmeras", a donde en horas de la noche de una fecha que no precisa exactamente el declarante, llegaron Cardona y Grajales e hicieron algunas libaciones; el dictamen rendido por tres peritos de la Dirección de Transporte y Tránsito del Huila, practicado el día en que murió Grajales Santa, y según el cual "el accidente se ocasionó por la excesiva velocidad a que transitaba el vehículo y que este no fue maniobrado en forma directa por su conductor cuando se produjo la desviación de la máquina"; la información de los peritos designados por las partes en la secuela procesal, quienes, dice el Tribunal, "manifestaron que las condiciones en que se produjo el accidente en donde perdió la vida el señor Grajales Santa son muy difíciles de determinar, y en el particular se remiten a lo que habían dicho los peritos de la Dirección de Transportes y Tránsito de Neiva"; una constancia del Ingeniero Jefe del Distrito de Obras Públicas Nacionales del Huila, acerca de que "en la carretera pavimentada Neiva-Campoalegre la velocidad máxima autorizada es de 80 kilómetros por hora en las rectas que pasen de dos kilómetros", y la certificación del Director del Hospital San Miguel de Neiva, acerca de que, el día 28 de junio de 1963, a las 8 y 30 minutos ante meridiem, se atendió por el interno Dr. Publio H. Castillo, en su servicio de *Urgencias*, "a donde fue traído en *Estado Preagónico y de inconciencia por traumatismo craneano*", al señor Alberto Grajales, cuya muerte ocurrió pocos minutos después, sin que alcanzase a haber hospitalización por esta causa. También toma nota de las declaraciones de Efrén Alzate, Campo E. Clavijo y Miguel A. Peña aducidas por la actora, sobre la conducta honesta y juiciosa de Alberto Grajales y ser este, cuando tomaba licor en fiestas o reuniones sociales, moderado y responsable, manifestando, además, el último de estos declarantes estimar que, en la noche del 27 de junio de 1963 en que se encontró con Alberto Grajales y Luis Cardona en la caseta "Ritmos de Palmeras", estos "estuvieron tomando, pero en forma moderada, por no haber notado o visto que estuvieran ebrios"; y la declaración del médico doctor Carlos López López quien refiere que Grajales de quien fuera amigo, al cual atendió en el Hospital San Miguel y murió en sus manos, "no presentaba signos de intoxicación alcohólica alguna, tanto que me solicitó atendiera primero al señor Cardona quien también se encontraba en la sala de urgencias en ese momento". Y prescinde de considerar la declaración de Celina Ramírez, por ser empleada del servicio doméstico de la demandante".

Así, la contemplación del acervo probatorio le merece al sentenciador las siguientes conclusiones:

Que "se deduce lógicamente, que el asegurado Rogelio Grajales Santa se expuso temerariamente, al conducir personalmente el vehículo automotor de su propiedad, de placas H 21-34, en la mañana del 28 de junio de 1963, en viaje de la ciudad de Neiva a Campoalegre, en estado de embriaguez, después de una noche de parranda, en completa vigilia o desvelo y conduciendo a velocidad exagerada. Cualquiera de estas tres actitudes del asegurado, conducir bajo los efectos del alcohol, después de un completo trasnocho y a desmedida velocidad, conforman manifiesta imprudencia, y la conjunción de las tres especies de ostensible, imprevisión determina en su autor una redomada temeridad que indudablemente constituye la culpa grave".

Arrimándose, por lo tanto, a la regla del ord. 3o. del art. 680 del C. de Co., que impone al asegurado el deber de "emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia", en la prevención del riesgo, sostiene el juzgador que "si bien es cierto que la disposición legal alude o se refiere más especialmente a los seguros patrimoniales y reales, en los seguros personales no puede, de modo alguno, quedar amparada la culpa grave del asegurado en relación con el siniestro, porque la culpa grave se confunde con el dolo y la protección

del dolo a más de inmoral, sería marcadamente antisocial y disolvente".

A continuación de lo cual, la sentencia dice: "No está por demás agregar que la entidad aseguradora al redactar la póliza a la cual adhirió el asegurado, asentó en la cláusula 3a. del anexo "Beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental" que no cubría las indemnizaciones de este anexo si el asegurado había ingerido licor o se hallaba bajo los efectos de cualquier droga. Y en la cláusula 9a., al condicionar el anexo "Seguros contra accidentes personales", dice: "Este seguro no cubrirá pérdidas o incapacidades causadas directa o indirectamente, totalmente o en parte si el accidente ocurre mientras o porque el asegurado esté bajo los efectos del alcohol o de cualquier droga que afecte el uso normal de sus facultades mentales ".

Frente, pues, a estas cláusulas, concluye que "Acogidas por el asegurado al adherir a ellas y que simplemente se destinan a regular los puntos de detalle del convenio, le son oponibles al adherente puesto que han sido enderezadas nada más que a explicar y completar las cláusulas esenciales del contrato sin contrariarlas".

III

LA DEMANDA DE CASACION

El impugnante, luego de una dilatada disertación acerca del contrato de seguro, de varios aspectos relacionados con el mismo, tales como la autonomía privada en su celebración; la buena fe, el dolo y la culpa en su ejecución; la diferencia entre seguro de cosas y de personas; y el seguro de accidentes como estipulación en favor de terceros, procede a plantear la acusación en dos capítulos, de que cabe hacer el siguiente extracto:

Capítulo primero, intitulado primer cargo.- Bajo la fórmula introductiva de "Violación directa de los arts. 14 de la Ley 27 de 1888, 182 y 660 del C. de Co. y 1602 C. C.; quebranto de los arts. 680, 3o. C. Co. y 63 y 1609 del C. C., por aplicación indebida, y de los 635, 674, 693 y 699 C. de Co. y 1o. de la Ley 95 de 1890 y 1603 C. C., por interpretación errónea. Posteriores yerros de derecho en la apreciación de las pruebas y violación directa final del art. 674 C. de Co.", hace los siguientes desarrollos:

Que "el seguro se regla por lo estipulado por los contratantes y sólo por las disposiciones del Código en lo que ellos no hayan dispuesto diferente. De modo que es de extrañar que el Tribunal se fuera por los textos legales con abandono del concreto contenido negocial...". Hubo, pues, un desconocimiento del art. 14 de la Ley 27 de 1888, por lo cual, dado el art. 182 del C. de Co., tal infracción "se proyectó sobre dicho precepto y el 1602 C. C. que consagra la fuerza vinculante del contrato legalmente celebrado".

Así, a falta de norma sobre el seguro de accidentes personales, el juzgador aplicó al de personas la regla de que el asegurado debe ser diligente cual un buen padre de familia en la prevención del siniestro y, por ende, incumple su obligación al incurrir en culpa lata, con relevo del compromiso recíproco del asegurador.

Y agrega el recurso que las reflexiones hechas en la consideración previa acerca de las diferencias sustanciales entre los seguros de cosas y los de personas, el carácter del negocio *fides bona* que ostenta el seguro, la distinción entre obligaciones y cargas y la naturaleza de las prestaciones en este contrato, "sirven de motivación al cargo de aplicación indebida de los arts. 680, 3o. C. de Co., 63 y 1609 C. C.", sin que, vistas las prestaciones correlativas, "proceda por esta vía paralización definitiva de la reclamación por supuesto incumplimiento de las cargas que gravan al asegurado, ni quepa la aplicación de reglas específicamente civiles a tratos regulados estrictamente por el derecho especial de comercio", y siendo "de conveniencia insistir en que la irreflexiva involucración de la culpa mayor dentro del concepto de dolo, tan solo para exonerar del deber de cumplimiento a la demandada, es del todo improcedente ahora, en reparando que el cuidado y la previsión de accidentes relativos a las cosas no son de igual orden a los que tienen que ver con los atributos fundamentales de la personalidad..."

Si bien lo fortuito o casual es aquello que ocurre de improviso, por razón externa a quien lo padece, las proyecciones y efectos del fenómeno han de medirse con el mismo rasero, "pues a las claras se anota que la fuerza mayor es allá excluyente, al paso que aquí es comprensiva de la supervivencia o exigibilidad de la obligación". Y no es de creer que los arts. 635 y 674 C. de Co. limiten los alcances del seguro a solo aquellos eventos en que pueda sustentarse la imprevisibilidad e inevitabilidad conjuntas del siniestro. "Precisamente la razón de ser del seguro es trasladar en todo o parte las con-

secuencias de los golpes del azar, cualesquiera que sean sus causas, con la sola exclusión de las originadas en la aviesa intención de la víctima o de los beneficiarios del capital" y así "el acto culposo, por grave que sea el error, cabalmente por la ausencia conceptual de la intención algo deja al álea, no cercena el albur, que es el fundamento del seguro". Es que "lo único que de suyo, por ley y por ética, está excluído de amparo es el dolo". Y ello se evidencia más si el interés protegido es la vida o la integridad de una persona, "casos en los cuales es de presumir con arreglo al orden natural de los hechos, que el asegurado tiene positivo interés en su conservación, pues no es de imaginar que quiera convertir muerte o invalidez en fuente de lucro u objetos negociables". De ahí, en materia de seguro forzoso laboral, el cubrimiento del riesgo de muerte, cualquiera que sea su causa, y del accidente de trabajo con inclusión de cualquier culpa profesional.

En el caso "no se apreció que los anexos configuran reales contratos de seguro de accidentes y no son expresión del propio de vida, que no ofreció dificultad alguna en su solución" y el desacierto llevó a no darle sus verdaderos alcances a los motivos de exclusión de la responsabilidad del asegurador, previstos como causales de rescisión por el código (699), en enunciación taxativa que se reducen a suicidio, duelo y empresa criminal. "Con lo que, además, y por deficiente interpretación, se desconoció que es sólo el acto doloso el excluido legalmente del concepto de seguro de personas".

Así, pues, con difícil asidero en el art. 1613 C. C., se llegó al extremo de "considerar el descuido del asegurado en la propia conservación y en eludir riesgos mayores, como una mala fe o deslealtad contractual... como si la *diligencia* propia de toda obligación pudiera apreciarse igual en todos los casos, con asimilación de la custodia de las cosas... De suerte que, en contradicción con la regla de la primacía del concreto contenido negocial... se confundió la ausencia de buena fe, aquí indetificable específicamente con el dolo, con el descuido lato, y se captó este como falta de la advertencia del buen padre de familia en la preservación de su vida..."

Trasladándose luego la acusación al ámbito de *la estimación probatoria*, argumenta así:

Que el supuesto del sentenciador, de que Grajales condujo su automóvil "en estado de embriaguez , después de una noche de parranda y a velocidad exagerada", se hace desprender, en cuanto a embriaguez, de los testimonios de Luis Eduardo Cardona Sánchez, Felipe Mosquera, Fanny Serrano y Miguel A. Peña, y, en cuanto a exceso de velocidad, de la inspección practicada por la Dirección de Tránsito del Huila, del dictamen que entonces rindieron pretensos peritos que acompañaron al funcionario y del de los designados durante la primera instancia, en consonancia con certificado del Ministerio de Obras Públicas. Y estas pruebas comenzando por las últimas, le merecen los siguientes reparos:

Que el certificado del sedicente Ingeniero Jefe del Distrito de Huila y Caquetá, expedido en papel con membrete del Ministerio de Obras Públicas, el 18 de diciembre de 1963, sobre velocidad máxima autorizada, fue allegado con el memorial petitorio de pruebas en el juzgado, por lo cual "no se produjo con el lleno de las formalidades legales, regularmente, en oportunidad permitida según el art. 597 C. P. C., que así fue hollado, al igual que los arts. 632 y 636 ibídem". Por otro aspecto, faltaría el otro extremo para realizar la comparación: la velocidad probable a que corría el vehículo accidentado, pues a los peritos en el juicio no se les solicitó dictaminar sobre tal punto, respecto del cual sólo se encuentra en papel común (C. 3 fls. 7 a 9), adjuntada al mismo memorial petitorio de pruebas una llamada copia del parte administrativo que dio un 'Perito Jefe de Transportes del Huila', según se manifiesta allí el día 1o. de julio de 1963, sobre el accidente. Y a este respecto dice, además, hacer objeción a la idoneidad intrínseca del aviso, que no puede en forma alguna asimilarse a inspección ocular, y a la de los dictámenes de los peritos *ad hoc*, cuya admisión como prueba de lo que sea, fuera de quebrantar los mencionados arts. 597, 632 y 636 C. J., constituye también error de derecho por transgresión de los arts. 724, 730, 705 y 723 de la misma obra, pues ni el Perito Jefe es funcionario judicial, ni su intervención posee mérito formal o material alguno, ni los peritos asesores son tales ni dan razón alguna de su dicho, ni se sabe nada afirmativamente de su fama, calidad e ilustración". A lo cual se añade que "la conclusión de los fementidos expertos" de que, habiendo observado el velocímetro del automóvil detenido en el número 80 de la marca de kilómetros, la velocidad pudo haber sido esa o mayor para cuando se sucedió el choque y que hubo fa-

lla humana, "no pasa de ser una simple conjetura tan probable como cualquiera otra", que se deslíe con la más elemental consideración acerca de los movimientos de la aguja al producirse la ruptura de su mecanismo.

Así, concluye que la afirmación del Tribunal sobre exceso de velocidad, como factor en la producción del accidente, no tiene asomo de respaldo.

Y encaminando luego el razonamiento contra la estimación que hiciera el Tribunal de la prueba en que se fundó para dar por establecido el "estado de embriaguez" en que, según la sentencia, se encontraba el asegurado Rogelio Alberto Grajales, conductor de su automóvil en el momento de producirse el accidente, el acusante alega así: Que el Tribunal "no tuvo en cuenta" el testimonio del médico Carlos López López (fl. 17 y 25 C. 2o.), quien atendió a Grajales al llegar agonizante al hospital y en cuyas manos falleció, y quien declara que el paciente tenía cabal conciencia, sin presentar ningún signo de intoxicación alcohólica. Tampoco tuvo en cuenta el de Celina Ramírez (fl. 13 y 26 ibid.), a pretexto de impedimento consistente en dependencia económica, cual si éste se hallase acreditado. Otro tanto hizo con el de Cardona, compañero de Grajales en toda la noche y víctima también del accidente, quien declara que aquel no había ingerido licor como para perder el control. Así, la desestimación de todos estos testimonios implica, en cuanto a la Ramírez violación del art. 669 C. J. y respecto de todos "error de derecho", al privarlos del "mérito pleno que según la ley tienen (C. J. 697)". Y si por acaso incluyó en los testimonios que aceptó, los de Luis Carlos Castillo y Aly Jacded Rendón, le imputa "error de derecho en su valoración (C. J. 693)", aunque sin precisar la razón de este.

Acusa también por error de derecho, lesivo del art. 697 ibid., la apreciación de las declaraciones de Felipe Mosquera y Fanny Serrano, porque —dice— las acogió el sentenciador "sin estudio alguno de su supuesta coincidencia, de su responsabilidad, en fin, sin crítica del testimonio", como que se trata de "un criado de bar" y de una "dama de cantina", quienes al declarar en mayo de 1965, hubieron de referirse al hecho ocurrido el 28 de junio de 1963: el primero, recordando la presencia rápida de Grajales y Cardona en el establecimiento por aquel atendido, qué pidieron, qué pagaron, qué tomaron y cuánto tiempo permanecieron, con hora de entrada y de salida; y la Serrano, recordando circunstancias por el estilo de las dichas, y en qué clase de billetes le cancelaron la cuenta, y qué le dejaron de propina.

Que al error anterior, se suma el de la desestimación de los dichos de los testigos López, Cardona y Ramírez, quienes por percepción directa niegan síntomas externos de intoxicación alcohólica en Grajales, los dos últimos hasta momentos antes del insuceso, y el primero en habiendo ocurrido. Error de derecho en uno y otro caso: allá, por aceptar lo inaceptable moral y físicamente; aquí, por desoír lo que ponderadamente se sostiene conforme a la realidad.

Por lo tanto, "por más crédito que se le otorgue a cajero y copera, con su dicho no se demuestra otra cosa que la posibilidad de algunas libaciones, escasas en sus respectivos expendios, y por mucho que se acentúe en la continencia del difunto no es factible negar que pasó la noche en vela y que ingirió licor sin desmandarse. Hay, pues, en últimas, una evidencia, que el accidente no fue motivado por embriaguez y que el señor Grajales no estaba intoxicado por el alcohol, y una contraevidencia: el dicho del Tribunal".

"Finalmente, y como era natural, vino la falta de aplicación de la norma que señala como deber primario del asegurador el cubrimiento de la reparación, aquí el pago del capital (C. de Co. 674), que era lo solicitado y que no se acogió, pues el fallo fue desestimatorio".

Por otra parte, en lo que hace a las cláusulas exoneradoras de la póliza, "el punto es vago en demasía, dado que los términos empleados por la sentencia en el corto párrafo que a ella consagra al finalizar la exposición no permiten formarse un concepto cierto sobre la actitud del juzgador al respecto".

Capítulo segundo, intitulado *segundo cargo.*- Está formulado por "Violación directa de los arts. 14 de la Ley 27 de 1888, 182 y 674 C. de Co. y 1602 C. C., producto de errores de derecho en la valoración de las pruebas, favorecidos por errónea interpretación de los arts. 635, 674 y 699 (C. de Co., 63 C. C. y 1o. de la Ley 95 de 1890, y con desconocimiento de los arts. 663 y 726 C. de Co. y 1757 C. C."

El desenvolvimiento que se intenta de estas imputaciones, hácese por los cauces siguientes:

Que se ignoró la obligación del asegura-

dor, de pagar los dos seguros de accidente personal en favor de la beneficiaria demandante, y por ello se violó directamente el art. 674 C. de Co. por falta de aplicación. De igual modo se negó al contrato su fuerza prevaleciente sobre los textos legales y su poder vinculante para las partes, según los principios de los arts. 14 de la Ley 27 de 1888, 182, C. de Co. y 1602 C. C. Transgresión esta que fue la final.

"A ello se llegó por errónea ponderación de los medios convictivos que se aportaron al juicio, que fue propiciada por los defectos de inteligencia de los dichos preceptos que definen los elementos del seguro y, en particular, el riesgo, señalan el siniestro fortuito como condición del pago de la indemnización o del capital, indican las exclusiones únicas propias del seguro de personas, modelan el concepto de culpa y proponen su clasificación, igual que el de caso fortuito liberatorio".

"Sobre la manera incorrecta como se apreciaron dichas normas y la realidad doctrinaria de las instituciones en juego", dice remitirse "a lo ya expuesto en el cargo precedente y de allí a los argumentos del parágrafo anterior".

Y en cuanto a los yerros probatorios a que alude en la fórmula introductiva de este cargo, el recurso se presenta así:

Comenzando por transcribir los apartes sobre riesgos excluídos del aseguramiento y luego de considerar que no se ha discutido el carácter accidental de la muerte del asegurado y tampoco su origen extraño a la voluntad del mismo, afirma que "el debate estaba circunscrito a la causa de la defunción, y más específicamente, a decidir si en el proceso se acreditó o no, adecuadamente, que esta se sucedió, para el primer contrato, *directa o indirectamente por ingestión de alcohol o por participación en acto cualquiera violatorio de la ley* y, para el segundo, si el accidente ocurrió *directa o indirectamente, totalmente o en parte, debido a efectos del alcohol,* puesto que la demandada opuso desde un principio esa excepción, con base en las cláusulas correspondientes del contrato".

"Para el Tribunal aunque referido a las normas legales y no a la disposición negocial, los autos arrojan la plena comprobación de que el asegurado cayó en culpa lata, al conducir su automóvil 'en estado de embriaguez, después de una noche de parranda y a velocidad exagerada '.

Mas, alega el impugnante que "la vigilia no reza con los términos de la póliza y la velocidad excesiva, suponiendo la 'participación en acto violatorio de la ley', sólo afectaría al pacto de beneficios indemnizatorios". Y agrega que se remite al análisis que en el primer cargo hizo de "lo que existe como 'demostración' de la velocidad demasiada y de la embliaguez o intoxicación alcohólica".

Preguntándose, luego, cómo se puede acreditar la causa directa o indirecta de un accidente como el que se contempla, el censor se contesta: que "la salida de un automotor de su ruta y su estrellarse contra obstáculo marginal de la vía son cuestiones que no se pueden determinar sobre la sola base de conjeturas, consejas, cálculos o presunciones humanos... Y, sin duda ninguna, para establecer el estado de las personas, si vivas están, existen medios de observación científica que permiten medir el estado de embriaguez o el estrago causado en su sensibilidad y vigor por el tóxico ingerido, y si son difuntas, la autopsia y el dictamen médico-legal son la vía apropiada, exclusiva, para esa conceptuación. Ahora bien, a Alberto Grajales Santa se le practicó autopsia (cdno. 3o. fl. 25), que nada anota respecto a intoxicación alcohólica, y como dato próximo al efecto solo se tiene el testimonio del médico que lo recibió en el Hospital y atendió en el poco término que permaneció allí con vida, totalmente negativo en cuanto a embriaguez se refiere. De otra parte, el estado de las máquinas es apreciable sensorialmente y definible por técnicos en la materia, igual que su manejo o conducción por el hombre... y, por ende, son objeto de la prueba pericial. Y aquí tampoco se dio esta...", pues sólo la hubo sobre el estado de la vía.

Cómo se produjo la tragedia y cuál fuera su causa, son cuestiones que yacen en la sombra, pues ello "ciertamente no ha sido materia de prueba", siendo la demandada como excepcionante a quien incumbía la carga probatoria por disposición del art. 726 del C. de Co. Se dio por probada la causa del accidente, sin prueba alguna al respecto, o se absolvió sin exigirla a quien correspondía suministrarla. "Si lo primero, el error de derecho manifiesto saltaría a la vista... consistente en la admisión de medios inidóneos e inoportunos; si lo último, habría habido una dispensa del deber de probar, con quebranto de los arts. 726 y 663 C. de Co. y del 1757 C. C.".

Finalmente, para el acusador, la redacción de la cláusula exoneradora del seguro de ac-

cidentes personales, en el empleo del adverbio de tiempo "mientras" con el de causalidad "porque", simultáneamente, es ambigua, y, por lo tanto, debe interpretarse y aplicarse en forma adversa a quien la impuso, con arreglo al art. 1624 del C. C., de indefectible aplicación a contrato dictado unilateralmente por una de las partes.

IV

EL ALEGATO DE OPOSICION

En extenso escrito, la contraparte de la recurrente, oponiéndose a los cargos por esta formulados, argumenta acerca del denominado "Primero", así:

Que su formulación es antitécnica; que, aunque la impugnación comienza por aseverar que en el proveído del Tribunal se desconocen las reglas convencionales para dar aplicación a las normas generales de derecho, basta la lectura del pronunciamiento para desvirtuar semejante aserto, pues el juzgador no solo estudió el negocio a la luz del derecho invocado en la demanda, sino que se extendió en el análisis de las pólizas, para dirimir la controversia aplicando la ley del contrato; que anduvo acertado al establecer el grado de culpa que le hubiera cabido al asegurado por su acto imprudente, génesis de su desgracia; que si de las cosas incorporales asegurables según el art. 646 del C. C. no está descartada la vida, "es apenas obvio, conforme a las reglas de la hermenéutica, que el capítulo correspondiente al seguro en general, abarca el de vida, y no sólo el de cosas"; que no se ve de qué manera el sentenciador hubiera interpretado mal el art. 1603 sobre la ejecución de buena fe de los contratos, ni transgredido el art. 1o. de la Ley 95 de 1890, al deslindar las figuras del caso fortuito y la culpa; que el ataque por inoportunidad de aportación, así de la constancia del Ingeniero Jefe del Distrito de Obras Públicas Nacionales del Huila sobre la velocidad permitida, como del "parte oficial" respecto del accidente, ataque deducido en el ámbito del error de derecho, carece de base, en cuanto se dejó ejecutoriar la providencia que admitió tales elementos como pruebas; que tampoco surge transgresión de los preceptos sobre inspección ocular y peritazgo, puesto que las piezas pertinentes y los peritos y funcionarios que las produjeron no fueron objeto de tacha en instancia, ni siquiera fueron aquellas contradichas o rebatidas expresamente; que igualmente el ataque contra la apreciación de la prueba testimonial resulta inane, porque los testigos Felipe Mosquera y Fanny Serrano, cuya idoneidad aparece certificada, rinden declaraciones concordantes respecto de la embriaguez de Grajales y Cardona, sin que su condición de sirvientes de taberna les quite la admisibilidad, pues en las circuntancias del caso no podría exigirse la presencia de personas de alta posición social; que la inadmisión del testimonio de Celina Ramírez se conforma al art. 669 del C. J., por ser la declarante una doméstica de la familia Grajales y haber sido citada por la viuda, actora en el juicio; que también es fundada la desestimación del dicho del médico Dr. Carlos López, amigo del difunto, por resultar ostensiblemente inexacto, al confrontarse con el certificado del Médico Director del Hospital de San Miguel, del que por otra parte aparece que quien allí atendió, a su llegada, al accidentado Grajales, fue el doctor Publio H. Castillo; y que, en cambio, tiene gran importancia el testimonio de Miguel A. Peña, demostrativo de cómo las libaciones por parte de Grajales habían empezado desde la víspera del accidente.

Y en cuanto al titulado "Segundo Cargo", luego de llamar la atención a las deficiencias de forma que a igual del otro lo afectan, y de afirmar que la compañía demandada pagó a la actora el valor del seguro de vida de Rogelio A. Grajales Santa, absteniéndose solamente de cubrirle las cantidades correspondientes a los anexos por "Beneficios indemnizatorios por muerte" y por "Seguro contra accidentes personales", la oposición, dada la analogía de este capítulo de la censura con el primero, se limita a críticas sucintas, cuya singularización se excusa aquí en gracia de brevedad.

V

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

A) El despacho del recurso habrá de circunscribirse al campo en que la controversia fue cerrada, concretándose al punto medular de la misma.

No se discuten en ella la naturaleza ni la validez de la contratación ajustada entre la compañía Suramericana de Seguros de Vida y Rogelio Alberto Grajales Santa, mediante la póliza de seguro temporal de vida número 24581, complementada con sendos anexos sobre "Beneficios indemnizatorios por muerte o des-

membración accidental" y "Seguro contra accidentes personales".

La compañía aseguradora pagó a la beneficiaria Amanda Salazar de Grajales la cantidad relativa al seguro de vida, pero no le reconoció derecho a las dos cantidades de cien mil pesos ($ 100.000.00) cada una, respectivamente correspondientes a la cobertura de los dichos anexos, por cuanto estimó que la muerte del asegurado Grajales Santa se había producido en circunstancias excluyentes de la aseguración, según determinadas estipulaciones de los mismos anexos.

Ciertamente, en la contestación de la demanda afirma la compañía que su posición negativa obedece a que "la causa del 'accidente' no fue otra que la imprudencia del señor Grajales al conducir su vehículo, a velocidad desmedida, mientras se encontraba bajo los efectos del alcohol ingerido durante la noche anterior y el amanecer del día del acontecimiento"; que esa denegación del pago de las indemnizaciones adicionales se sustenta en la cláusula tercera del anexo sobre "Beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental" que exceptúa la circunstancia de "haber ingerido alcohol o estar bajo los efectos de cualquier droga", y en la cláusula novena del anexo sobre seguro contra accidentes personales que excluye el "accidente ocurrido mientras o porque el asegurado esté bajo los efectos del alcohol o de cualquier droga que afecte el uso normal de las facultades mentales"; y que "no cabe, entonces, la menor duda de que el 'accidente' se produjo mientras el asegurado estaba bajo los efectos del alcohol ingerido en toda una noche y amanecer de fiesta. Además de estas causales de excepción que exoneran a la compañía de la obligación de pagar, existen otras como la participación del asegurado en un acto violatorio de la ley".

Y es ese el ángulo en el cual enfocó la controversia el Tribunal, cuando dice que "lo que ha ocasionado el distanciamiento de las partes es la negación de la entidad aseguradora de pagar los anexos a que se obligó en el evento de presentarse el siniestro", pues ella "se excusa de pagarlos, porque... como el asegurado manejaba el automotor a desmesurada velocidad y obraba bajo los influjos del alcohol que había ingerido en la noche anterior y en el amanecer del día del siniestro, no está obligada a satisfacer la indemnización que se le exige".

También el recurrente, a través de sus extensas alegaciones no puede menos de reconocer que este es el punto crucial del debate, en pasajes tales como aquellos del cargo segundo en que afirma que "..., no habiéndose discutido el carácter accidental de la muerte (producto de acción violenta y súbita) y tampoco su origen extraño a la voluntad del asegurado, el debate estaba circunscrito a la causa de la defunción, y más específicamente, a decidir si en el proceso se acreditó o no, adecuadamente, que esta se sucedió, para el primer contrato, *directa o indirectamente por ingestión de alcohol o por participación en acto cualquiera violatorio de la ley y,* para el segundo, si el accidente ocurrió *directa o indirectamente, totalmente o en parte, debido a efectos del alcohol,* puesto que la demandada opuso desde un principio esa excepción, con base en las cláusulas correspondientes del contrato"; y que "lo que está en juego en el presente litigio no es en manera alguna un juicio moral sobre la víctima, sino determinar si su muerte resultó directa o indirectamente, por haber ingerido licor o si el accidente ocurrió porque el asegurado estaba bajo los efectos del alcohol, tal y conforme rezan textualmente los respectivos anexos de la póliza 24581...".

Es por ello, por lo que la definición de los cargos, en su confrontamiento con la sentencia, tiene obligadamente que hacerse dentro del marco de la relación jurídico-procesal referida.

Y puesto que los dos capítulos de la censura, no obstante ensayarse en cada uno, entrelazados, distintos motivos de impugnación, tienen una base común y análoga orientación, se hará su despacho conjuntamente.

B) Argumento inicial de la acusación, para sustentar el quebranto directo de los preceptos a que alude, relativos a la fuerza prevaleciente de las estipulaciones especiales de los contratos sobre las normas supletivas de la ley, es el de que el juzgador dejó de lado los pactos contenidos en los dichos anexos de la póliza número 24581, para dedicarse a aplicar la regla del ord. 3o. del artículo 680 del C. de Co. T., se-

gún la cual el asegurado está obligado "a emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia, para prevenir el siniestro" y, en consecuencia someterlo, en conformidad con el art. 63 del C. C., a responder por la culpa leve, vía esta dialéctica por donde, según el acusante, llegó el sentenciador a encontrar que, en la especie litigada, el accidente automoviliario, causa directa de la muerte del asegurado, se produjo por culpa grave de éste, quien manejaba el vehículo bajo el influjo del alcohol por él ingerido en el inmediato amanecer de libaciones y holgorio, colocándose así por fuera de la protección sobre que versaron aquellos anexos.

Pero las alegaciones del recurso en el punto son ineficaces, porque si el sentenciador hubo de poner como uno de los fundamentos del fallo el de la culpa grave del asegurado por el motivo dicho, no es menos cierto que otra base de su pronunciamiento fue precisamente la consideración de las excepciones de haber el asegurado ingerido licor o estar bajo los efectos del alcohol, respectivamente consignadas en las cláusulas 3a. y 9a. de los susodichos anexos sobre "beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental" y "Seguros contra accidentes personales". Tratándose, pues, de una cuestión estrictamente definible en el campo contractual y regulada por cláusulas expresas del negocio, si el Tribunal encontró probados los hechos constitutivos de las excepciones aludidas, que en el fondo se confunden, le hubiera bastado el acogerse a esas estipulaciones, que excusaban el tener que apelar al argumento de la culpa del asegurado como motivo excluyente del amparo. Vale decir que si los hechos que dieron cuerpo a tales excepciones fueron probados —como lo viera el *ad quem*—, la decisión se apoyaría suficientemente en ellos, sin que la yuxtapuesta consideración de la culpa los hiciera decaer de su propio mérito.

C) Al efecto, los anexos de la póliza rezan así:

"Beneficios indemnizatorios por muerte o desmembración accidental... 3a. excepciones. La Suramericana no cubrirá ninguna de las indemnizaciones consagradas en la cláusula 2a. de este Anexo, si la muerte, pérdida de los miembros o de la vista, resultare directa o indirectamente de cualquiera de las causas siguientes: ... c) Por haber ingerido alcohol o estar bajo los efectos de cualquier droga;...".

"Seguro contra accidentes personales... 9a. Riesgos excluídos. Este seguro no cubrirá pérdidas o incapacidades causadas directa o indirectamente, totalmente o en parte, por los siguientes hechos: ... j) Accidente ocurrido mientras o porque el Asegurado esté bajo los efectos del alcohol o de cualquier droga que afecte el uso normal de las facultades mentales;...".

Los hechos excluyentes de protección, según las estipulaciones transcritas, tienen en el fondo un elemento común: el nexo de causalidad, plena o parcial, inmediata o mediata, entre el estado de perturbación del asegurado, por ingestión de alcohol o uso de cualquier droga, y la producción o padecimiento por él, del accidente. Vale decir que una y otra cláusula, no obstante la variante de su presentación literal, y cualquiera que sea la descomposición gramatical que exegéticamente pudiera hacerse de las dos, no revelan sentido distinto del de que la muerte o lesión padecida en accidente, por el asegurado se haya debido directa o indirectamente al hecho, exclusivo o concurrente, de estar u obrar él bajo los efectos de la bebida alcohólica o de cualquier droga, perturbadora del equilibrio psíquico normal.

Refiriéndose a sistemas de mayor rigor objetivo, predica un calificado tratadista lo siguiente: *"Caducidad por embriaguez en el momento del siniestro.* Esta caducidad estipulada en muchas pólizas, opera sin que la embriaguez tenga que ser la causa *directa* del siniestro, y aunque ninguna relación de causalidad se estableciera por el asegurador entre aquella y el acto dañoso concomitante. *Tocaría al actor demostrar que la ebriedad no ha intervenido para nada en el accidente,* aunque este punto se hubiera declarado como indiferente en la póliza. Bien entendido que *la prueba de la embriaguez incumbe al asegurador" (Salvatier,* tratado de la Responsabilidad Civil, tomo II, número 757, pág. 348).

Mas, en este asunto, el Tribunal de Medellín, al invocar las cláusulas exceptivas de los dichos anexos, como remate de la motivación de su proveído, claramente las entendió en el sen-

tido unívoco que fluye así de la clásusula 3a. del anexo sobre beneficios indemnizatorios, como del segundo extremo de la cláusula 9a. del anexo sobre seguro contra accidentes personales, pues para aplicarlas, afirmando serle oponibles al asegurado, no se valió de hechos distintos de los mismos en que encontró configurada la culpa grave de aquel.

La ambigüedad que el acusador le atribuye a las susodichas cláusulas, no la encuentra la Corte, ni que, por lo tanto, pueda prescindirse de ellas como rectoras del campo jurídico en que está ajustado el debate. Por modo que fue acertada la consideración del sentenciador sobre que tales estipulaciones "le son oponibles al adherente puesto que han sido enderezadas nada más que a explicar y completar las cláusulas esenciales del contrato sin contrariarlas. Ellas no modifican en forma alguna los convenios sustanciales del pacto y apenas indican las exclusiones manifiestamente culpables del asegurado".

D) El insuceso del recurso en el ámbito de la pretendida violación directa de la ley sustancial lleva, pues, a estudiar la censura en el campo probatorio, en donde el ataque está hecho por errores de derecho en la apreciación de las pruebas. Como ya está expuesto, el hecho fundamental en el punto es el haber el asegurado Grajales ingerido alcohol y, estando bajo sus efectos en el momento del accidente mortal, haberse este producido por esa causa.

Las pruebas en que sobre este punto se afianzó el sentenciador fueron las declaraciones de Luis Eduardo Cardona Sánchez, Felipe Mosquera y Fanny Serrano, pues refiriéndose a las de Luis Carlos Castillo y Aly Jacded, advirtió que no fueron ratificadas en el juicio.

Luis Eduardo Cardona Sánchez, quien se ratificó en su testimonio de 19 de diciembre de 1963, rendido ante el Permanante Central de Policía de Neiva (fls. 11 y 23v., c.3), declaró haber sido el acompañante de Grajales en la noche del 27 de junio del mismo año en su ronda iniciada en el Bar Taurino, en donde se encontraron con el médico Dr. Carlos López López, en donde tomaron unos tintos y otros cervezas, y luego de dejar al doctor López López, dice el deponente, "nos trasladamos a la caseta Ritmo de Palmeras donde estuvimos compartiendo con la reina del Valle y su comitiva dentro de un compartimento honroso y sano, la mayor parte de este tiempo lo estuvimos bailando. Siendo aproximadamente las seis de la mañana, salimos, dimos una vuelta por el barrio El Altico y siendo aproximadamente las siete de la mañana Alberto me convidó a que nos tomáramos un caldo de huevo que él acostumbraba a su residencia de la calle 7a. entre carreras 3a. y 4a.; de ahí salimos para una hacienda que yo tengo en el municipio de Rivera a tomarnos un baño en la piscina. El vehículo ocupado en todo este lapso de tiempo fue el del señor Grajales quien él mismo lo conducía. Como es de conocimiento público no alcanzamos a llegar a nuestro punto deseado ya que nos accidentamos más o menos a tres kilómetros de esta ciudad en cuyo accidente perdió la vida el señor Grajales. Los motivos del accidente no los puedo precisar ya que yo en ese instante iba dormido. Yo considero que la causa del accidente fue la trasnocha (sic) y el caldo de huevo, ya que no habíamos ingerido licor como para protagonizar un accidente de esta proporción".

Felipe Mosquera (fl. 20, cdno. 3) declaró: "trabajé en el establecimiento denominado Tamaná en el mes de junio de mil novecientos sesenta y tres durante las fiestas de San Juan y San Pedro y trabaja (sic) en mi calidad de cajero del establecimiento. Es verdad que en mi calidad de cajero de dicho establecimiento atendí a los señores Alberto Grajales y Luis Cardona a eso de las cuatro o cinco de la mañana hora en que llegaron y salieron de seis a seis y media, durante ese tiempo estuvieron tomando doble anís, y llegaron voliados o mareados o con señales de haber ingerido licores me parece la víspera o el día de San Pedro... Ellos pidieron por ahí media de doble anís porque el vale que firmaron era chiquito más o menos por la suma de sesenta y pico de pesos, se tomaron toda la media de doble anís y después salieron. Ellos salieron de fiesta de alguna parte pero sin saber de qué parte. En el establecimiento estuvieron bailando un rato y cuando salieron iban mareados, montaron en su carro y fueron (sic)".

Fanny Serrano (fls. 20v. y 21, cdno. 3) declaró: "Es verdad que fui trabajadora de la cantina denominada 'Patiopelado' y no Patiobonito

de esta ciudad en junio del año de mil novecientos sesenta y tres me encontraba ahí. Es igualmente cierto que por esa época se celebraba aquí en Neiva las fiestas de San Pedro que son tradicionales. Yo los atendí el día veintiocho de junio de seis a siete de la mañana, atención que consistía en servirles trago que era lo que estaban tomando, doble anís que es lo que siempre se toma en esa época. Los señores Grajales Santa y Cardona se demoraron por ahí media hora ahí en el establecimiento y recuerdo perfectamente que se tomaron doce tragos de doble anís que me pagó uno de ellos con un billete de veinte, y me dijo que guardara las vueltas. Es cierto que llegaron bastante mareados y tomaron doble anís que es una bebida alcohólica. Ellos se retiraron más o menos a las siete de la mañana, la hora precisa no la recuerdo, y a poco rato llegó la noticia de que se habían matado, porque la gente que llegaba decía que se habían matado en la carretera al sur pero sin decir el sitio preciso. Cuando salieron del establecimiento se encontraban bastante mareados o borrachos tanto que se tenían el uno al otro y por cierto recuerdo que discutían sobre las llaves, pues el uno decía yo manejo y el otro decía yo manejo porque usted está muy borracho".

No encuentra la Corte que sean fundados los reparos por error de derecho que el impugnante propone contra la apreciación que de estas declaraciones hiciera el sentenciador. Porque la circunstancia de que Felipe Mosquera y Fanny Serrano fueran empleados de bar o cantina, no es argumento contra la veracidad de gentes colocadas en esa clase de actividad. Un trabajador de bar o cantina puede ser honrado y se presume serlo, mientras no se demuestre lo contrario; y en este debate no aparece que se hubiera propuesto formalmente tacha alguna contra la probidad de tales personas. Y colocadas estas en las condiciones de su oficio, eran, como lo advierte el opositor, de las que podían ser llamadas a deponer sobre la conducta y situación de Grajales y su compañero de diversión en el trato temporal precedente al siniestro. Ni la pormenorización de detalles por estos dos declarantes, acerca de lo que hicieron los señores Grajales y Cardona en su paso por esos establecimientos, podría por sí sola ser defecto que restara su valor a dichas deposiciones, cuando es la ley la que reclama que "el testimonio sea responsivo, exacto y completo, en lo posible", y cuando, desde el punto de vista de la crítica del testimonio, precisamente el que estos declarantes recuerden con tanto vigor las ocurrencias que refirieron se explica porque quedaron entrelazadas con un inmediato suceso trágico que fácilmente las gravaría en su memoria.

Tampoco se halla cierto que el juzgador hubiera desestimado el testimonio de Luis Eduardo Cardona, pues antes bien lo cita, como para apoyarse en todo cuanto del mismo fluye cual coherente con los dos que se dejan vistos. Porque Cardona relata el recorrido que en el espacio de la noche al amanecer, precedentes al desgraciado suceso, hizo con Grajales, del "Bar Taurino" a la caseta "Ritmo de Palmeras" y luego al barrio de "El Altico", y en seguida, hacia las siete de la mañana, a la residencia de Grajales, para salir luego hacia la hacienda del declarante, camino final en que se produjo el siniestro. Esta declaración que deja ver que, en un principio, es decir en el Bar Taurino, se bebió cerveza, calla en cuanto a lo que de licor hubiera bebido después este par de amigos; y aunque, al término de su deposición, agrega que no puede precisar los motivos del accidente porque *"en ese instante iba dormido"* y considera, es decir, opina, "que la causa del accidente fue la trasnocha y el caldo de huevo", también conceptúa que no había "ingerido licor como para protagonizar un accidente de esta proporción", lo que claramente significa que sí ingirieron licor, pero no como para protagonizar tal acaecimiento. Y esto último es ya una mera apreciación del testigo envuelto en un acontecer en el que quizás pudiera él temer verse comprometido. Así, pues, de la cita que en primer lugar hace el Tribunal de esta declaración, no puede deducirse nada distinto de que la tomó como concurrente con las otras dos referidas, para tener por establecido que el asegurado, manejando su automóvil, se encontraba bajo los efectos del alcohol en el momento del accidente. Por lo mismo, no se advierte que hubiera incurrido en el error de derecho que por falta de estimación de este testimonio dice atribuirle el acusante.

Como ya se expresó, el Tribunal advirtió que las declaraciones extrajuicio de Luis Carlos

Castillo y Aly Jacded no aparecen ratificadas, y así no resulta que se valiera de las mismas para sus conclusiones. Entonces, el cargo por este último aspecto carece de pertinencia, tanto más cuanto que el recurrente lo propone apenas en forma condicional, cuando dice: "... y por si incluyó dentro de las que ponderó y aceptó con su proclamado 'mayor esmero' al dicho de Luis Carlos Castillo y el de Aly Jacded Rendón, le señaló error de derecho en su valoración (C. J. 693)". Lo que demuestra que en concepto del mismo recurrente no aparece cierto que el fallador se hubiera fundado en estas declaraciones, y ello descarta entonces la infracción del texto probatorio que se acaba de citar.

Tampoco se encuentra que el juzgador hubiera incurrido en error de derecho al desatender las declaraciones del médico doctor Carlos López López y de Celina Ramírez, sobre que Grajales, según el primero, no presentaba signos de intoxicación alcohólica, y según la segunda no mostraba señales de embriaguez, porque aparte las razones de crítica del testimonio que tuviera para hacerlo, consistentes, respecto del primero —aunque el sentenciador no lo dijo—, en que su dicho estuviese en contradicción con el certificado del Médico Director del Hospital, según el cual el accidentado Grajales fue llevado allí en estado preagónico y de inconsciencia y presentándose su muerte a los cinco minutos, habiendo sido atendido por el interno doctor Publio H. Castillo, y respecto de la segunda en el estar impedida como empleada del servicio doméstico de la demandante, bien pudo el Tribunal acogerse a la norma del art. 702 del C. J., y en tal virtud atenerse al resultado de aquellos testimonios que por las circunstancias de los declarantes y con arreglo a los principios generales de sana crítica, moviesen su convicción sobre la materia del litigio, prescindiendo entonces de los demás.

E) En el discurrir ilativo del Tribunal, vese claro que este asoció al hecho de estar el asegurado bajo los efectos del alcohol, el del manejo del automóvil a velocidad exagerada. Así lo muestra el concreto pasaje de la motivación del fallo, en donde manifiesta que "después de considerar y ponderar con el mayor esmero la prueba aducida al plenario de que se viene dando cuenta... se deduce lógicamente que el asegurado Rogelio Grajales Santa se expuso temerariamente, al conducir personalmente el vehículo automotor de su propiedad, de placas H 21-34, en la mañana del 28 de junio de 1963 en viaje de la ciudad de Neiva a Campoalegre, *en estado de embriaguez*, después de una noche de parranda, en completa vigilia o desvelo y *conduciendo a velocidad exagerada*" (se subraya).

En relación con los medios de que se valiera el sentenciador para tener como acreditada esta circunstancia de la velocidad, el recurrente ataca por error de derecho la estimación que aquel hiciera de la constancia expedida por el Ingeniero Jefe del Distrito de Obras Públicas Nacionales del Huila, sobre la velocidad máxima autorizada para esa carretera en las rectas que pasen de dos kilómetros (fl. 4, cdno. 3), y del informe rendido acerca del accidente por el personal de peritos de la Secretaría de Transportes y Tránsito, según el parte número 0048, visible a fls. 7, 8 y 9 del citado cuaderno número 3.

Bajo dos aspectos se desenvuelve la censura acerca de estas pruebas: uno, común a ambas, relativo a la forma de su aducción al proceso, y el otro tocante con la pretensa ineptitud probatoria del informe y concepto de los peritos administrativos.

El reparo por el primer aspecto se hace consistir en que aquellos instrumentos se allegaron al proceso con el memorial petitorio de pruebas en la primera instancia, y no en la oportunidad permitida por el art. 597 del C. J., que así se indica como vulnerado a igual de los arts. 632 y 636 ibídem.

Pero el reparo es vano, porque, como lo tiene enseñado la Corte, a partir de la sentencia de 17 de abril de 1953 (LXXIV, pág. 795; LXXVII, pág. 855; y LXXXII, pág. 552), la norma del art. 630 ibid., en cuanto permite que la escritura pública, para ser estimada como prueba, pueda presentarse directamente por las partes, en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo y con la nota de su registro formal, es también aplicable a los demás instrumentos públicos, dado que, si aún tratándose de los privados pueden ser estos aducidos con el memorial de pruebas, con mayor razón han de poder serlo los públicos.

La objeción especialmente relativa al informe o parte administrativo de los peritos de la Secretaría de Transportes y Tránsito sobre el accidente, se dirige a discutir "la idoneidad intrínseca" de tal acto, en los términos arriba transcritos al hacer la exposición de la censura. Pero, lo primero que ocurre observar es que este documento de origen administrativo y que es auténtico en cuanto vino autorizado por el Secretario de la Dirección de Transportes del Huila, presentado al debate por la parte demandada con su memorial de pruebas y que por el Juez se admitió para ser considerado en su valor legal oportunamente, no fue tachado ni redargüido por la otra parte en ningún momento del juicio. Es decir que se viene a acusar en casación la sentencia porque tomó en cuenta elementos probatorios que como tales, o sea en su modo de ser orgánico, no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, lo que equivaldría a prevalerse de un medio nuevo reñido con la idiosincrasia del recurso (G. J. XLIV, pág. 687; y LXXXIII, págs. 75 a 79).

Aparte lo cual, tiénese que el instrumento de que en este punto se trata, como revelador de una actuación administrativa, acredita lo ocurrido en ella y, por tanto, pueden aceptarse como verdaderas las afirmaciones de los peritos administrativos sobre lo que ellos percibieron tocante al cuerpo del accidente, mientras por otros medios no aparezca establecido lo contrario. Resultado obvio a la luz del art. 632 del C. J. Así que la conclusión que esos peritos administrativos dedujeron de las circunstancias materiales vistas por ellos sobre el campo del acontecimiento, consistente en que "el accidente se ocasionó por la excesiva velocidad a que transitaba el vehículo y que este no fue maniobrado en forma correcta por su conductor cuando se produjo la desviación de la máquina", aunque no tiene el carácter de un experticio judicial, entraña, empero, virtualidad indicial probatoria acerca de tal cuestión (art. 662 ibid.), a que da piso la circunstancia de la embriaguez del asegurado, establecida por los medios que contempló el Tribunal y cuya apreciación por este no ha logrado desvirtuar el acusamiento.

F) A todo lo cual cabe agregar que el sentenciador, para dar por sentado el conjunto de hechos en que fundó su pronunciamiento, se acogió al sistema de la prueba por presunción, como así lo anunció al entrar en el estudio del haz probatorio, cuando dijo "Debe por consiguiente analizarse los elementos de presunción aducidos por las partes, para después de determinar el efecto que producen en el ánimo del juzgador, inferir las conclusiones pertinentes". Y la impugnación no contiene cargo alguno por yerro de valoración en el empleo de este medio de prueba

CONCLUSIONES

a) La sentencia del Tribunal está penetrada de la consideración de que la embriaguez del asegurado Grajales, fue motivo interviniente en la producción del siniestro que ocasionó su muerte;

b) El recurso no ha conseguido quebrar este fundamento de la decisión, el que a su vez encuentra respaldo legítimo en las estipulaciones de los anexos de la póliza de seguro, que excluyen del amparo el accidente ocurrido en tal circunstancia de causalidad, según lo expuesto sobre el punto en el cuerpo de la presente providencia.

c) Por lo tanto, no fueron violados por el Tribunal los preceptos sustanciales que, en relación con dichos antecedentes, regulan la cuestión litigada, y a que el impugnante se refiere en su libelo.

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 nueve (9) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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. Entre líneas: "específicamen-

te", "sedicente", "la apreciación de", VALEN.

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

Heriberto Caycedo Méndez, Secretario.

LESION ENORME EN LA PARTICION

El valor de los bienes que debe acreditarse es el que tenían realmente en el momento de hacerse la partición.

La lesión, que es el perjuicio que sufre una persona con la celebración de un acto jurídico y que ordinariamente consiste en una desproporción entre las ventajas económicas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para alcanzarlas, no está aceptada en nuestro derecho como vicio general de todos los actos jurídicos. Inspirado nuestro código en principios individualistas y para garantizar, en cierto modo, la estabilidad en los negocios jurídicos, sólo aceptó la lesión como vicio en algunos actos o contratos, siguiendo en esto la tradición del derecho romano, del español y del francés, tales como la compraventa y permuta de inmuebles (arts. 1946, 1958 C. C. y 32 Ley 57 de 1887), la aceptación de una asignación sucesoral (art. 1291), la estipulación de intereses en el mutuo y en la anticresis (arts. 2231 y 2466) y la cláusula penal (art. 1601).

A los casos anteriores debe agregarse el que ahora interesa contemplar en la solución del presente litigio, o sea el de la partición de bienes. Dice al respecto el art. 1405 del C. C.: "Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

"La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota".

La partición no es un acto especulativo, pues no se inspira en un deseo de lucro o ganancia como la mayoría de los contratos, sino en el propósito de repartir los bienes comunes en proporción a la cuota de cada comunero. Esta circunstancia justificaría por sí sola la aceptación de la lesión como causal de rescisión en las particiones, pero además el legislador ha tenido en cuenta el principio de la igualdad que las inspira para aceptarla como vicio de ellas.

Mas no cualquier perjuicio sufrido por un copartícipe es constitutivo de la lesión viciosa: Se requiere que tal perjuicio alcance a más de la mitad de la cuota, lo que, dicho en otras palabras, significa que el valor del monto de los bienes recibidos por el copartícipe, sea inferior a la mitad de la cuota que realmente le corresponde.

A quien invoca la lesión le compete probar los hechos que la constituyen, siguiendo el principio general sobre la carga de la prueba, consignado en el art. 1757 del C. C. Por consiguiente, quien demanda la nulidad de la partición fundado en haber sufrido lesión enorme, debe ameritar su existencia, es decir, que ha sufrido perjuicio en más de la mitad de su cuota, perjuicio que ha de establecer de manera fehaciente.

Para probar que hay lesión en la adjudicación hecha a uno de los partícipes, se requiere formar la masa partible, valorar los bienes que la componen y los adjudicados al partícipe demandante.

El valor de los bienes que debe acreditarse es el que tenían realmente en el momento de hacerse la partición, porque en ese momento es cuando el partícipe sufre o no perjuicio con la adjudicación que se le ha hecho. Aún cuando no existe en nuestro derecho un texto expreso que así lo disponga, como en el código francés en donde se consagra el principio de que los objetos deben estimarse según su valor en la época de la partición (art. 890), ha de aceptarse, sin embargo, la misma regla entre nosotros aplicando por analogía el art. 1947 del C. C., el cual, aludiendo a la lesión en la compraventa, dice que "el justo precio se refiere al tiempo del contrato".

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: octubre 8/69. - Acta No. 78).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Mercedes y Margarita Moreno Prieto, contra la sentencia de 25 de abril de 1967, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá en el ordinario adelantado por las recurrentes y por José Joaquín Romero Prieto, contra Heliodoro y Luis Felipe Romero Prieto, Esther Romero de Gracia y Paulina Romero de Bulla.

I

ANTECEDENTES

1. En el Juzgado Primero Civil del Circuito de Fusagasugá se tramitaron acumuladamente los juicios de sucesión de María del Campo Prieto de Romero y Rubelio Romero, cónyuges entre sí. Se reconocieron como herederos, en calidad de hijos legítimos de los causantes, a Margarita, Mercedes, José Joaquín, Heliodoro y Luis Felipe Romero Prieto, Esther Romero de Gracia y Paulina Romero de Bulla;

2. El activo patrimonial ascendió a la suma de $ 91.550.00 y a $ 17.500.00 el pasivo, quedando un activo líquido de $ 74.050.00 que fue distribuído entre los herederos, habiéndole correspondido a Margarita la suma de $18.512.50 por haber sido mejorada por el causante Rubelio, y a cada uno de los demás herederos la de $ 9.256.25. Por las cantidades expresadas se hicieron las correspondientes adjudicaciones a los interesados.

II

EL LITIGIO

Alegando que se incurrió en grave error en la tasación de los bienes inventariados y que los demandantes sufrieron lesión por haber sido perjudicados en más de la mitad de su cuota, José Joaquín, Margarita y Mercedes Romero Prieto demandaron a Heliodoro y Luis Felipe Romero Prieto y a Ester Romero de Gracia y Paulina Romero de Bulla, para que se declarase rescindida por causa de lesión enorme la partición de bienes efectuada en las sucesiones acumuladas de Rubelio Romero y María del Carmen Prieto de Romero, protocolizadas mediante la escritura pública número 1373 de 14 de septiembre de 1962, de la Notaría de Fusagasugá.

Como consecuencia solicitaron que se declarase sin valor la referida partición, que los bienes sucesorales volviesen al estado de comunidad en que se encontraban antes de ella, que se ordenase la cancelación de la escritura número 1373 citada y la de su registro, y que se registrase la sentencia que le ponga término al presente juicio.

El Juez del conocimiento accedió a las peticiones de la demanda declarando rescindida por lesión enorme la partición de los bienes sucesorales y haciendo las demás declaraciones solicitadas en el libelo inicial, según su fallo de 10 de octubre de 1966.

Los demandados apelaron y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá al decidir el recurso, por sentencia de 25 de abril de 1967 revocó la del a quo y negó las peticiones de la demanda absolviendo, en consecuencia, a los demandados y condenando en las costas de la primera instancia a los actores.

Este es el fallo materia del presente recurso de casación.

III

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Hace algunas sobre la acción rescisoria y observa que modernos tratadistas de derecho incluyen la lesión entre los vicios del consentimiento. "De ahí que al interpretar lo referente al justo precio, consideran que la ley se refiere al precio de los bienes en la época o en el momento mismo en que se celebró el contrato o se ejecutó el acto jurídico, y no al que con el correr de los días adquieran, determinado por circunstancias económicas que no existieron entonces".

Refiriéndose concretamente a la lesión en materia de particiones en juicios de sucesión, expresa el Tribunal que "el perjuicio en más de la mitad de la cuota que sufre un adjudicatario, tiene como punto de referencia el precio fijado a los bienes pericialmente en relación con el valor de su asignación. Es decir, el precio de los bienes en la época de la partición, la cual, desde otro punto de vista, no puede hacerse sino sobre la base del avalúo dado pericialmente y dentro del mismo juicio".

En relación con los conceptos periciales de Gustavo Gutiérrez Páez, Rafael Bobadilla y Roberto Ferro, producidos en el presente juicio, observa que el precio fijado por los peritos a los bienes adjudicados en las sucesiones acumuladas de Rubelio Romero y María del Campo Prieto de Romero, lo fue teniendo en cuenta su valor en el momento del experticio y no el que tenían al tiempo de la adjudicación, y agrega: "No existe en el

presente juicio el avalúo que permita establecer el precio que tenían los bienes adjudicados al tiempo de la partición. En tales circunstancias no es posible legalmente hacer la necesaria confrontación entre el precio de dichos bienes y el valor de las cuotas asignadas... El haber partido el señor Juez del conocimiento de una base errónea, lo llevó a estructurar una sentencia que no consulta ni la ley positiva, ni la doctrina jurídica, en materia de lesión enorme. Por ello debe revocarse el fallo, para en su lugar negar las peticiones de la demanda".

IV

EL RECURSO

Con fundamento en la causal primera de casación se acusa el fallo por violación del art. 1405 del C. C., a causa de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

Expresa el censor que el Tribunal partió de premisas equivocadas en el esbozo de la doctrina jurídica sobre la lesión, que lo llevaron a rechazar de plano la prueba pericial aportada al juicio, "interpretando erróneamente su contenido y sacando de ella conclusiones igualmente falsas"; que "desconoció la prueba de inspección ocular practicada por el juez del conocimiento en asocio de peritos"; que dicha prueba es también fundamento de la sentencia del Juez de primer grado, el cual observó que "de la diligencia de inspección ocular practicada por este Juzgado se pudo comprobar que los bienes no habían cambiado, que se mantenían en el mismo estado y que fueron distribuídos desde la partición y que, por consiguiente, no habían sufrido desmejoramiento ni accedido en mejoras que pudieran incidir en los nuevos avalúos"; que el Tribunal afirma que en este juicio todos los peritos se refieren en su avalúo "a la época actual", siendo así que el experto Gustavo Gutiérrez dice que da los avalúos "Con base en los precios de los inventarios y para esa época"; que, en consecuencia, el sentenciador incurrió en "apreciación errónea de la prueba idónea que había sido producida en autos para acreditar la lesión, prueba esta que, por ser plena al tenor del art. 722 del C. J., obligaba al juzgador a declarar, como en efecto lo hizo, la verdad procesal, en la primera instancia".

Concluye la censura con la afirmación de que el Tribunal incurrió "en error de derecho apreciando equivocadamente la prueba pericial traída a los autos y desestimando la prueba de inspección ocular, que es fundamento básico de la sentencia de primera instancia. E incurrió así mismo en error de hecho al afirmar que los peritos se referían a la época actual en sus avalúos, siendo la verdad que uno de ellos, el señor Gustavo Gutiérrez, cuyo justiprecio era similar al del perito nombrado por el Juzgado señor Roberto Ferro, se refirió enfáticamente, haciendo expresa mención de ello, "a los precios de los inventarios y para esa época ".

La Corte considera:

1. La lesión, que es el perjuicio que sufre una persona con la celebración de un acto jurídico y que ordinariamente consiste en una desproporción entre las ventajas económicas que el acto le reporta y los sacrificios que tiene que hacer para alcanzarlas, no está aceptada en nuestro derecho como vicio general de todos los actos jurídicos. Inspirado nuestro código en principios individualistas y para garantizar, en cierto modo, la estabilidad en los negocios jurídicos, sólo aceptó la lesión como vicio en algunos actos o contratos, siguiendo en esto la tradición del derecho romano, del español, y del francés, tales como la compraventa y permuta de inmuebles (arts. 1946, 1958 C. C. y 32 Ley 57 de 1887), la aceptación de una asignación sucesoral (art. 1291), la estipulación de intereses en el mutuo y en la anticresis (arts. 2231 y 2431 y 2466), y la cláusula penal (art. 1601).

A los casos anteriores debe agregarse el que ahora interesa contemplar en la solución del presente litigio, o sea el de la partición de bienes. Dice al respecto el art. 1405 del C. C.: "Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos.

"La rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota".

La partición no es un acto especulativo, pues no se inspira en un deseo de lucro o ganancia como la mayoría de los contratos, sino en el propósito de repartir los bienes comunes en proporción a la cuota de cada comunero. Esta circunstancia justificaría por sí sola la aceptación de la lesión como causal de rescisión en las particiones, pero además el legislador ha tenido en cuenta el principio de la igualdad que las inspira para aceptarla como vicio de ellas.

Más no cualquier perjuicio sufrido por un copar-

tícipe es constitutivo de la lesión viciosa: Se requiere que tal perjuicio alcance a más de la mitad de la cuota, lo que, dicho en otras palabras, significa que el valor del monto de los bienes recibidos por el copartícipe, sea inferior a la mitad de la cuota que realmente le corresponde.

A quien invoca la lesión le compete probar los hechos que la constituyen, siguiendo el principio general sobre la carga de la prueba, consignado en el art. 1757 del C. C. Por consiguiente, quien demanda la nulidad de la partición fundado en haber sufrido lesión enorme, debe ameritar su existencia, es decir, que ha sufrido perjuicio en más de la mitad de su cuota, perjuicio que ha de establecer de manera fehaciente.

Para probar que hay lesión en la adjudicación hecha a uno de los partícipes, se requiere formar la masa partible, valorar los bienes que la componen y los adjudicados al partícipe demandante.

El valor de los bienes que debe acreditarse es el que tenían realmente en el momento de hacerse la partición, porque en ese momento es cuando el partícipe sufre o no perjuicio con la adjudicación que se le ha hecho. Aun cuando no existe en nuestro derecho un texto expreso que así lo disponga, como en el código francés en donde se consagra el principio de que los objetos deben estimarse según su valor en la época de la partición (art. 890), ha de aceptarse, sin embargo, la misma regla entre nosotros, aplicando por analogía el art. 1947 del C. C., el cual, aludiendo a la lesión en la compraventa, dice que "el justo precio se refiere al tiempo del contrato"

2. Por tres aspectos considera el recurrente que el sentenciador erró en la apreciación de pruebas: a) Porque desestimó el dictamen pericial, cometiendo error de derecho en su valoración; b) Porque no tuvo en cuenta la prueba de inspección ocular practicada en el juicio, incurriendo así en un error de hecho manifiesto; y c) Porque afirmó que los peritos se referían en su dictamen "a la época actual en sus avalúos", incurriendo igualmente en error de hecho en esta apreciación.

a) El Tribunal desestimó como prueba de la lesión los dictámenes periciales recogidos en la primera instancia del presente juicio, porque los peritos no avaluaron los bienes sucesorales de los causantes al tiempo de la adjudicación.

Efectivamente, la parte demandante solicitó que con la presencia de peritos se practicase una diligencia de inspección ocular "a fin de detallar el valor de los siguientes bienes..." o sea de los que formaron el acervo hereditario en las sucesiones de María del Campo Prieto de Romero y Rubelio Romero. El Juzgador accedió a la solicitud decretando la prueba con intervención de peritos, por auto de 28 de abril de 1966. La inspección se llevó a término el 25 de mayo siguiente, en ella se identificaron los bienes objeto de la diligencia y se dispuso que los expertos rindiesen su dictamen dentro de los diez días siguientes. No estuvieron de acuerdo y cada uno lo rindió separadamente. Gustavo Gutiérrez, perito de la parte demandante, advierte que da los avalúos "con base en los precios de los inventarios y para esa época", y los otros dos, o sea el de la parte demandada y el tercero en discordia, nada informan sobre el particular, por lo cual debe aceptarse que sus dictámenes han sido rendidos con relación al valor de los bienes en el momento en que se practicó la prueba, tal como se había solicitado.

En estas condiciones, al desestimar el sentenciador los dictámenes periciales como prueba de la lesión invocada por los demandantes, no cometió el yerro de valoración que la censura le atribuye pues, como ya se dijo, la lesión en las particiones se determina en el momento de la adjudicación y para esa época ha de hacerse el justiprecio de los bienes que forman la masa partible, a fin de deducir si existió el vicio. Los dictámenes referidos al valor de los bienes en época distinta a la de la adjudicación de los mismos, no constituye prueba de la lesión y, en consecuencia, el sentenciador obró correctamente al desestimarlos como tal prueba.

b) En cuanto al error de hecho que se le imputa al fallador por no haber tomado en cuenta la inspección ocular, es de observar que dicha prueba no se menciona en la sentencia acusada, pero de esta sola circunstancia no puede deducirse que el Tribunal hubiese cometido el error de hecho a que se refiere la censura, porque dicha inspección no toca con el valor de los bienes que formaron la masa partible sino con la identidad de estos, y el fallador no ha desconocido la existencia de tales bienes; por el contrario, parte de la base de que los avaluados son precisamente los mismos que formaron el haber sucesoral de los esposos Romero-Prieto y que fueron materia de partición, pero absolvió a los demandados por cuanto estos no demostraron el valor de los bienes al tiempo de la partición.

c) Respecto del pretendio error de hecho en relación con la prueba pericial, por haber afirmado el Tribunal que los peritos se refirieron en

su dictamen a la época del avalúo practicado en este juicio y no al tiempo de la partición, es de notar que sólo el perito designado por la parte demandante alude "a los precios de los inventarios y para esa época", pero ninguno de ellos se refiere al tiempo de la partición, que es precisamente lo que el Tribunal advierte.

Por consiguiente, el fallador no cometió el error de hecho que el impugnante le atribuye.

De lo expuesto se concluye que la censura es ineficaz y el cargo, por los aspectos a que se refiere el recurso, debe rechazarse.

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 veinticinco (25) de abril de mil novecientos sesenta y siete (1967) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá en este juicio.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y remítase al Tribunal correspondiente.

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

Heriberto Caycedo M., Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

Su valoración- Cuándo no puede oficiosamente desestimarse declaración sospecha de parcialidad.

Como se desprende del enunciado general del art. 601 del C. J., según el cual "las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal", entre nosotros el régimen probatorio del proceso civil se halla dominado por el sistema de la tarifa legal, atenuado en casos excepcionales en que se dan al Juez facultades de relativa autonomía para apreciar ciertas pruebas. Sobre el supuesto político de que los derechos de los ciudadanos quedan mejor tutelados en cuanto más se excluya el arbitrio del Juez en la calificación de las pruebas, el sistema de la tarifa legal prescribe normas que dirigen su juicio en ese campo, imponiéndole una valoración preestablecida de aquellas a la cual debe someterse forzosamente, aunque en su fuero interno discrepe de ella.

Aunque la fuerza impositiva del sistema de la tarifa legal se manifiesta principalmente en la calificación por la ley del valor o mérito probatorio de los medios de prueba sometidos a ella, es necesario advertirla también en las normas legales que regulan los presupuestos y requisitos generales o especiales que conforme a ellas deba reunir una prueba para poder ser apreciada. Y es apenas natural que así sea, por virtud de la lógica misma del sistema, pues si es la ley la que predetermina el valor de un medio de prueba dado es también la ley la que debe establecer los presupuestos o requisitos que en el mismo han de concurrir para que merezca aquella valoración, los cuales han de entenderse desfijados por ella con el fin precisamente de darle bases de seguridad y acierto a su propia conclusión valorativa. Así es como no sólo por tratarse de normas legales, que como tales deben ser atacadas, sino también por razón del sistema mismo consagrado en ellas, la preceptiva de la tarifa legal impera, con sometimiento del juzgador a ella, tanto en cuanto a la valoración de la prueba como en cuanto a las regulaciones que contenga sobre circunstancias de hecho en que se produzca la prueba en sí misma considerada.

II.- En relación con estas circunstancias, y más concretamente respecto de los presupuestos o condiciones de atendibilidad de la prueba testimonial dentro del proceso civil, el art. 668 del C. J. sienta el principio que toda persona mayor de catorce años es hábil para deponer como testigo. Y el mismo art. 668 y 669 ibídem señalan casos de excepción a dicho principio, el primero al contemplar hipótesis de inhabilidad absoluta para declarar en todo juicio, determinadas por circunstancias demeritantes de la prueba testimonial, como son las incapacidades físicas, mentales y morales allí indicadas; y el segundo al referirse a hipótesis de inhabilidad relativa para declarar en juicio determinado, proveniente de situaciones en que la existencia de una especial relación entre el testigo y una de las partes, permite a la ley suponer parcialidad en aquel.

Y al lado de estas inhabilidades absolutas y relativas aunque no propiamente en el área de la atendibilidad de la prueba sino en el de su valoración, pero con proyecciones eventuales sobre la primera según se desprende de su inciso segundo, el art. 670 del mismo código se refiere a la figura de los testigos sospechosos, diciendo: "Son testigos sospechosos los otros parientes de una de las partes que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la persona que reciba de una de las partes alimentación gratuita; el amigo íntimo, y el sujeto que frecuentemente es llamado a declarar en juicios diversos. Cuando a cualquiera de las circunstancias aludidas se agregan otras que las agravan, el juez decide prudencialmente si alcanza a constituir tacha legal para invalidar el testimonio".

III.- Se advierte con facilidad de la disposición que se acaba de transcribir, que indudablemente la condición de sospechosos en que son colocados los tres primeros de los cuatro tipos de testigos a que allí se hace referencia, se origina en razones de parcialidad subyacentes en la misma norma. Espontáneamente cabe colegir que el testigo que

se encuentre con una de las partes dentro de los grados de parentesco que esa regla menciona, o que sea alimentario gratuito de ella, o su amigo íntimo, se sienta impulsado a favorecerla con su testimonio, y sólo esta razón, y no otra distinta, puede servir de motivo para calificar a tal testigo como sospechoso.

IV.- Ahora bien, según se desprende del texto del art. 673 del C. J., la relevancia jurídica de las inhabilidades absolutas, de las inhabilidades relativas y de las sospechas contempladas respectivamente en los arts. 668, 669 y 670 atrás citados, no es susceptible de manifestarse o hacer su aparición de un modo uniforme para todas ellas. En efecto, dicho art. 673, tras disponer que cada parte puede tachar los testigos de la otra alegando los hechos que constituyen las tachas "según los artículos anteriores", considera luego los poderes directos e inmediatos del juez ante las mismas causales de tacha, para decir: "El Juez puede declarar aun de oficio las tachas comprobadas no provenientes de parcialidad, pues las de esta clase sólo son alegables por el litigante contra el cual se presume que el testigo tiene interés en declarar".

La Doctrina de este último precepto es diáfana: el juez tiene plena facultad para declarar de oficio, es decir, sin necesidad al efecto de que así le sea solicitado previamente, las tachas no provenientes de parcialidad, que son (sic) otras que las constitutivas de incapacidad absoluta para declarar, las previstas en el art. 668, y la cuarta o última de las que el art. 670 considera como motivo para tener a un testigo como sospechoso. No tiene en cambio poder exoficio alguno para declarar las tachas provenientes de parcialidad, que son las constitutivas de inhabilidad relativa "por parcialidad que se supone" relacionadas en el art. 669 (salvo entre estas, para los fines que se consideran, la del numeral 1o. del artículo citado, pues aunque provenientes de parcialidad hay que entender conforme el art. 672 que llegado el caso sí puede ser declarada de oficio), y las tres primeras que conforme al art. 670 hacen sosprechoso a un testigo, causales estas últimas que, implícitamente se fundan en motivos de parcialidad. Respecto a estas tachas por parcialidad, su mera existencia comprobada en autos no permite que el juez, sin más, saque las consecuencias adversas que la ley les tiene asignadas; para que así pueda ser, es requisito previo indispensable que ellas hayan sido expresamente alegadas por la parte a quien el respectivo testigo se supone que tiene interés en perjudicar.

En otras palabras, las tachas por parcialidad, con la salvedad advertida antes respecto de la del testigo que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes (numeral 1o. del art. 669), están establecidas en interés único y exclusivo de la parte en cuyo perjuicio colige la ley que se sentirá inclinado a declarar el testigo afectado por ella. En armonía con ello, se deja a la discrecionalidad o iniciativa de dicha parte el hacer que tales tachas se hagan jurídicamente relevantes, mediante el ejercicio del correspondiente derecho potestativo que para el efecto se le concede. Por consiguiente, si este derecho no se ejercita, si por esa abstención las tachas alegables no llegan a adquirir relevancia, forzoso es atender entonces que los testimonios a que ellas se refieren quedan intactos, tal y como si aquellas no existieran, y que en esa condición deben ser apreciados por el juzgador. Entendimiento este que surge no sólo por razones de lógica, sino porque por los caminos de la analogía se llega a él, visto que el inc. 2o. del art. 672 preceptúa que "los testigos inhábiles por parcialidad, pueden ser presentados por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tiene interés en declarar; *y sus dichos son habilitados por este solo motivo...*" (ha subrayado la Sala).

V.- Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, el fallador que deseche testimonios por causa única de parcialidad, cuando la respectiva tacha no haya sido alegada por la parte legitimada para hacerlo. Si bien es cierto que aun dentro del sistema de la tarifa legal entre nosotros predominante, en la medida de la fuerza de convicción de la prueba testimonial tienen los jueces discreta autonomía, como por ejemplo en lo relativo a la ponderación de la razón del dicho del testigo, a la responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de sus declaraciones, y a la concordancia entre varios de ellos sobre unos mismos hechos (G. J. T. CVII, primera parte pág. 185), por virtud de las normas legales atrás comentadas les queda vedado hallar en esa autonomía patente para prescindir de oficio, por la sola causal de supuesta parcialidad prevista en la ley, testimonios que si bien eran susceptibles de ser impugnados mediante la alegación de esta por la parte interesada, no lo fueron, y que por lo mismo quedaron purificados de la deficiencia interna que esa causal en principio comporta. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la salvedad que consagra en su última parte el

numeral primero del art. 669 del C. J., respecto de las causas de edad o parentesco.

(Casación civil, 14 de octubre de 1969).

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: octubre 8 de 1969.- Acta No. 78)

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio ordinario de filiación natural promovido por Dioselina Flórez, como representante Legal de la menor María Teresa Flórez, contra la sucesión de Alejandro Rondón, representada por Leonor Reyes v. de Rondón y otros.

EL LITIGIO

Dioselina Flórez, obrando en nombre y representación de su hija natural menor de edad, María Teresa Flórez, demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga a la sucesión de Alejandro Rondón, en las personas de Leonor Reyes v. de Rondón, Aura y Elba Rondón Reyes, y Ricardo y Abilio Rondón Gutiérrez, para que se declarara que María Teresa Flórez es hija natural de Alejandro Rondón, y que en consecuencia aquella tiene derecho a intervenir como parte interesada en el juicio de sucesión de este. Se pidió también ordenar que en una de las Notarías de Bucaramanga se hiciera el registro del estado civil de María Teresa Flórez, y que se librara despacho a la parroquia de Santo Domingo de Silos, para que en la partida de nacimiento de esta se hiciera la correspondiente anotación.

La parte motiva de la demanda puede sintetizarse así, en lo pertinente: que el día 1o. de septiembre de 1949 nació en el municipio de Tona la niña María Teresa Flórez, hija natural de Dioselina Flórez, habiendo sido bautizada aquella en la Parroquia de Santo Domingo de Silos el 26 de diciembre de 1949; que Dioselina Flórez vivía en 1948 con sus familiares en el municipio de Tona, donde igualmente residía el Sr. Alejandro Rondón, y que al entrar ambos en relaciones éste asedió a aquella con toda clase de halagos y ofrecimientos amorosos, hasta lograr conquistarla en forma que fueron a convivir como marido y mujer en la finca rural "Las Cuadras" que en dicho municipio poseía Rondón; que para conquistar a Dioselina, Rondón aprovechó la circunstancia de que aquella pasaba una temporada de vacaciones en casa de sus tíos Juan Eduardo Flórez y Purificación Flórez de Flórez, quienes por el año de 1948 vivían como arrendatarios de la finca "Cabecera del Llano" de propiedad de Rondón y ubicada también en Tona; que ya trasladada Dioselina por Rondón a la finca "Las Cuadras", entre septiembre y octubre de 1948, se inició entre ambos una plena vida sexual, con relaciones maritales permanentes, estables y públicas y comunidad de habitación y lecho durante un lapso de tiempo de siete meses; que en mayo de 1949, y a causa de desavenencia entre los amantes, Dioselina regresó a la hacienda "Cabecera del Llano", encontrándose entonces en estado de gravidez, con seis meses de embarazo; que Rondón continuó visitándola allí, atendiendo a su subsistencia y asistiéndola durante el final del embarazo y hasta el alumbramiento, hecho ocurrido en la fecha y hacienda dichas, con intervención de la partera Hortensia Mogotocoro, a quien Rondón hizo llamar al efecto y a quien pagó servicios y drogas; que con ocasión del nacimiento de la niña, Rondón siguió enviando con frecuencia a Dioselina sumas de dinero, al través de Juan Eduardo Flórez; que durante varios años, a partir de 1950, Rondón prestó ayuda monetaria a Dioselina para el sostenimiento de María Teresa, daba a ésta el tratamiento público de hija natural, y tanto a la madre como a la hija las invitaba a su nueva residencia en Bucaramanga; que habiendo contraído Rondón segundas nupcias, pues era viudo y en ese estado se iniciaron sus relaciones con Dioselina, tanto la segunda esposa, Leonor Reyes, como los hijos del primer matrimonio, Abilio y Ricardo Rondón Gutiérrez, reconocieron y trataron siempre a María Teresa como hija natural de Alejandro Rondón; que con motivo de alguna discrepancia por suministro de alimentos, Dioselina obtuvo ante autoridad competente que Rondón reconociera expresamente a María Teresa como su hija natural; y que muchos amigos íntimos de Rondón distinguen y tratan a la menor como hija natural de este, hecho que igualmente es reconocido por el vecindario de Tona.

Con la oposición de los demandados se adelantó la primera instancia, la cual culminó con sentencia de fecha 15 de noviembre de 1965, cuya parte resolutiva reza:

"*Primero.*- Declárase que María Teresa Flórez, nacida en el Municipio de Tona, bautizada en la Parroquia de Santo Domingo de Silos el día 26 de diciembre de 1949, es hija natural del señor Alejandro Rondón, habida en las relaciones sexuales de éste con Dioselina Flórez.

"*Segundo.*- Como consecuencia del punto anterior se declara que María Teresa Flórez como hija natural de Alejandro Rondón tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de Alejandro Rondón con derecho a recibir la parte correspondiente de bienes sucesorales.

"*Tercero.*- Se ordena a una de las Notarías de esta ciudad hacer el registro del estado civil de María Teresa Flórez como hija natural de Alejandro Rondón y Dioselina Flórez. Líbrese despacho con igual fin a la Parroquia del Municipio de Santo Domingo de Silos (N.S.) para que en los archivos parroquiales se haga la respectiva anotación en la partida de nacimiento de la citada María Teresa Flórez.

"*Cuarto.*- Se condena a la parte demandada en costas". Por apelación interpuesta por la parte demandada, el negocio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el cual por sentencia de 12 de agosto de 1966 revocó en todas sus partes la de primera instancia, y en su lugar absolvió a los demandados de los cargos del libelo y condenó a la demandante en las costas del juicio.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de relacionar los antecedentes del litigio, de destacar cómo la jurisprudencia de la Corte ha recomendado especial rigor crítico en el examen de la prueba testimonial aportada a los juicios sobre investigación de la paternidad natural, y de destacar como objeto de decisión las causales de posesión notoria y de confesión inequívoca de paternidad insinuadas en algunos de los hechos de la demanda, pues, dice que respecto de ellas no se aportó prueba de importancia alguna, entra a considerar la causal de relaciones sexuales estables y notorias, y concretamente la prueba testimonial aportada al debate para acreditarla, y a este efecto extracta y califica una a una las declaraciones respectivas, así:

De las de Juan Eduardo Flórez Mendoza y Purificación Flórez de Flórez, cónyuges entre sí, tíos de Dioselina Flórez y arrendatarios que fueron de Alejandro Rondón, dice que son en apariencia responsivas, que los hechos por ellos declarados "pudieran suscitar interés respecto a la exitencia de relaciones sexuales entre Alejandro Rondón y Dioselina Flórez", pero que "sobre estos declarantes pesa la grave sospecha de que sus afirmaciones puedan ser tendenciosas o interesadas, porque siendo parientes inmediatos de Dioselina Flórez, madre de la criatura que suponen hija natural de Alejandro Rondón, parece natural y humano que hayan de favorecer la causa de su sobrina e indirectamente extraer beneficios de su testimonio, supuesta la participación hereditaria que correspondería a la menor una vez reconocida la paternidad natural del causante Rondón. En la valoración del dicho de estos declarantes, una prudente cautela aconseja rechazarlos por razón de la sospecha de carencia de imparcialidad que flota sobre estos testimonios".

Del testimonio de Filomena Villamizar de Pérez, dice que es de meras referencias, y que su dicho es de escasísimo valor al igual que el de Humberto Oviedo García. Y los de Rosmira Contreras de Rojas y Alicia Navas de Flórez los desecha también, el primero por falta de responsividad y sinceridad, y el segundo por lacónico y esquemático.

Después de este examen probatorio, el Tribunal concluye diciendo que el fallador de primera instancia hizo una evaluación crítica superficial del haz probatorio aducido por la parte actora "contrariando así no sólo las normas generales de orden positivo y doctrinario sobre responsividad del testimonio humano, sino las recomendaciones especiales de la jurisprudencia sobre la rigurosidad crítica de la prueba testimonial en los juicios de indagación de la paternidad natural". Recuerda a la vez al Juez a quo, según sentencia de casación de 17 de febrero de 1947, que las relaciones sexuales estables y notorias "han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendido el concubinato en la más amplia acepción, y por notorio el concubinato cuyo conocimiento pertenece al círculo social en donde han acaecido los hechos que lo constituyen", y comenta al respecto: "No parece que pueda fundarse esta noción, enjuiciando la prueba de ella en este proceso, en el testimonio de una vecina más o menos próxima o remota de los supuestos concubinarios, que se toma la personería y representación de toda una vereda, de todo un vecindario, para hacer aparecer como opinión colectiva lo que realmente no es más que una opinión individual suya", pareciendo aludir con estas palabras al testimonio de la testigo Rosmira Contreras de Rojas.

LA DEMANDA DE CASACION

Interpuesto, como ya se dijo, por la parte actora el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal antes extractada, el libelo sustentatorio formula contra aquella tres cargos, todos dentro de la órbita de la causal primera. Como en el segundo de dichos cargos se imputan al Tribunal distintos errores de derecho cometidos por él en la apreciación de la prueba, y a juicio de la Corte está demostrado uno de esos errores y en virtud de ello el recurso está llamado a prosperar, basta presentar el despacho de dicho cargo por el aspecto aludido.

Consiste esta censusra en que el Tribunal erró de derecho al apreciar los testimonios legalmente traídos al juicio de Purificación Flórez de Flórez y Juan Eduardo Flórez Mendoza "por parcialidad que deduce del parentesco,... entre estos declarantes y la representante legal de la parte actora, sin que tales testigos hayan sido tachados legalmente y sin que hipotéticamente siquiera estén comprendidos dentro de los testigos impedidos para declarar al tenor del art. 669 del C. J.".

Entrando en la demostración del cargo, transcribe el recurso apartes de la sentencia acusada en que el Tribunal comenta las declaraciones de los testigos mencionados para terminar rechazándolos "por razón de la sospecha de carencia de imparcialidad", y dice a propósito el recurrente que es evidente que esos testimonios fueron rechazados "por parcialidad de los declarantes derivada de la condición de tíos de Dioselina Flórez". Expresa luego que como la parte en el juicio es la niña María Teresa Flórez, a quien Dioselina simplemente representa en él, se tiene entonces: "que el parentesco, en primer lugar, sería de consanguinidad con uno de los esposos Flórez y de afinidad con el otro; que el parentesco estaría dentro del cuarto grado de consanguinidad para con uno y de afinidad para con el otro; y que ninguno de estos testigos, pudiendo ser legítimamente representados, fue tachado ni invalidado como lo prescriben los arts. 670 y 673 del C. J. Esto significa, entonces, que el Tribunal rechazó los testimonios arbitrariamente, contra lo que la ley tiene previsto en relación con la instancia de parte legítima y mediante prueba de la causal".

Afirma más adelante que "el error es de derecho... porque el art. 601 del C. J. prescribe que las pruebas se deben apreciar por su estimación legal; porque la ley señala procedimientos para invalidar las pruebas como en los casos de los arts. 670 y 673... En consecuencia, la desestimación de una prueba en virtud del arbitrio del juzgador o la consideración de ella fuera de los términos del orden normativo... no cabe dentro del marco de la soberanía del juzgador en la apreciación de la prueba, sino que constituye error de derecho indudable". Como conclusión, en el presente caso el Tribunal incurrió en flagrante violación de los arts. 669, 670 y 673 del C. J., y violó además el art. 697 del mismo estatuto, pues este le da el valor de plena prueba a dos declaraciones que reunan las condiciones que allí mismo se indican, condiciones que reunen los testimonios de los esposos Flórez. A consecuencia de estas violaciones, el Tribunal infringió también los arts. 1o. y 4o. ord. 4o., y 18 de la Ley 45 de 1936, por haberlos dejado de aplicar, y los cuales habría tenido que aplicar si no hubiera incurrido en el error de derecho denunciado.

SE CONSIDERA

I.- Como se desprende del enunciado general del art. 601 del C. J., según el cual "las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal", entre nosotros el régimen probatorio del proceso civil se halla dominado por el sistema de la tarifa legal, atenuado en casos excepcionales en que se dan al juez facultades de relativa autonomía para apreciar ciertas pruebas. Sobre el supuesto político de que los derechos de los ciudadanos quedan mejor tutelados en cuanto más se excluya el arbitrio del juez en la calificación de las pruebas, el sistema de la tarifa legal prescribe normas que dirigen su juicio en ese campo, imponiéndole una valoración preestablecida de aquellas a la cual debe someterse forzosamente, aunque en su fuero interno discrepe de ella.

Aunque la fuerza impositiva del sistema de la tarifa legal se manifiesta principalmente en la calificación por la ley del valor o mérito probatorio de los medios de prueba sometidos a ella, es necesario advertirla también en las normas legales que regulan los presupuestos y requisitos generales o especiales que conforme a ellas deba reunir una prueba para poder ser apreciada. Y es apenas natural que así sea, por virtud de la lógica misma del sistema, pues si es la ley la que predetermina el valor de un medio de prueba dado, es también la ley la que debe establecer los presupuestos o requisitos en el mismo han de concurrir para que merezca aquella valoración, los cuales han de entenderse fijados

por ella con el fin precisamente de darle bases de seguridad y acierto a su propia conclusión valorativa. Así es como no sólo por tratarse de normas legales, que como tales deben ser acatadas, sino también por razón del sistema mismo consagrado en ellas, la preceptiva de la tarifa legal impera, con sometimiento del juzgador a ella, tanto en cuanto a la valoración de la prueba como en cuanto a las regulaciones que contenga sobre circunstancias de hecho en que se produzca la prueba en sí misma considerada.

II.- En relación con estas circunstancias, y más concretamente respecto de los presupuestos o condiciones de atendibilidad de la prueba testimonial dentro del proceso civil, que es la que aquí interesa considerar, el art. 668 del C. J. sienta el principio de que toda persona mayor de catorce años es hábil para deponer como testigo. Y el mismo art. 668 y el 669 ibídem señalan casos de excepción a dicho principio, el primero al contemplar hipótesis de inhabilidad absoluta para declarar en todo juicio, determinadas por circunstancias demeritantes de la prueba testimonial, como son las incapacidades física, mental y moral allí indicadas; y el segundo al referirse a hipótesis de inhabilidad relativa para declarar en un juicio determinado, proveniente de situaciones en que la existencia de una especial relación entre el testigo y una de las partes, permite a la ley suponer parcialidad en aquel.

Y al lado de estas inhabilidades absolutas y relativas, aunque no propiamente en el área de la atendibilidad de la prueba sino en el de su valoración, pero con proyecciones eventuales sobre la primera según se desprende de su inciso segundo, el art. 670 del mismo código se refiere a la figura de los testigos sospechosos, diciendo: "Son testigos sospechosos los otros parientes de una de las partes que se hallen dentro de cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la persona que reciba de una de las partes alimentación gratuita; el amigo íntimo, y el sujeto que frecuentemente es llamado a declarar en juicios diversos. Cuando a cualquiera de las circunstancias aludidas se agregan otras que las agravan, el Juez decide prudencialmente si alcanza a constituir tacha legal para invalidar el testimonio".

III.— Se advierte con facilidad de la disposición que se acaba de transcribir, que indudablemente la condición de sospechosos en que son colocados los tres primeros de los cuatro tipos de testigos a que allí se hace referencia, se origina en razones de parcialidad subyacentes en la misma norma. Espontáneamente cabe colegir que el testigo que se encuentre con una de las partes dentro de los grados de parentesco que esa regla menciona, o que sea alimentario gratuito de ella, o su amigo íntimo, se sienta impulsado a favorecerla con su testimonio, y sólo esta razón, y no otra distinta, puede servir de motivo para calificar a tal testigo como sospechoso.

IV.- Ahora bien, según se desprende del texto del art. 673 del C. J., la relevancia jurídica de las inhabilidades absolutas, de las inhabilidades relativas y de las sospechas contempladas respectivamente en los arts. 668, 669 y 670 atrás citados, no es susceptible de manifestarse o hacer su aparición de un modo uniforme para todas ellas. En efecto, dicho art. 673, tras disponer que cada parte puede tachar los testigos de la otra alegando los hechos que constituyen las tachas "según los artículos anteriores", considera luego los poderes directos e inmediatos del juez ante las mismas causales de tacha, para decir: "El Juez puede declarar aún de oficio las tachas comprobadas no provenientes de parcialidad, pues las de esta clase sólo son alegables por el litigante contra el cual se presume que el testigo tiene interés de declarar".

La doctrina de este último precepto es diáfana: el juez tiene plena facultad para declarar de oficio, es decir, sin necesidad al efecto de que así sea solicitado previamente, las tachas no provenientes de parcialidad, que no son otras que las constitutivas de incapacidad absoluta para declarar, las previstas en el art. 668, y la cuarta o última de las que el art. 670 considera como motivo para tener a un testigo como sospechoso. No tiene en cambio poder exoficio alguno para declarar las tachas provenientes de parcialidad, que son las constitutivas de habilidad relativa "por parcialidad que se supone" relacionadas en el art. 669 (salvo entre éstas, para los fines que se consideran, la del numeral 1o. del artículo citado, pues aunque proveniente de parcialidad hay que entender conforme al art. 672 que llegado el caso sí puede ser declarada de oficio), y las tres primeras que conforme al art. 670 hacen sospechoso a un testigo, causales estas últimas que, como se demostró atrás, implícitamente se fundan en motivos de parcialidad. Respecto a estas tachas por parcialidad, su mera existencia comprobada en autos no permite que el juez, sin más, saque las consecuencias adversas que la ley les tiene asignadas; para que así pueda ser, es requisito previo indispensable que ellas hayan sido expresamente alegadas por la parte a quien el respectivo testigo se supone que tiene interés en perjudicar.

En otras palabras, las tachas por parcialidad, con la salvedad advertida antes respecto de la del testigo que sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano de una de las partes (numeral 1o. del art. 669), están establecidas en interés único y exclusivo de la parte en cuyo perjuicio colige la ley que se sentirá inclinado a declarar el testigo afectado por ella. En armonía con ello, se deja a la discrecionalidad o iniciativa de dicha parte el hacer que tales tachas se hagan jurídicamente relevantes, mediante el ejercicio del correspondiente derecho potestativo que para el efecto se le concede. Por consiguiente, si este derecho no se ejercita, si por esa abstención las tachas alegables no llegan a adquirir relevancia, forzoso es entender entonces que los testimonios a que ellas se refieren quedan intactos, tal y como si aquellas no existieran, y que en esa condición deben ser apreciados por el juzgador. Entendimiento este que surge no sólo por razones de lógica, sino porque por los caminos de la analogía se llega a él, visto que el inciso 2o. del art. 672 preceptúa que "los testigos inhábiles por parcialidad, pueden ser presentados por la parte contraria de aquella en cuyo favor supone la ley que tienen interés en declarar; *y sus dichos son habilitados por este solo motivo...*". (ha subrayado la Sala).

V.- Viene de todo lo anterior la conclusión de que indudablemente incurre en error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, el fallador que deseche testimonios por causa única de parcialidad, cuando la respectiva tacha no haya sido alegada por la parte legitimada para hacerlo. Si bien es cierto que aún dentro del sistema de la tarifa legal entre nosotros predominante, en la medida de la fuerza de convicción de la prueba testimonial tienen los jueces discreta autonomía, como por ejemplo en lo relativo a la ponderación de la razón del dicho del testigo, a la responsividad, exactitud, cabalidad y sinceridad de sus declaraciones, y a la concordancia entre varios de ellos sobre unos mismos hechos (G. J. T. CVII, primera parte, pág. 185), por virtud de las normas legales atrás comentadas les queda vedado hallar en esa autonomía patente para prescindir de oficio, por la sola causal de supuesta parcialidad prevista en la ley, testimonios que si bien eran susceptibles de ser impugnados mediante la alegación de esta por la parte interesada, no lo fueron, y que por lo mismo quedaron purificados de la deficiencia interna que esa causal en principio comporta. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de la salvedad que consagra en su última parte el numeral primero del art. 669 del C. J., respecto de las causas de edad o parentesco.

VI.- En el caso de autos, el Tribunal examinó las declaraciones rendidas por los testigos Juan Eduardo Flórez Mendoza y Purificación Flórez de Flórez, aportadas por la parte actora para demostrar las relaciones sexuales estables y notorias invocadas en la demanda como causal de la paternidad natural pretendida, pero las desechó por la sola consideración oficiosa, es decir, no estimulada por la parte demandada mediante la alegación de ella en su favor, como en derecho correspondía, de que "sobre estos declarantes pesa la grave sospecha de que sus afirmaciones pueden ser tendenciosas e interesadas, porque siendo parientes inmediatos de Dioselina Flórez, madre de la criatura que suponen hija natural de Alejandro Rondón, parece natural y humano que hayan de favorecer la causa de su sobrina e indirectamente extraer beneficio de su testimonio, supuesta la participación hereditaria que correspondería a la menor una vez reconocida la paternidad natural del causante Rondón. En esa valoración del dicho de estos declarantes una prudente cautela aconseja rechazarlos por razón de la sospecha de carencia de imparcialidad que flota sobre estos testimonios".

Al razonar así, el Tribunal violó las disposiciones sobre inhabilidad e impedimentos para rendir declaración testimonial, que el cargo cita como infringidas, quebrantando indirectamente por esa causa los arts. 4o., ord. 4o., y 18 de la Ley 45 de 1936, como se deduce de lo que la Corte dirá al proferir la correspondiente sentencia de instancia.

SENTENCIA DE INSTANCIA

La causal de filiación natural principalmente invocada en la demanda, es la de relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Alejandro Rondón y Dioselina Flórez, fruto de las cuales fue la menor María Teresa Flórez, nacida en circunstancias de tiempo, relativamente a la iniciación y terminación de esas relaciones, que ubican dentro de la duración de ellas el día en que debió tener lugar la concepción. Tal es en síntesis el planteamiento de la demanda en cuanto a la citada causal.

Para acreditar tales relaciones sexuales, la parte actora adujo las declaraciones testimoniales de Juan Eduardo Flórez Mendoza, Filomena Villamizar de Pérez, Humberto Oviedo García,

Purificación Flórez de Flórez, Rosmira Contreras de Rojas y Alicia Navas de Flórez.

Los testigos Juan Eduardo Flórez M. y Purificación Flórez de Flórez son cónyuges entre sí, y del conjunto de sus declaraciones resulta que en 1948 vivían como arrendatarios "mediasqueros" de Alejandro Rondón en la hacienda "Cabecera del Llano", municipio de Tona, de propiedad de este; que en ese año, por el mes de septiembre, Dioselina Flórez, sobrina de la esposa, llegó a dicha hacienda con el propósito de pasar una temporada con los testigos, alojándose en casa de estos; que desde el momento de la llegada de Dioselina, Alejandro Rondón, viudo entonces, empezó a requerirla de amores, con obsequios y atenciones, habiendo logrado ser correspondido por aquella y vivido juntos un tiempo, como marido y mujer, en la citada hacienda "Cabecera del Llano"; que luego Rondón se llevó a Dioselina a vivir con él en otra hacienda suya conocida con el nombre de "Las Cuadras" en el mismo municipio de Tona, en donde vivieron públicamente, como un par de esposos y en una misma casa, atendiendo Rondón a la subsistencia de Dioselina y tratándola con todo el cariño de esposo para con su mujer; que esas relaciones duraron así unos siete meses, al cabo de los cuales Dioselina regresó a la hacienda "Cabecera del Llano", a casa de los testigos, ya en estado avanzado de gravidez; que allí Rondón continuó atendiendo y visitando a Dioselina, a quien enviaba dineros, aunque en cantidad módica, con los mismos testigos; que llegado el momento del alumbramiento, Rondón buscó a la partera Hortensia Mogotocoro para que asistiera a Dioselina en este trance, habiéndole pagado a aquella sus servicios; que después del nacimiento de María Teresa, Rondón y Dioselina siguieron viviendo juntos hasta noviembre de 1949, cuando definitivamente se separaron; que con posterioridad a la separación Rondón siguió enviando dineros para el sostenimiento de la niña, y que ante los testigos y ante todo el mundo Rondón se refería a ésta como a hija suya.

Las declaraciones de estos testigos, tan vinculados como resulta de su propio relato al desarrollo de los hechos que describen, las encuentra la Corte responsivas, exactas, y completas en lo necesario para acreditar las relaciones sexuales estables y notorias habidas entre Alejandro Rondón y Dioselina Flórez, y el nacimiento como consecuencia de ellas de la menor María Teresa, ya que la época en que tales relaciones tuvieron lugar coincide con el de la concepción de ésta.

Las demás declaraciones presentan deficiencias, explicables en unas por la forma en que los testigos tuvieron conocimiento de lo que exponen, y en otras por la circunstancia de que aparentemente el funcionario que las recibió no hizo uso de los poderes que conforme a los arts. 687 y 688 del C. J. tenía para que se produjeran de la mejor manera posible. No obstante ello, algunas de tales declaraciones ofrecen aspectos corroborantes de lo afirmado por los testigos Flórez acerca de las relaciones sexuales estables y notorias invocadas en la demanda.

Por ejemplo, los testigos Filomena Villamizar de Pérez y Humberto Oviedo García dicen que ocasionalmente estuvieron alguna vez en la hacienda "Cabecera del Llano", y que allí les contaron que Rondón y Dioselina vivían juntos. El testigo Oviedo García agrega más expresivamente que "todos los habitantes de esta hacienda estaban con el cuento de que Dioselina y Alejandro Rondón vivían los dos, que la primera era concubina del segundo". Entonces, como lo notorio tiende a expandirse y a difundirse en el medio social en que se produce, de lo afirmado por los testigos en mención cabe desprender al menos un indicio de la notoriedad que tuvieron las relaciones sexuales en referencia.

Rosmira Contreras de Rojas rinde una declaración bastante completa en cuanto a su contenido, como que coincide en general con todo lo afirmado por los esposos Flórez. Desafortunadamente el funcionario que la interrogó no le pidió explicaciones sobre las circunstancias que le permitieron enterarse de lo que fue materia de su exposición. Sin embargo, algo alcanzó espontáneamente a decir acerca de tales circunstancias, como su condición de miembro del vecindario de "Cabecera del Llano", y de relacionada socialmente con Rondón, con Dioselina y la familia Flórez, pues asistió a festejos bailables y paseos que, dice, organizó el primero cuando estaba en el plan de conquistar a la segunda, y eso permite tomar en cuenta su dicho así sea sólo como indicativo de la veracidad de los esposos Flórez.

Con fundamento primordial, pues, en las declaraciones de los esposos Juan Eduardo Flórez Mendoza y Purificación Flórez de Flórez, la Corte encuentra acreditadas en autos las relaciones sexuales estables y notorias afirmadas en la demanda como causal para impetrar la declaración de que María Teresa Flórez es hija

natural de Alejandro Rondón. En tal virtud, la petición primera de la demanda debe prosperar, y consecuencialmente la de que la hija natural es parte interesada en el juicio de sucesión de su padre, con vocación a heredarlo conforme a derecho (arts. 18 y 28 de la Ley 45 de 1936). La petición de que se ordene a un Notario extender la partida de estado civil correspondiente, y se hagan las anotaciones del caso al margen de la partida eclesiástica de nacimiento de la aludida menor, es también procedente (arts. 10 de la Ley 92 de 1938 y 370 del C. C.).

La parte demandada intentó probar la *exceptio plurium constupratorum* (inciso final del art. 4o. de la Ley 45 de 1936), con las declaraciones de los testigos Uldarico Suárez, José Mercedes García Barrios, Gonzalo Villamizar y Benjamín Capacho Pabón. Sobre ese particular ellos se limitan a decir simplemente: Suárez, que "supe que la nombrada Flórez tuvo relaciones amorosas con los señores Ciro Landazábal y Fidel Gamboa, pero jamás con el señor Alejandro Rondón... Durante la época que Dioselina vivió en "Cabecera del Llano', como dije antes, el que creo que hizo uso carnal de ella fue Ciro Landazábal". El testigo Barrios, que "de la única persona que se dijera que había tenido relaciones amorosas la nombrada Dioselina fue con el señor Ciro Landazábal.... Sí fue cierto que Dioselina Flórez vivió un poco tiempo en la finca Cabecera del Llano', en compañía de una tía de ella que se llamaba Pura y como dije antes a la tal Dioselina la visitaba el ya nombrado Ciro Landazábal, pero jamás tuve conocimiento que hubiera algo parecido con el difunto, porque él era sumamente respetuoso con sus arrendados". El testigo Villamizar expresa que "Por el conocimiento que tuve de Dioselina sé que tuvo por ahí con varios, tales como Ciro Landazábal, que la visitaba mucho, pero nunca se dijo que don Alejandro Rondón se hubiera metido en esos líos... La tal Dioselina como antes referí estuvo un poco de tiempo viviendo en 'Cabecera del Llano' en compañía de la tía Pura y como dije tenía relaciones amorosas con Ciro Landazábal y puay con otros, porque se la llevaba era de baile en baile, pero nunca oí decir ni me consta nada en tal forma con don Alejandro Rondón". Y por último el testigo Benjamín Capacho Pabón manifiesta que "supe que Dioselina Flórez tuvo relaciones de afecto y sexuales con Ciro Landazábal, porque éste duró como un mes con ella en el punto de la "Aguada", ordeñando vacas de don Víctor Landazábal, pero nunca ni jamás con este propósito el finado Alejandro Rondón... Por las facciones de la cara y así medio tornillona es pura Landazábal, o sea que coincide con el tiempo que dije antes estuvo Ciro Landazábal ordeñando vacas en la 'Aguada'... Sé que Dioselina Flórez estuvo en la finca "Cabecera del Llano' en compañía de la tía Pura y en este tiempo, fue que quedaron solos con Ciro Landazábal con quien mantuvo relaciones matrimoniales, pero, no es verdad que lo fuera con el señor Alejandro Rondón... Como dije antes, creo que María Teresa Flórez, hija de Dioselina, es hija natural de Ciro Landazábal, porque del difunto Rondón, jamás escuché decir o comentar a este respecto".

Siendo lo transcrito cuanto los testigos aludidos dicen a propósito de la excepción considerada, bien se advierte la generalidad e imprecisión de sus dichos, cómo los hechos declarados no se sitúan en un tiempo cierto que pudiera coincidir con el de la concepción de María Teresa, y cómo en especial los testigos no dan la razón de sus dichos. En estas condiciones, esos testimonios no dan pie para atribuirles mérito probatorio. Y lo que acerca de las virtudes morales que de Alejandro Rondón predican esos testigos según las anteriores transcripciones y otros apartes de sus testimonios, sobra decir que con ello no se excluye la posibilidad de que Alejandro Rondón fuera el padre natural de María Teresa.

En conclusión, pues, la sentencia del Tribunal habrá de ser, casada y en su lugar confirmada la de primera instancia que acogió, como debía ser, las peticiones de la demanda.

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, CASA la sentencia de doce de agosto de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y obrando como fallador de instancia,

RESUELVE:

Confírmase en todas sus partes la sentencia de primer grado dictada por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Bucaramanga con fecha quince (15) de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965).

Costas en la segunda instancia a cargo de la parte demandada. Sin ellas en el presente recurso.

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.

DERECHO DE HERENCIA

Los derechos de heredero o legatario sólo nacen a la muerte del causante.

1. El art. 1012 del C. C. prescribe que "la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte", y el art. 1013 ibídem dispone en su inciso primero que "la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla". El inc. 2o. de este último precepto establece que "la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional".

El art. 65 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que "son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, el cónyuge supérstite y, en último lugar, el municipio de la vecindad del finado".

Los arts. 18 y 19 de la Ley 45 de 1936 disponen que "los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales" y que "si el difunto no deja posteridad legítima, lo suceden sus hijos naturales, sus ascendientes legítimos de grado más próximo y su cónyuge".

El art. 1226 del C. C. prescribe que "asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas", y señala como tales asignaciones forzosas las que consistan en los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, en la porción conyugal, en las legítimas y en la cuarta de mejoras.

El art. 1239 ibídem establece que "legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios" y que "los legitimarios son, por consiguiente, herederos".

Y el art. 1240 tiene por legitimarios a los hijos legítimos y naturales, a los ascendientes legítimos y a los padres naturales.

Las normas anteriores les atribuyen a los hijos legítimos y naturales la calidad de legitimarios o herederos forzosos; pero, conforme a las mismas disposiciones, para adquirir ese carácter de heredero de una persona no basta ser hijo legítimo o natural de esta, sino que se requiere también que dicha persona haya muerto. De modo que la calidad de heredero, sea o no legitimario, no se adquiere, pues, por el solo hecho de ser hijo, ascendiente o colateral de determinada persona, sino que también es absolutamente indispensable que tal persona haya fallecido. Mientras viva esta misma persona, sus hijos, ascendientes o colaterales no tienen ningún derecho de herencia, sino una mera expectativa de llegar a adquirirlo, expectativa que no constituye derecho, según lo dispone tal art. 17 de la Ley 153 de 1887. El derecho de herencia no nace, pues, sino con la muerte de la persona de quien se es hijo, ascendiente o colateral, o que ha otorgado testamento en favor de otra persona.

Por otro aspecto, es un espejismo notorio equiparar a un crédito la simple expectativa de llegar a ser heredero, en razón de la muerte de una persona con quien se tiene un determinado parentesco.

El crédito constituye un derecho, en tanto que la mera expectativa de heredar no disfruta de tutela jurídica por no alcanzar a estructurar un derecho, como queda visto.

Ya la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos mismos puntos, como puede verse en sentencia de 22 de agosto de 1967 (aún no publicada en la Gaceta), donde se dijo: "Si es evidente que la condición de hijo se origina en el hecho mismo de la generación y que en ella radica la calidad de legitimario con que la ley llamará al hijo a heredar a su padre , a su madre en el instante en que aquel o esta fallezca, no es menos cierto que el carácter de heredero en el descendiente no quedará constituído sino en el momento mismo de la muerte del causante, sólo entonces se consolidará en el hijo su calidad de heredero forzoso o legitimario. Será en ese preciso acontecer cuando se le deferirá su asignación

forzosa o legítima (art. 1013 ibidem) y cuando quedará habilitado para aceptarla (art. 1283) y entrar a hacer todas las facultades que al heredero confiere la ley en relación con el patrimonio relicto".

Y haciendo referencia al supuesto carácter de acreedor del futuro causante que alega tener el legitimario, dice el mismo fallo antes citado "ahora bien: en vida del causante, el presunto legitimario no tiene, como tal, derecho alguno sobre el patrimonio de aquel, ni el poder de compeler a un dar, hacer o no hacer en vista de la sucesión por venir. Ni siquiera viviendo el testador, podría el legatario intentar ataque alguno contra el testamento en que se le desheredase, ni acción de reforma del testamento en que no se le dejase completa su legítima.

"Así que, en el consanguíneo llamado a ser legitimario, nada hay que en vida de su presunto causante le atribuya, frente a este y por esa razón, la calidad de acreedor en el sentido y con las prerrogativas que el régimen legal de las obligaciones da a esta calidad. Y si en el momento de la muerte del causante, se concreta en cabeza del legitimario su derecho a la legítima, el fenómeno no obedece a crédito alguno que el sucesor tuviera por ella contra su autor, sino a la asignación que la ley hace al heredero de esta categoría, de la cuota llamada legítima en los bienes relictos. La definición de la ley al respecto, en el art. 1239 del C. C., es de una exactitud concluyente: "*Legítima* es aquella cuota de los bienes de *un difunto* que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios".

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

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

La señora Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia demandó a los señores José María Rodríguez Puche y Trino Rodríguez Aleán ante el Juez del Circuito de Cereté para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran las declaraciones siguientes:

PETICIONES PRINCIPALES

"*Primera.*- Decláranse que son simuladas y carecen de todo valor legal y eficacia jurídica, las aparentes donación y compraventa contenidas en las Escrituras públicas No. 761 de noviembre 15 de 1963 y No. 783 de 26 de noviembre de 1963, otorgadas en la Notaría Segunda de Montería e inscritas en la Oficina de Registro del Circuito de Cereté, por las cuáles el señor José María Rodríguez Puche dijo donar y vender, respectivamente, a su sobrino Trino Rodríguez Aleán la nuda propiedad de la finca 'Chengal' y de un solar con casa-quinta, ubicado en la Calle de las Flores de Cereté, también respectivamente.

"*Segunda.*- Que el acto real que encubren las escrituras públicas citadas en el aparte anterior, es un pacto sobre sucesión futuro, por el cual el señor José María Rodríguez Puche trató de convertir anticipadamente, por acto entre vivos y con perjuicio de su asignataria forzosa, a su sobrino Trino Rodríguez Aleán como heredero de los bienes raíces mencionados en los actos aparentes, pacto que es nulo de nulidad absoluta, porque tiene objeto ilícito y lo prohiben las leyes.

"Subsidiariamente, para el caso improbable de que no se haga la declaración anterior.

"*Segunda.*- Que el acto real que encubren las escrituras públicas citadas en el aparte anterior, es un desheredamiento que de hecho y por acto entre vivos pretendió hacer el señor José María Rodríguez Puche de su asignataria forzosa Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia, desheredamiento que es nulo de nulidad absoluta, porque no se sometió a las solemnidades del testamento, ni se conformó a las reglas contenidas en el título, quinto, capítulo cuarto, del Libro tercero del Código Civil.

"Subsidiariamente para el caso improbable de que no se hagan las declaraciones primera y segunda, o la subsidiaria de la última, pido que se haga la siguiente declaración:

"*Primera.*- Que el señor José María Rodríguez Puche incurrió en un fraude a la ley que impone el respeto a los derechos de los asignatarios forzosos, cuando otorgó las Escrituras Públicas números 761 de 15 de noviembre de 1963 y 783 de 26 de 1963, ante la Notaría Segunda del Circuito de Montería, fraude que perjudica los derechos de mi poderdante Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia, razón por la cual tales escrituras, la donación, renta vitalicia y compraventas que ellas contienen, carecen de valor y no producen efectos en derecho.

"Subsidiariamente, para el caso de que no se haga ninguna de las declaraciones, pido que se hagan las siguientes:

"*Primera.*- Que es nula de nulidad absoluta

la Escritura Pública No. 761 de 15 de noviembre de 1963,otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Montería e inscrita en la Oficina de Registro de Cereté, así como la donación y renta vitalicia en ella contenidas, por cuanto no se cumplieron en ellas las solemnidades del testamento, lo que era indispensable por contener disposiciones que sólo se deben cumplir después de la muerte del otorgante José María Rodríguez Puche y una donación que sólo quedará perfecta a la muerte del mismo.

"*Segunda.*- Declárase que es simulada y carece de todo valor legal y eficacia jurídica la aparente compraventa contenida en la Escritura No. 783 de 26 de noviembre de 1963, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Montería e inscrita en la Oficina de Registro del Circuito de Cereté, por la cual el señor José María Rodríguez Puche dijo vender a su sobrino Trino Rodríguez Aleán le nuda propiedad de un solar con casa-quinta, ubicado en la calle de las Flores de la ciudad de Cereté.

"*Segunda B.*- Que el contrato real que encubre la Escritura pública citada en el numeral anterior, es una donación que pretendió hacer José María Rodríguez Puche a favor de su sobrino Trino Rodríguez Aleán, la cual sólo se hará perfecta a la muerte del donante; donación que es nula de nulidad absoluta, porque no se sujetó a las formalidades del testamento.

"Subsidiariamente, para el caso de que no se haga la declaración anterior Segunda B). Que el contrato real que encubre la Escritura pública citada en el numeral anterior, es una donación entre vivos, hecha por el señor José María Rodríguez Puche a favor de su sobrino Trino Rodríguez Aleán, donación que, por no haber sido insinuada, es nula de nulidad absoluta en cuanto excede de dos mil pesos m/c. ($ 2.000.00) el valor del bien raíz donado.

PETICIONES CONSECUENCIALES

"*Primera.*- Que como consecuencia de las declaraciones, bien sea de la principal o una de las subsidiarias, tampoco producen efecto en derecho y carecen de validez, las inscripciones efectuadas en la Oficina de Registro del Circuito de Cereté, de las dos escrituras públicas citadas en las peticiones principales y por consiguiente se ordene cancelar en todas sus partes los registros respectivos.

"*Segunda.*- Que la finca 'El Chengal', ubicada en jurisdicción municipal de Cereté y el solar con casa-quinta ubicado en la Calle de las Flores de esta ciudad de Cereté, descritos en el hecho cuarto (4) de esta demanda, no han salido del patrimonio del señor José María Rodríguez Puche y por consiguiente le pertenecen en dominio pleno y posesión.

"*Tercera.*- Líbranse los oficios necesarios a los señores Notarios y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, respectivos, para el cumplimiento de esta sentencia.

"*Cuarta.*- Regístrese la sentencia.

"*Quinta.*- Que se condene en costas a la parte demandada en caso de oposición".

Los hechos en que se funda esta demanda pueden resumirse así:

1. "Desde el año de 1932, José María Rodríguez Puche mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con Rosa Pérez Rico, y como fruto de tales relaciones nació en Cereté una niña que fue bautizada con el nombre de Haydee, nacimiento que ocurrió el nueve de diciembre de 1939. Rodríguez Puche trató a Haydee como su hija, y esta, con base en la posesión notoria de su estado de hija natural, obtuvo que, mediante sentencia de cuatro de septiembre de 1954, se la declarara hija natural del citado Rodríguez Puche.

2. "Este señor es persona de edad avanzada, no ha contraído matrimonio ni tiene descendientes legítimos, de tal modo que su única asignataria forzosa es su hija natural Haydee Rodríguez Pérez.

3. "No obstante que Rodríguez Puche tiene como legitimaria a su nombrada hija Haydee, ha pretendido disponer de sus bienes y dejar a ésta sin herencia, mediante la donación de la nuda propiedad de tales bienes a su sobrino Trino Rodríguez Aleán, hijo de su hermano Amílcar Rodríguez Puche, para lo cual solicitó licencia judicial. Los únicos bienes del señor Rodríguez Puche, cuya nuda propiedad ha pretendido donar, consisten en una casa ubicada en la Calle de las Flores, de la ciudad de Cereté, y en una finca denominada "El Chengal", situada en jurisdicción del mismo municipio y cuyos linderos se indican en la demanda.

4. "Los bienes muebles que en la demanda de licencia judicial dijo reservarse Rodríguez Puche para atender a su congrua subsistencia, no tienen valor apreciable comparados con los inmuebles que se proponía donar, y sobre todo son fáciles de distraer para cumplir su consigna de quedar insolvente al momento de su fallecimien-

to y no dejar herencia alguna a su hija Haydee.

5. "La demanda de insinuación llegó hasta el avalúo de los dos inmuebles que se pretendió donar, avalúo que fue fijado en $ 63.000.00 para la casa de Cereté y en $ 308.000.00 para la finca "El Chengal", pero más tarde esa demanda fue corregida en el sentido de reducir la donación a la sola finca de "El Chengal".

6. "En sentencia de 21 de febrero de 1963 el Juzgado concedió licencia para donar la finca dicha, y por la Escritura No. 761, extendida en la Notaría Segunda de Montería el 15 de noviembre de 1963, el citado Rodríguez Puche donó en efecto a su sobrino Rodríguez Aleán la nuda propiedad del inmueble mentado, se reservó el usufructo mientras viva, le impuso al donatario el gravámen de pasarles una renta vitalicia de $ 300.00 mensuales y de pagarles una pensión alimenticia a las señoras Eustaquia e Isabel Rodríguez Puche, a partir del día de la muerte del donante.

7. "A pesar de haber desistido de donar la casa urbana de Cereté, por Escritura No. 783, otorgada en la misma Notaría de Montería el 26 de noviembre de 1963, el señor José María Rodríguez Puche dijo vender a su nombrado sobrino Trino Rodríguez Aleán la nuda propiedad de esa casa, por la suma de $ 20.000.00, no obstante que en el catastro figuraba con el valor de $ 62.000.00 y que había sido avaluada por peritos en $ 63.000.00. Esta venta se hizo sin que se exigiera el pago del impuesto correspondiente por presumirse que era una donación para efectos fiscales.

8. "Cuando la señora Haydee Rodríguez Pérez tuvo conocimiento de la donación y de la venta hecha por su padre José María Rodríguez Puche, realizó las gestiones conducentes a obtener que este la reconociera como hija natural o se la declarara judicialmente tal.

9. "La Escritura No. 761 de 15 de noviembre de 1963, en la cual Rodríguez Puche dijo donar la nuda propiedad de la finca "El Chengal" a Trino Rodríguez Aleán, "se otorgó como una simple donación entre vivos, siendo que debió otorgarse con las formalidades del testamento abierto, porque ella contiene claras disposiciones que se deben cumplir después de la muerte del señor José María Rodríguez Puche y porque además contiene una donación que sólo se hace perfecta a la muerte del donante .

10. "La verdadera intención de Rodríguez Puche, al ejecutar la donación y la venta de la nuda propiedad de los inmuebles mencionados a su sobrino Rodríguez Aleán, con reserva del usufructo, "fue la de convertirlo al momento de su muerte en su único heredero, con prescindencia de su asignataria forzosa, mi poderdante Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia, quien por esos actos y sin que mediara causa legal para ello, quedó de hecho y sin que constara en testamento, desheredada de todo o de la mayor parte de los bienes de su padre, de quien es asignataria forzosa y única .

11. "No obstante que en la Escritura No. 783 de 26 de noviembre de 1963 se hizo aparecer al comprador Rodríguez Aleán como pagador de un precio irrisorio por la casa de Cereté, lo cierto es que tal precio no se cubrió en realidad y que la intención del presunto vendedor Rodríguez Puche fue la de donarle tal casa a su sobrino para los efectos indicados en los hechos anteriores, donación que no se hizo en forma descubierta para evitar el pago de los cuantiosos impuestos que tal acto demandaba.

12. "En definitiva, la donación y venta, por la cual (sic) el señor José María Rodríguez Puche trató de desprenderse de la nuda propiedad de los únicos bienes raíces que poseía, para convertir después de su muerte, por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, a su sobrino Trino Rodríguez Aleán como propietario y heredero único de ellos, no es más que un pacto sobre sucesión futura, en el cual José María Rodríguez Puche pretendió burlar las reglas sobre legítimas que trae el Código Civil y que ordenan imperativamente el respeto a los derechos de los asignatarios forzosos. Pacto sobre sucesión futura que tiene objeto ilícito y lo prohiben las leyes .

13. "Los hechos anteriormente denunciados ponen igualmente en evidencia un clásico fraude a la ley por parte del señor José María Rodríguez Puche, todo con grave perjuicio para los derechos de mi poderdante Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia, quien tiene, a pesar de que él no lo quiere así, el carácter de su única asignataria forzosa .

14. "En virtud de la donación y de la venta mencionadas, el señor Trino Rodríguez Aleán figura como propietario inscrito de los inmuebles expresados y el señor José María Rodríguez Puche como dueño del usufructo sobre dichos inmuebles.

Los demandados aceptaron unos de los hechos expuestos en el libelo, negaron otros y se opusieron a las pretensiones de la parte actora.

El primer grado del juicio se clausuró con la sentencia de 17 de noviembre de 1966, en la cual el Juez de la causa se declaró "inhibido para fallar de fondo la demanda instaurada por la señora Haydee Rodríguez Pérez contra los señores José María Rodríguez Puche y Trino Rodríguez Aleán" y condenó en costas a la parte demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Abierta y surtida la segunda instancia por apelación de ambas partes litigantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería pronunció el fallo de cuatro de julio de 1967, en el cual se dispuso:

"*Primero.*- Revócase la sentencia recurrida de 17 de noviembre de 1966, dictada por el Juzgado Civil Municipal de Cereté.

"*Segundo.*- Declárase improcedente la acción de simulación propuesta en primer término en el libelo de demanda.

"*Tercero.*- Los contratos de donación y de venta de que dan cuenta las Escrituras Públicas números 761 de noviembre 15 de 1963 y 783 de noviembre 26 de 1963, corridas en la Notaría Segunda del Circuito de Montería, fueron celebrados con fraude a la ley, por las personas que en ellos intervinieron, por contener una causa ilícita, y en consecuencia carecen de valor y no producen ningún efecto jurídico.

"*Cuarto.*- Consiguientemente, carecen de validez las inscripciones de dichas escrituras efectuadas en la Oficina de Registro del Circuito de Cereté, por lo cual se ordena la cancelación de esas inscripciones.

"*Quinto.*- Los bienes raíces que fueron materia de aquellos contratos de donación y de venta, cuales son una finca rural denominada 'El Chengal', ubicada en jurisdicción del municipio de Cereté, en la forma delimitada en el libelo de demanda, y el inmueble urbano compuesto de casa y solar, ubicado en la Calle de las Flores, de la ciudad de Cereté, delimitado por sus linderos respectivos, continúan formando parte del patrimonio del señor José María Rodríguez Puche, con las características de dominio y posesión.

"*Sexto.*- Condénase en costas a la parte demandada, en la primera y en la segunda instancia".

Expuestos los términos y el desarrollo del litigio, la sentencia aborda el análisis de la acción de simulación que la demandante propuso y llega a la conclusión de que la misma señora Rodríguez Pérez carece de esa acción o no está legitimada para promoverla, debido a que, viviendo aún su padre natural José María Rodríguez Puche, no tiene ella la calidad de heredera de este, sino una mera expectativa de poder heredarlo al producirse su muerte, expectativa que no le confiere derecho para pedir que se declare la simulación de los actos jurídicos celebrados por su nombrado padre. Tal acción de simulación no puede, pues, prosperar, según la sentencia.

Acerca de la acción de nulidad de los contratos de donación y de compraventa ajustados entre los señores Rodríguez Puche y Rodríguez Aleán con fraude a los intereses de la demandante, discurre la sentencia en forma extensa sobre este fenómeno del fraude y trae a colación los conceptos de varios expositores nacionales y extranjeros sobre la nulidad que por causa ilícita engendra dicho fenómeno. En seguida emprende el estudio de lo que llama la legitimación de la actora para invocar el fraude a la ley y expresa que, aunque en apariencia sucede en este punto lo mismo que en materia de simulación, como queda visto, en realidad no es así, porque frente a la simulación la demandante no hace valer sino una mera expectativa, mientras que la nulidad por fraude puede ser alegada por cualquier persona que resulte lesionada con el acto fraudulento, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 2o. de la Ley 50 de 1936. Por este aspecto la demandante aparece legitimada para alegar la nulidad en referencia.

Examina luego los elementos de prueba que se allegaron para demostrar las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que acompañaron la celebración de los referidos contratos de donación y de compraventa y dice que esas pruebas constituyen indicios graves, precisos y conexos de que los contratos mentados no tuvieron otro fin que cometer un fraude a la ley y a los derechos eventuales de la demandante Haydee Rodríguez, razón por la cual tales convenciones quedaron afectadas de invalidez.

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la causal primera, formula contra la sentencia del Tribunal tres cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.- Se hace consistir en el quebranto directo, por falta de aplicación, de los arts.

1240, 1494, inc. final del 1262, inc. tercero del 1283, inc. final del 1520 e inc. 2o. del 1139, del C. C.

Para sustentar este motivo alude el recurso a lo que prescriben las normas que cita como violadas y añade a continuación: "Del texto claro de las disposiciones transcritas, vemos que la misma ley equipara la legítima a una obligación de deber, de la cual es deudor el futuro causante y acreedor el legitimario. Obligación que es a plazo cierto, porque se hará efectiva el día de la muerte de quien debe la legítima (inc. 2o. art. 1013 del C. C.).

"La doctrina y jurisprudencia universales han reconocido suficiente interés jurídico para accionar por simulación a los acreedores condicionales o a término".

En respaldo del concepto anterior hace una cita de un autor extranjero y pone fin a la exposición del cargo así:

"En estas condiciones, en el caso *sub judice*, mi poderdante Haydee Rodríguez de Esquivia, como hija natural reconocida (legitimaria) del señor José María Rodríguez Puche, es acreedora a plazo cierto de su legítima y por lo tanto, en contra de lo que sostiene el Tribunal en la sentencia acusada, sí tiene suficiente interés para demandar las simulaciones por medio de las cuales, quien le debe la legítima, trató de insolventarse para que la obligación a su cargo no llegue a ser efectiva al vencimiento de su plazo cierto.

"Por lo antes expuesto, como el H. Tribunal, en la parte acusada de su sentencia, no aplicó las disposiciones legales antes citadas, las infringió directamente".

Segundo Cargo.- Versa sobre la violación directa, por aplicación indebida, de los arts. 1010, 1011, 1012, 1013 y 1239 del C. C.

En desarrollo de esta censura, el recurso cita una sentencia de la Corte en que se expresa que pueden promover la acción de simulación las mismas partes que intervinieron en el acto que se tilda de ficticio, los herederos de los contratantes y todo el que tenga interés jurídico en la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible, y añade:

"La parte demandante en este proceso, ha accionado porque se considera con suficiente interés jurídico particular para demandar la simulación, no porque sea ya heredera y pueda por lo tanto adoptar esa posición; pero el H. Tribunal en su sentencia acusada aplicó, sin ser el caso, las disposiciones legales referentes a los legitimarios cuando ya son herederos, circunstancia por la cual violó la ley sustancial por aplicación indebida de los arts. 1010, 1011, 1012, 1013 y 1239, inc. 1o. del C. C.

Tercer cargo.- Consiste en la violación, por interpretación errónea, de los arts. 532, 1239, inc. final, y 1267 del C. C.

El recurso sustenta este cargo diciendo que el art. 532 del C. C. les reconoce a los legitimarios en general y a los hijos naturales en particular, el derecho de salvaguardiar el patrimonio de su padre contra los actos de disipación de este y los autoriza para demandar la interdicción del mismo. De lo cual se infiere lógicamente que dichos legitimarios también están investidos de interés y de legitimición para solicitar que se declare la invalidez de los actos de prodigalidad de su padre, con la mira de conjurar los perjuicios que de esos actos pueden resultarles. Siendo esto así, el fallo interpretó erróneamente este precepto al no reconocerle interés jurídico a la demandante para accionar contra las simulaciones realizadas por su padre como actos de disipación del mismo.

"El inciso último del art. 1239 del C. C., —dice el recurso— es del siguiente tenor: "Los legitimarios son por consiguiente herederos". De esta disposición el Tribunal deduce que "el legitimario no es tal sino cuando es heredero'. Una cosa es que el legitimario sea forzosamente heredero a la muerte del padre y otra que no se puede ser legitimario antes de ostentar la condición de heredero por no haber ocurrido dicho evento. En efecto, si examinamos los arts. 1262, inc. 1o., 1283, inc. 3o., y 1520, inc. 2o. del C. C., encontramos que en los tres casos contemplados por dicho Código en las disposiciones precitadas, se emplea el vocablo legitimario para nominar al futuro heredero asignatario forzoso, porque, como se podrá ver con la lectura de todos ellos, quien debe la legítima debe encontrarse lógicamente vivo, para poder otorgar escritura pública de promesa, celebrar la convención u otorgar el testamento; luego no es cierto que la ley sustantiva exija la previa muerte del futuro causante para poder considerar al asignatario forzoso como legitimario, calidad que se tiene por el solo hecho de ser descendiente o ascendiente legítimo, hijo o padre natural. De lo expuesto se deduce que una persona es legitimaria de su padre o hijo, aún antes de la muerte de estos. Por esta razón el Tribunal interpretó

erróneamente el inc. último del art. 1239 del C. C.".

Observa el recurso que la sentencia sostiene que el art. 1267 ibídem no tiene nexo alguno con la acción de simulación y que las causales de desheredamiento deben ocurrir en vida del testador, y ensaya refutar este concepto afirmando que, en la especie de autos, la norma citada sí tiene relación con la acción expresada, porque la simulación de los actos ejecutados por el señor Rodríguez Puche se realizó con la consigna de encubrir una desheredación de su hija, resultado este que requería probar la causal respectiva en vida del mismo Rodríguez Puche. Añade en seguida el propio recurso: "De donde se deduce que sí es factible legalmente controvertir cuestiones relativas al desheredamiento en vida del padre que debe la legítima y por lo tanto, cuando la simulación envuelve un desheredamiento de hecho, puede el descendiente legitimario víctima de este, impugnar legítimamente los actos simulados que traten de producirlo, aunque su padre viva y en consecuencia no haya alcanzado todavía el carácter de heredero. Por este motivo interpretó también en forma errónea el art. 1267 del C. C., el Tribunal".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El art. 1012 del C. C. prescribe que "la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte", y el art. 1013 ibídem dispone en su inciso primero que "la delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla". El inciso segundo de este último precepto establece que "la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional".

El art. 65 de la Ley 153 de 1887 preceptúa que "son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto, sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, el cónyuge supérstite y, en último lugar, el Municipio de la vecindad del finado".

Los arts. 18 y 19 de la Ley 45 de 1936 disponen que "los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales" y que "si el difunto no deja posteridad legítima, le suceden sus hijos naturales, sus ascendientes legítimos de grado más próximo y su cónyuge".

El art. 1226 del C. C. prescribe que "asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas", y señala como tales asignaciones forzosas las que consisten en los alimentos que por ley se deben a ciertas personas, en la porción conyugal, en las legítimas y en la cuarta de mejoras.

El art. 1239 ibídem establece que "legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigne a ciertas personas llamadas legitimarios" y que "los legitimarios son, por consiguiente, herederos".

Y el art. 1240 tiene por legitimarios a los hijos legítimos y naturales, a los ascendientes legítimos y a los padres naturales.

Las normas anteriores les atribuye a los hijos legítimos y naturales la calidad de legitimarios o herederos forzosos; pero, conforme a las mismas disposiciones, para adquirir ese carácter de heredero de una persona no basta ser hijo legítimo o natural de esta, sino que se requiere también que dicha persona haya muerto. De modo que la calidad de heredero, sea o no legitimario, no se adquiere, pues, por el solo hecho de ser hijo, ascendiente o colateral de determinada persona, sino que también es absolutamente indispensable que tal persona haya fallecido. Mientras viva esta misma persona, sus hijos, ascendientes o colaterales no tienen ningún derecho de herencia, sino una mera expectativa de llegar a adquirirlo, expectativa que no constituye derecho, según lo dispone tal art. 17 de la Ley 153 de 1887. El derecho de herencia no nace, pues, sino con la muerte de la persona de quien se es hijo, ascendiente o colateral, o que ha otorgado testamento en favor de otra persona.

Por otro aspecto, es un espejismo notorio equiparar a un crédito la simple expectativa de llegar a ser heredero, en razón de la muerte de una persona con quien se tiene un determinado parentesco. El crédito constituye un derecho, en tanto que la mera expectativa de heredar no disfruta de tutela jurídica por no alcanzar a estructurar un derecho, como queda visto.

Ya la Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos mismos puntos, como puede verse en sentencia de 22 de agosto de 1967 (aún no publicada en la Gaceta), donde se dijo: "Si es evidente que la condición de hijo se origina en el hecho mismo de la generación

y que en ella radica la calidad de legitimario con que la ley llamará al hijo a heredar a su padre o a su madre en el instante en que aquel o esta fallezca, no es menos cierto que el carácter de heredero en el desciente no quedará constituído sino en el momento mismo de la muerte del causante. Sólo entonces se consolidará en el hijo su calidad de heredero forzoso o legitimario. Será en ese preciso acontecer cuando se le deferirá su asignación forzosa o legítima (art. 1013 ibídem) y cuando quedará habilitado para aceptarla (art. 1283) y entrar a ejercer todas las facultades que al heredero confiere la ley en relación con el patrimonio relicto".

Y haciendo referencia al supuesto carácter de acreedor del futuro causante que alegue tener el legitimario, dice el mismo fallo antes citado: "ahora bien: en vida del causante, el presunto legitimario no tiene, como tal, derecho alguno sobre el patrimonio de aquel, ni el poder de compelerlo a un dar, hacer o no hacer en vista de la sucesión por venir. Ni siquiera, viviendo el testador, podría el legitimario intentar ataque alguno contra el testamento en que se le desheredase, ni acción de reforma del testamento en que no se le dejase completa su legítima.

"Así que, en el consanguíneo llamado a ser legitimario, nada hay que en vida de su presunto causante le atribuya, frente a este y por esa razón, la calidad de acreedor en el sentido y con las prerrogativas que el régimen legal de las obligaciones da a esta calidad. Y si en el momento de la muerte del causante, se concreta en cabeza del legitimario su derecho a la legítima, el fenómeno no obedece a crédito alguno que el sucesor tuviera por ella contra su autor, sino a la asignación que la ley hace al heredero de esa categoría, de la cuota llamada legítima en los bienes relictos. La definición de la ley al respecto, en el art. 1239 del C. C., es de una exactitud concluyente: '*Legítima* es aquella cuota de los bienes de *un difunto* que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios ".

II.- No es, pues, exacto que las disposiciones que en el primer cargo estima violadas el recurso, por falta de aplicación, equiparen a un crédito o a una obligación la simple expectativa de llegar a heredar a un presunto causante. Por el contrario, esas normas dejan ver que la calidad de heredero no se adquiere sino al deferirse la herencia de una persona difunta, que sólo entonces se puede aceptar o repudiar dicha herencia y que el derecho hereditario es un derecho real y no un simple crédito, según el art. 665 del C. C.

Dedúcese de lo dicho que la sentencia no quebrantó, por inaplicación, las normas que cita el recurso al no reconocerle a la demandante interés jurídico para pedir que se declaren simulados los actos jurídicos realizados por su padre natural, viviendo aún este. La actora es hija natural y tiene la expectativa de llegar a heredar a su padre natural José María Rodríguez Puche, pero no es acreedora de este por razón de la legítima que le pueda corresponder al producirse el fallecimiento del nombrado Rodríguez Puche.

III.- En el segundo cargo se le imputó también a la sentencia la violación directa de otras normas legales por el mismo motivo de no haberle reconocido interés jurídico a la actora Haydee Rodríguez para demandar la declaración de simulación de los contratos de donación y de compraventa que su padre natural José María Rodríguez Puche celebró con Trino Rodríguez Aleán.

Ya se ha dicho que la calidad de heredero de una persona sólo se adquiere a la muerte de ésta y de la delación de su herencia. Mientras no sobrevenga el deceso de tal persona, nadie puede considerarse heredero suyo, así sea su descendiente o ascendiente. Y mientras no se adquiera el derecho de herencia, tampoco surge al interés jurídico para pedir la declaración de simulación de ningún acto ejecutado en vida por el causante. Tal interés jurídico nace de la lesión o menoscabo que el derecho hereditario pueda sufrir a consecuencia de dicha simulación, y por tanto si no existe ese derecho por vivir aún el supuesto causante, tampoco hay perjuicio cierto y por ende interés jurídico.

Fuera de lo dicho, cabe advertir también que los preceptos que en este segundo cargo se citan como violados, o sean los arts. 1010, 1011, 1012, 1013 y 1239 del C. C. que se limitan a definir lo que se entiende por asignaciones *mortis causa*, herencias, legados, delación de la herencia y legítimas, y no forman por sí solas ni en su conjunto una proposición jurídica completa de derecho sustancial, de manera que su quebranto, en caso de llegar a producirse, no sería por sí solo suficiente para determinar la infirmación de un fallo.

IV.- En el cargo tercero se formula contra la sentencia la acusación de haber infringido los arts. 532, 1237, inciso final, y 1267 del C. C., por interpretación errónea.

Arguye el recurso que, así como los hijos legítimos y naturales pueden promover el juicio de interdicción contra su padre disipador, según el art. 532 del C. C., también tienen interés y están legitimados dichos hijos para demandar la invalidez o la simulación de los actos ejecutados por su mismo padre, y que la sentencia interpretó mal el precepto citado al negarle a la demandante interés para pedir la declaración de simulación de los contratos celebrados por su padre natural, señor Rodríguez Puche, como actos de disipación de este.

El juicio de interdicción de un pródigo constituye una medida de tutela consagrada por la ley en beneficio del disipador, y apenas resulta obvio y lógico que la misma ley autorice a los consanguíneos de este, a su cónyuge y al Ministerio Público, para invocar esa medida de tuición en defensa de dicho pródigo, a fin de evitar su ruina. Ninguna analogía se percibe entre esa facultad para pedir la interdicción y el interés que surge de la herencia deferida para demandar la simulación de los actos del causante que lesionan tal herencia. No fue el fallo, sino el recurrente quien le da al precepto citado un alcance que no le corresponde, de modo que la sentencia no ha incurrido en su quebranto por interpretación descaminada.

Afirma el recurso que, según el art. 1239 del C. C., el legitimario es heredero, y que otras disposiciones del mismo cuerpo legal tienen a los hijos como legitimarios antes de la muerte del padre y por tanto con interés suficiente para demandar la simulación de los actos ejecutados en vida por el mismo padre. De lo cual infiere que la sentencia violó aquella norma, por interpretación errónea, al negarle a la demandante interés jurídico para pedir la declaración de simulación de unos actos realizados por su progenitor Rodríguez Puche. Sobre este argumento cabe observar una vez más que la calidad de heredero no se adquiere sino con la muerte de la persona a quien la ley llama a suceder, y que la circunstancia de que la propia ley obligue a toda persona que tiene descendientes o ascendientes a dejar, a su muerte, parte de sus bienes a estos, no reviste a los mismos de la calidad de herederos en vida de dicha persona. Por donde se concluye que la sentencia no le dio al citado art. 1239 ningún alcance que lo desvirtúe y que de consiguiente lo viole.

El recurso le atribuye también a la sentencia el haber interpretado erróneamente el art. 1267 del C. C. por la misma razón de no haberle reconocido a la demandante interés jurídico para demandar la simulación de los actos ejecutados por su padre Rodríguez Puche, ya que tales actos entrañan un desheredamiento de hecho de la misma actora. El argumento carece por completo de solidez, porque la ley no reconoce ni le da valor alguno al aquí llamado desheredamiento de hecho. La desheredación no puede ser hecha sino por el testador en su memoria testamentaria: de otro modo no hay desheredamiento propiamente dicho. No apareciendo que el señor Rodríguez Puche haya muerto y que hubiera otorgado testamento y desheredado a su hija, resulta que esta no puede considerarse desheredada ni alegar que por tal supuesta causa goza de interés jurídico para pretender que se declaren simulados los referidos actos de su padre natural. La sentencia no le ha dado, pues, ningún sentido erróneo al art. 1267 del C. C.

Las consideraciones que preceden demuestran que los cargos carecen 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 cuatro de julio de mil novecientos sesenta y siete, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería en este juicio ordinario de Haydee Rodríguez Pérez de Esquivia contra José María Rodríguez Puche y Trino Rodríguez Aleán.

Sin costas en el recurso extraordinario porque no se han causado.

(Esta sentencia fue discutida y acordada por la Sala en su sesión del siete de octubre del año en curso, como consta en el acta No. 77).

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

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

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

EXCLUSION DE BIENES DEL INVENTARIO

Con el auto de reconocimiento de herederos no se demuestra en otro juicio la menor edad, ni a quién corresponde la representación legal de dichos herederos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: octubre 14/69. - Acta No. 80).

Se decide el recurso de casación de la parte demandante, contra la sentencia de 17 de mayo de 1967 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, en el ordinario adelantado por Barsabás Luna Muñoz, en representación de sus menores hijos, contra Ramiro Petro López y otros.

I

ANTECEDENTES

1. En el juicio de sucesión de José Francisco Pedro Galeano, abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Montería por auto de 26 de julio de 1962, fueron reconocidos como herederos los menores Carmen, Daniel, Elizabeth, Guido, Francisco Manuel y Mary del Carmen Petro Luna como hijos naturales del causante; Ramiro y Guillermo Petro López, Cristina Raquel Petro de Olivera, Olga Petro de Annichiarico y María Concepción Petro de Padilla en su condición de hijos legítimos del mismo; y Concepción López de Petro en su carácter de cónyuge supérstite.

2. El 11 de diciembre de 1962 se practicó la diligencia de inventarios y avalúos, habiendo sido denunciada como de la sucesión, entre otros bienes, la finca rural denominada "Caimán"; ubicada en la región del mismo nombre en jurisdicción municipal de San Pelayo, constante de unas 75 hectáreas, más o menos.

II

EL LITIGIO

Los hijos naturales del causante, representados por su madre Barsabás Luna M., demandaron a los hijos legítimos del mismo causante para que se excluyese de los inventarios el inmueble anteriormente relacionado, afirmando que es de su exclusiva propiedad por haberles sido adjudicado como baldío por el Ministerio de Agricultura, conforme a la resolución número 211 de 18 de abril de 1958, registrada el 16 de septiembre del mismo año, inmueble que, según se dice en la demanda, fue incluído equivocadamente en los inventarios como bien de la herencia.

El demandado Ramiro Petro López contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, y Guillermo y Cristina formularon sendas demandas de reconvención, en solicitud de que se declarara de propiedad de la herencia la finca de "El Caimán" y sin efecto la resolución número 211, ya relacionada, por la cual se adjudicó dicha finca como baldío a los demandantes contra demandados.

El Juez del conocimiento, o sea el Civil Municipal de San Pelayo, con fecha 7 de diciembre de 1966 profirió fallo inhibitorio que, apelado por la parte demandante, fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, con la adición de que no había lugar a decidir en el fondo sobre las demandas de reconvención, respecto de las cuales el inferior guardó silencio.

Esto es lo resuelto por el Tribunal mediante

sentencia de 17 de mayo de 1967, materia del presente recurso de casación.

III

CONSIDERACIONES DEL FALLO ACUSADO

Para el Tribunal no se acreditó la calidad de menores de los demandantes ni, por ende, que Barsabás Luna Muñoz fuese su representante legal como madre natural de los mismos. Se refiere el fallador a la copia del auto del Juzgado Civil del Circuito de Montería, de 26 de julio de 1962, que declaró abierto el juicio de sucesión de José Francisco Petro Galeano y reconoció como herederos suyos a los demandantes en su condición de hijos naturales, haciendo el siguiente comentario:

"La copia auténtica de los autos dictados por el Juez dentro de un juicio de sucesión y por medio del cual se hace reconocimiento de herederos, indudablemente que puede servir de prueba para acreditar la representación de la herencia. Ello no se somete a duda de ninguna especie. Pero es inexacto que, como lo afirma el apoderado de la parte actora, tales autos sirvan, por una parte, para probar el estado civil de las personas, y por otra, para probar la representación legal de las mismas.

"Tanto la edad como la representación legal que tiene su origen en el parentesco son susceptibles de prueba específica y solemne; para ello sólo sirven las actas civiles de nacimiento, etc., y en su defecto, las pruebas supletorias, al tenor de lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la ley 92 de 1938".

Ante la ausencia de las actas correspondientes para acreditar que los demandantes eran menores de edad cuando iniciaron el presente juicio y que Barsabás Luna Muñoz los representaba legalmente en su condición de madre natural, concluyó el Tribunal que había necesidad de confirmar el fallo del Juzgado, declarando la inhibición no solamente respecto de la demanda principal sino también de las de reconvención, porque con relación a estas existía la misma razón para proceder en esa forma.

IV

LA IMPUGNACION

Dos son los cargos que se formulan contra la sentencia del Tribunal, ambos con fundamento en la causal primera de casación. La Corte pasa a estudiarlos en el orden en que han sido propuestos.

Primer cargo.- Se formula por error de hecho evidente en la apreciación del auto del Juzgado del Circuito de Montería por el cual se declaró abierto y radicado en dicho Juzgado el juicio de sucesión de José Francisco Petro Galeano, auto que fue acompañado a la demanda sobre exclusión de bienes por la parte actora.

Nota el recurrente que en dicha providencia, además de reconocerse a los demandantes como herederos del de cujus en calidad de hijos naturales del mismo, se reconoció igualmente a Barsabás Luna Muñoz, su madre natural, como representante de ellos y al doctor Raúl Castilla Ramos como apoderado de la nombrada Barsabás para el adelantamiento del juicio de sucesión del mencionado José Francisco; y dice que el Tribunal "no vio" y por ello no "apreció", la referida prueba en cuanto por el auto en cuestión se hizo el reconocimiento de Barsabás Luna Muñoz como representante de sus menores hijos; que el Juzgado en donde se inició el juicio de sucesión de José Francisco Petro Galeano, al hacer ese reconocimiento, lo hizo sin duda con vista en las actas del estado civil, "en las cuales tiene apoyo esencialmente la declaración del numeral 7o." de esa providencia; que por no apreciar el Tribunal esta prueba en relación con la declaración contenida en el referido numeral 7o. violó indirectamente las siguientes disposiciones: arts. 240, 597, 630 y 632 del C. J.; 18 y 19 de la ley 92 de 1938; 346, 347, 392, 756, 789 inc. 2o., 980 y 2674 del C. C.; 13 y 14 de la ley 45 de 1936; y 6o. de la ley 97 de 1946; que existe, por consiguiente, "el error de hecho alegado porque el Tribunal no estimó la prueba puntualizada, no la vio, omitió apreciarla, siendo que consta en autos el carácter de representante legal que tiene mi mandante respecto de sus menores hijos y por esa falla o falta de apreciación de la prueba cuestionada infringió las normas que le reconocen ese mérito, las cuales he citado".

Segundo cargo.- Fúndase en error de derecho en la apreciación de la misma prueba atacada en el cargo anterior, es a saber, el auto del Juzgado del Circuito de Montería que abrió el juicio de sucesión de José Francisco Petro Galeano, de 26 de julio de 1962, con quebranto directo de los arts. 240 y 632 del C. J. (infracción medio) y violación indirecta de las siguientes disposiciones: 18 y 19 de la ley 92 de 1938; 346, 347, 392, 756, 789, 980, 2.637 y 2674 del C. C. 13 y 14 de la ley 45 de 1936; y 6a. incs. 1o. y 3o. de la ley 97 de 1946.

Estima el censor que el Tribunal incurrió en error de valoración al apreciar el documento aludido, porque según el impugnante dicha prueba demuestra que los herederos de Petro Galeano, hijos de Barsabás Luna Muñoz, son menores de edad y que la nombrada Barsabás es su representante legal como madre natural de los mismos; dice que por mandato del art. 632 del C. J., la copia del auto que abrió el juicio de sucesión de José Francisco, hay que tenerla como prueba auténtica de que al Juez de la causa mortuoria se le llevaron las partidas o actas del estado civil expedidas por los funcionarios encargados del registro, y que con tales actas se acreditó la minoría de edad de los hijos de Barsabás y la representación por esta, en su calidad de madre natural, como lo reconoció el Juzgado del Circuito de Montería en la providencia que se ha aducido en el presente juicio; que en la valoración de esa prueba el fallador se quedó "a medio camino", pues reconoció que demostraba la calidad de herederos respecto de los hijos naturales del causante, pero le negó valor demostrativo en cuanto amerita la minoridad de los demandantes y que su madre los representa legalmente; que, por tanto, en este juicio está debidamente legitimada la personería de Barsabás Luna Muñoz como representante de los actores y el sentenciador ha debido entrar a resolver en el fondo el negocio; que no lo hizo así el Tribunal por haber incurrido en el error de derecho que se deja anotado al apreciar mal la prueba relacionada; y que este error de valoración lo llevó a quebrantar las disposiciones citadas en la censura.

LA CORTE CONSIDERA:

1. El recurso de casación, que está sujeto a causales técnicas, persigue como fin principal unificar la jurisprudencia, velando por la recta inteligencia y debida aplicación de la ley. Por ser un recurso extraordinario a la Corte de Casación no le corresponde analizar libremente todas las cuestiones debatidas en el curso del juicio, como si se tratase de una tercera instancia. En principio se excluyen del examen de la Corte aquellos aspectos del litigio referentes a cuestiones de hecho, cuya definición queda encomendada a la autonomía de los falladores de instancia. Mas como al quebranto de la ley sustancial puede llegarse por una desviación del sentenciador en la apreciación de los hechos, debida a error en cuanto a la presencia objetiva de un medio probatorio en el proceso o al valor que a ese medio se le asigne por el Tribunal, sólo excepcionalmente puede la Corte en casación conocer de los problemas relativos a la prueba. De ahí que la censura por violación de ley sustancial se permita, y no sólo por la vía directa sino también por la indirecta, proveniente esta última de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, casos en los cuales es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

2. El error de hecho consiste fundamentalmente en una noción falsa del juzgador sobre la objetividad del medio probatorio, bien porque omite ver el que obra en el proceso, bien porque supone como presente en él uno que en realidad no obra en los autos, hipótesis esta que comprende el caso de que el fallador le haga decir a una prueba lo que en realidad no expresa o le cercene su real contenido.

El error de derecho se funda en que, no obstante haber visto el sentenciador el medio probatorio con acierto objetivo, es decir, tal como obra en el proceso, al valorarlo, o sea al ponderar su eficacia probatoria según la tarifa, o le niega el mérito que la ley le asigna o le concede uno que ella no le reconoce, y debido a ese error de valoración llega a una conclusión contraria a la de la ley sustancial aplicable.

3. En el sub lite el primer cargo, por error de hecho, se hace consistir en que el Tribunal no vio el auto sobre apertura del juicio de sucesión

de José Francisco Petro Galeano y reconocimiento de herederos en cuanto por él se tuvo al apoderado de Barsabás Luna Muñoz como procurador de la misma y a esta como representante legal de sus menores hijos, los actuales demandantes, reconocidos como herederos del de cujus.

El cargo carece de fundamento, porque en el fallo acusado no se desconoció concretamente la resolución contenida en el numeral 7o. del auto de apertura del juicio de sucesión del nombrado José Francisco ni el reconocimiento de herederos, y entonces se apreció dicho auto en la integridad de sus ordenamientos y particularmente en cuanto se tuvo a Barsabás Luna M. como representante de sus menores hijos en aquel juicio mortuorio, cuando se expresó que la copia auténtica de esa providencia acreditaba la calidad de herederos de los demandantes respecto de su padre natural pero no probaba el estado civil de los mismos respecto de su madre, ni la representación de esta. No se trata, por consiguiente, de que el Tribunal no hubiese visto la prueba sino de que, al valorarla, le desconoció eficacia legal para ameritar la menor edad de los demandantes en el presente juicio y su representación en este proceso por parte de la madre natural, lo cual es cosa bien distinta.

El error de hecho no existió y el primer cargo debe, en consecuencia, rechazarse.

4. En cuanto al pretendido error de derecho por no haberle dado a la prueba el valor que le corresponde como documento público o auténtico, es verdad, según ya se dijo, que el fallador consideró ineficaz ese medio probatorio para demostrar la minoridad de los demandantes y la representación legal de su madre en el presente juicio.

La censura considera que así como dicho medio es bastante, según el Tribunal, para acreditar la calidad de herederos de los actuales demandantes respecto de José Francisco Petro Galeano en la causa mortuoria de este, porque la declaración de esa calidad se produjo fundándose el Juez del conocimiento en las actas del estado civil que debieron presentársele, es igualmente suficiente para probar la menor edad de los demandantes y la representación por parte de su madre natural.

Sobre el particular ha de observarse que el presente juicio sobre exclusión de un bien de los inventarios de José Francisco Petro Galeano, se inició con demanda presentada el 14 de agosto de 1963, admitida el 22 de los mismos (fl. 15 c. l.), y el juicio de sucesión del causante se había iniciado el 26 de julio de 1962 con el auto del Juzgado único Civil del Circuito de Montería que declaró abierta y radicada en su despacho la causa mortuoria (fl.10 c. 1). Es decir, transcurrió más de un año desde la iniciación del juicio de sucesión del nombrado José Francisco hasta cuando comenzó el presente juicio ordinario.

De notar es también que en el sub lite no hay dato ninguno que dé a conocer cuál era la edad de los actuales demandantes al tiempo en que se abrió la causa mortuoria de su padre natural, pues el auto del Juzgado del Circuito de Montería que los reconoció como herederos de José Francisco y tuvo a Barsabás Luna Muñoz como su representante legal en esa causa, simplemente habla de que eran menores: " . . . 2o. Reconócese como herederos a los menores Carmen, Daniel, Elizabeth, Guido, Francisco Manuel y Nelly del Carmen Petro Luna, en su condición de hijos naturales reconocidos del causante... 7o. El doctor Raúl Castilla Ramos, abogado titulado e inscrito en este Juzgado, es apoderado especial de la señora Barsabás María Luna Muñoz, quien representa a los menores reconocidos como herederos en este proveído, para el negocio de la referencia, en los términos y forma del memorial-poder acompañado a la demanda", dice en lo pertinente la referida providencia.

En estas circunstancias el auto de apertura del juicio de sucesión de Petro Galeano no prueba que al iniciarse el presente ordinario sobre exclusión de bienes, los actuales demandantes eran todavía menores, para tener a Barsabás Luna Muñoz como representante legal de los mismos y, por consiguiente, el Tribunal no cometió el error de derecho que se le imputa al desestimar dicha prueba por ineficaz para acreditar esa minoridad y la representación legal de su madre, ni violó, por tanto, las disposiciones sustanciales citadas en la censura.

Síguese de lo expuesto que el cargo por error de derecho tampoco puede prosperar.

RESOLUCION

En mérito de 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 diecisiete (17) de mayo de mil novecientos sesenta y siete (1967) dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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 Gomez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caicedo M., Secretario.

SOCIEDAD DE HECHO

Técnica de Casación: Error de hecho y error de derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: octubre 24/69.- Acta No. 84).

Decídese el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de mayo de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario adelantado por Enrique Betancur Delgado contra Lucía Villa de Betancur y otros.

EL LITIGIO

Ante el juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Osos, Enrique Betancur Delgado citó a juicio ordinario de mayor cuantía a Lucía Villa v. de Betancur, en su propio nombre y como representante legal de sus doce menores hijos que en el libelo se relacionan, "aquella y estos representantes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Gustavo Betancur D. y Lucía Villa de Betancur y de la sucesión del señor Gustavo Betancur Delgado", a fin de que se reconociese la existencia de la sociedad de hecho formada por Gustavo y Enrique Betancur Delgado, en el mes de febrero de 1944, para la explotación económica del establecimiento industrial que lleva el nombre de "Productos de Lana Santa Rosa Ltda.", y se ordenase su liquidación con sujeción a lo que dispone el Código Civil para el cuasicontrato de la comunidad.

La causa petendi de la demanda expresa, en resumen, que en el mes de febrero de 1944, Enrique y Gustavo Betancur Delgado iniciaron una serie de actividades de explotación económica para la fabricación de cobijas y artículos de lana, originándose así, con la colaboración conjunta de los dos, una sociedad de hecho que se disolvió con la muerte del socio Gustavo Betancur D., ocurrida el 28 de abril de 1962; que la sociedad se inició con un mínimo de capital (un telar de madera adquirido por ellos), y gracias al esfuerzo y diligencia de los socios, pero principalmente del demandante Enrique Betancur, quien no tuvo "un solo día de descanso en las labores", los negocios se fueron ensanchando y el capital social, que en un comienzo fue de $ 500.00, alcanzó a una suma superior a $ 150.000.00; que la fábrica ha tenido diversas denominaciones comerciales, con apariencia exterior de sociedad de comercio legalizada, pero de hecho en su esencia; que para que el público y los terceros que contrataban con ella se dieran cuenta de que la fábrica pertenecía a una sociedad, Gustavo y Enrique tuvieron el cuidado de estampar en la papelería de la empresa el nombre del establecimiento y las expresiones "CIA", "Y CIA", "CIA LTDA", y "LTDA."; que desde la iniciación de las actividades comerciales Gustavo trató siempre como socio a Enrique, y en todas las negociaciones en que este intervino como representante de la fábrica, lo hizo "como condueño del establecimiento, es decir, como socio de Gustavo Betancur D."; que a cuenta de utilidades tenía derecho a retirar mensualmente una cantidad que oscilaba entre $ 1.200.00 y $ 1.500.00, ya que el monto de los demás beneficios o utilidades se destinaban, como aporte suyo, a cubrir deudas de la fábrica provenientes de la compra de maquinaria y de materia prima; y que, conforme a la ley, tiene el actor derecho a que se liquide la sociedad de acuerdo con las normas del cuasicontrato de comunidad, pues no está obligado a permanecer en la indivisión.

Surtido el trámite de la primera instancia, con oposición de la parte demandada, el Juzgado desató la litis en sentencia de 9 de junio de 1964, mediante la cual acogió las peticiones de la demanda, pero sin hacer condenación en costas. Apelado dicho fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Medellín lo revocó en el de 31 de mayo de 1965, y en su lugar, denegó las peticiones de la demanda, absolvió a la parte demandada y condenó en costas a

la demandante, la cual interpuso contra esa providencia el recurso de casación de que conoce la Corte.

LA SENTENCIA ACUSADA

Luego de hacer el planteamiento de la cuestión litigiosa, de relacionar las pruebas aportadas al proceso y de transcribir apartes de la doctrina que sobre sociedades de hecho sentó la Corte en sentencias que corren publicadas en la Gaceta Judicial. t° LVI, 336 y LXXVIII, 256, procede el sentenciador a examinar "si efectivamente la parte demandante logró acreditar plenamente, por los medios adecuados, la existencia de aquello que es esencial en el surgimiento de una sociedad de la índole pretendida en la demanda con la cual se iniciara este proceso".

Considera, a este propósito, que "tal vez el principal elemento escrito en respaldo de la acción incoada consiste en un documento de carácter privado, sobre la industria manufacturera, datado el 27 de abril de 1950, en el que se habla de "Fábrica de Cobijas El Ave' y están indicados como propietarios Gustavo y Enrique Betancur, documento en el que aparece la firma de Gustavo Betancur D. (fls. 121 c. 2o.), que no lleva constancia de presentación ante alguna autoridad, ni firmas de testigos, desconocido por la parte demandada y sobre el cual se produjo una exposición de peritos en el sentido de la autenticidad de la firma (fls. 124, 125, c. 2o.)". Advierte "que ningún otro elemento se aportó al expediente para respaldar de modo próximo el respectivo contenido, la conclusión a que arribaron los expertos como habrían sido libros de comercio, cartas, declaraciones para efectos del impuesto sobre renta y patrimonio, constancias sobre solución de impuestos municipales y demás, en interés o por una sociedad", lo cual permite inferir que "no se está en presencia de un documento que por sí solo baste para afirmar en una desición judicial la existencia de una sociedad de hecho entre el causante y quien es actor, según se desprende de lo que a continuación se observa y que permite omitir exposición especial acerca del alcance de los dictámenes grafológicos (art. 656 C. J.)"; que al paso que se allegaron al proceso declaraciones de renta y patrimonio de Gustavo Betancur, posteriores al año de 1950, con nota oficial de presentación y que, en el fondo, contradicen el referido documento, el actor no adujo las suyas "en que se aludiera a la sociedad de hecho o a propiedad de maquinaria o algún equipo utilizado en la fábrica indicada en el proceso"; que mediante el documento que obra al fl. 115 del cdno. ppal., fechado el 17 de noviembre de 1950 y posterior, por tanto, al que se viene aludiendo, Alfredo Botero, Gustavo Betancur, Max Wirth y José González, declararon disuelta la sociedad de hecho que habían constituído bajo la denominación "*Productos de Lana Santa Rosa*", sin que para nada se mencione al demandante, lo cual da base al Tribunal para inferir que este no fue socio de su hermano fallecido, pues no se explica que siendo el actor consocio de Gustavo, como lo afirma, no hubiera figurado en la constitución de esa sociedad de hecho o intervenido con los otros consocios en alguna forma; observa, asimismo, que tampoco figura el demandante en la Factura de Distribución de Tejidos Leticia Ltda., de fecha 18 de noviembre de 1950, no obstante que mediante ese documento Gustavo se hizo directamente responsable de una cantidad apreciable de acreencias a cargo de la compañía, cuando lo natural era que hubiera intervenido en él si realmente era titular de algún derecho en la fábrica; y encuentra de escasa credibilidad la explicación dada al respecto por el actor al absolver las posiciones que se le formularon, cuando afirma que conoció las negociaciones para la constitución de la sociedad "Productos de Lana Santa Rosa Ltda.", y que al solicitarle Gustavo su consentimiento le exigió que no fuera a durar mucho esa sociedad, pues que como no tenía escritura podrían peligrar sus derechos.

Nota luego el sentenciador que obra en el proceso un cúmulo de facturas de Distribución de Tejidos Leticia Ltda., correspondientes a los años de 1946 y 1951 y siguientes, sobre suministro de materias primas y otros elementos, "todas dirigidas al señor Gustavo Betancur y ninguna de ellas al señor Enrique Betancur D., quien no aparece adquiriendo la maquinaria vendida por Tejidos Leticia al primero, en el mes de octubre de 1951"; que no existe prueba en el proceso de los períodos de uso de la papelería que contiene las leyendas "Productos de Lana Santa Rosa, Distribución Medellín" y "Productos de Lana Santa Rosa Cía. Ltda.", las cuales dan a la sociedad una apariencia de colectiva o de responsabilidad limitada; que "si hubiese surgido transformación o variación en el hecho de una forma de sociedad en otra, los verdaderos socios o interesados habrían dejado la correspondiente constancia que está ausente en el juicio, circunstancia concurrente a hacer ina-

cogible lo deprecado en el libelo de demanda"; y que el uso del nombre Gustavo Betancur seguido de las expresiones" & Cía." "Ltda." "Cía. Ltda.", "de suyo no indica sociedad con el actor, quien si acaso tenía derecho en la fábrica bien pudo exigir y lograr que su nombre fuera incluído en la papelería usada".

Procede, en seguida el Tribunal a examinar los testimonios aducidos por las partes contendientes, y luego de destacar lo fundamental de cada uno de ellos concluye: "De manifiesto está que los testimonios aducidos por las partes litigantes son contradictorios, que surge oposición sustancial entre lo aseverado por varios testigos de cargo y lo dicho por los de descargo, fuera de que varios de los deponentes por el demandante son francamente desfavorables a los asertos suyos en la demanda. De la valoración crítica de la prueba en referencia, aplicando las normas propias sobre el particular, no resulta de modo indubitable que deba atribuirse o reconocerse más méritos de credibilidad a los testigos pedidos por la parte demandante, sobre los de la parte opositora (art. 702 C. J.). Significa ello que no resulta prueba testimonial completa exenta de dudas sobre la existencia de la sociedad de hecho que se reafirma en la demanda". Y al referirse al dicho de los testigos que consideraron a Enrique como dueño de la fábrica por razón de sus actividades, pero que dijeron ignorar los negocios que existieran entre él y Gustavo, observa el sentenciador que "los deponentes no indicaron hechos que de modo directo o próximo conduzcan a la inferencia de que haya surgido la sociedad de hecho pretendida en la demanda, pues únicamente indican con certeza que en la fábrica de cobijas laboró el demandante".

Advierte, por último, que no cumplió el actor con la carga de demostrar la existencia de los elementos que legal y doctrinariamente estructuran una sociedad de hecho, pues no acreditó el ánimo de formar una sociedad con Gustavo, ni los aportes que han debido hacer, ni su participación en las ganancias o pérdidas, razones estas que llevaron al Tribunal a negar las peticiones por aquel formuladas.

LA DEMANDA DE CASACION

Hácesele a la sentencia de segundo grado un solo cargo, consistente en violación de la ley sustancial como consecuencia de errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, provenientes de la indebida apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras. "La sentencia de la fecha y procedencia indicadas —dice el recurso— infringió en forma indirecta, por falta de aplicación, los arts. 2081, 2082, 2083, 2087, 2091, 2094, 2097, 2107, 2129 y 2141 del C. C.; los arts. 964, 472, 475, 477, 481, 482, 489, 493, 507, 510, 511, 512, 518, 520, 529, 532 y 535 del C. de Co. Además, dicha sentencia infringe, como violación medio, los arts. 593, 597, 603, 604, 608, 637, 665, 704, 722 del C. J. y el 1761 del C. C.".

Entre las pruebas que el Tribunal "dejó de apreciar en debida forma y no les atribuyó el valor que fija la ley, infringiendo así los arts. 593 y 594 del C. J.", señala el censor las siguientes:

a) Los testimonios de Alberto Zapata, Nelly Mira, Juan Bautista Ruiz, Lucía Pérez de Rúa, Lisandro Díaz Roldán, Teresa Rojas, Rafael Palacio Vásquez, Jesús Palacio Vásquez, Ricaurte Zapata, Ramón Medina, Juan Galeano, Mercedes Mejía Duque, Eduardo Pérez S., Jesús Jaramillo P., Iván Restrepo, Alberto Zapata Arias y María de Jesús Aristizábal v. de Lopera.

Observa que después de analizar algunas de estas declaraciones el Tribunal concluye que no está probada la existencia de la sociedad de hecho entre Enrique y Gustavo Betancur; que, sin embargo, de tales testimonios sí aparecen probados los elementos que configuran la sociedad; que "estos testimonios tomados aisladamente, como lo hizo el Tribunal desatendiendo el art. 593 del C. J., pueden no constituir plena prueba, pero estudiados en su conjunto y relacionándolos con otras pruebas del expediente, sí demuestran plenamente la existencia de una sociedad de hecho entre Gustavo y Enrique Betancur D.".

b) El formulario del Ministerio de Comercio e Industria que obra al fl. 121 del cdno. No. 2, firmado por Gustavo Betancur y fechado el 27 de abril de 1950, en el cual "se confiesa que los propietarios del establecimiento denominado 'Fábrica de Cobijas El Ave' son Gustavo y Enrique Betancur". Nota el recurso que, según dictamen de peritos grafólogos, la firma de Gustavo Betancur que en él aparece es auténtica; que no obstante la afirmación que hace el Tribunal de que no se allegó al proceso ningún elemento "para respaldar de modo próximo el respectivo contenido, la conclusión a que arribaron los expertos como habrían sido li-

bros de comercio, cartas, declaraciones para efectos del impuesto sobre renta y patrimonio...", sí obran en el expediente otros medios de prueba como son las declaraciones de renta y patrimonio de Gustavo Betancur correspondientes a los años de 1950 (cdno. 2, fl. 108), 1954 a 1958 (cdno. 3 A. fls. 10 ss.), en los cuales se encuentran expresiones como las de "sueldos recibidos como Administrador de la fábrica", "utilidades fábrica", "utilidades líquidas Fábrica Tejidos", "utilidad líquida Fábrica", "estimación arrendamiento funciona fábrica", "utilidades líquidas en las fábricas", "prestaciones pagadas en finca", que demuestran que la utilidad que Gustavo obtenía de la fábrica era líquida, en el concepto legal del término, es decir, después de restar las deducciones autorizadas por las normas tributarias.

"Lo anterior —dice— además de desvirtuar las afirmaciones que hizo el Tribunal sobre el documento del fl. 121, demuestra de modo pleno, por confesión del señor Gustavo Betancur, que ante el Estado, la Fábrica era una entidad autónoma, un establecimiento con personería diferente que le producía utilidades líquidas, y de la cual recibía unos arrendamientos.

"Como el Tribunal no dio valor ninguno a estas declaraciones, infringió los arts. 604 y 608 del C. J. y como consecuencia de ello las normas sustantivas de los Códigos Civil y del Comercio que se han citado al no reconocer la existencia de la sociedad de hecho". Y,

c) La constancia de dieciocho de noviembre de 1950, visible al fl. 99 del cdno. No. 2, escrita en papel de Distribución de Tejidos Leticia, en la cual se expresa que "el señor Gustavo Betancur como socio de Productos de Lana Santa Rosa de Osos ha verificado arreglo en la fecha de las siguientes acreencias a cargo de la Compañía, quedando por lo tanto responsable de las mismas". Dice que el Tribunal trata de desvirtuar su contenido cuando afirma que existió una sociedad de hecho entre Gustavo Betancur, Alfredo Botero, Max Wirth y José González y que "los dos últimos declararon que efectivamente integraron esa sociedad, a la que aportó la fábrica de Santa Rosa el causante, sin que en nada interviniera quien es actor"; que en la declaración de José González se dice algo muy distinto, pues en ella se expresa que Gustavo Betancur y González iniciaron negociaciones tendientes a la fundación de una sociedad que tendría como razón social "Productos de Lana Santa Rosa"; que mandó timbrar papelería para la futura sociedad, y que la sociedad dicha nó se formalizó ya que había desacuerdo entre las partes. De donde deduce el impugnante que el Tribunal erró en la apreciación del referido escrito, y de las declaraciones de los eventuales futuros socios, y, consiguientemente, que la confesión del causante contenida en el documento del fl. 121 del cdno. No. 2 y en las declaraciones de renta precitadas, "tienen un valor probatorio que no puede desestimarse sin infringir las normas sobre la materia y las disposiciones sustantivas de los Códigos Civil y de Comercio que sobre sociedad se han citado".

Señala, en seguida, como pruebas no apreciadas, los libros denominados "Cuadros de Trabajadores año de 1954" y "Borrador", abierto el 6 de enero de 1947, y que fueron aportados al juicio; "Las declaraciones de renta y patrimonio a las cuales se hizo mención en párrafos anteriores, que también deben considerarse como no apreciadas por el Tribunal, dada la simple referencia que a ella se hace en el fallo"; y "facturas, formularios, remisiones y papelería en general".

Considera, asimismo, que el Tribunal tampoco apreció las respuestas dadas por el propio recurrente a las preguntas 4a, 8a, 10a, y 11a, del cuadro de posiciones (c. 3 fls. 25 y 26), ni las facturas que obran en el cuaderno 3 B, folios 8 a 10, 19 a 35, y 69 a 72, y agrega: "Como el Tribunal dejó de apreciar los libros, la papelería, los formularios del Dane y la absolución de posiciones, de las cuales se deducen una serie de indicios graves, precisos y conexos entre sí, infringió los arts. 593, 594, 597, 601, 606, 645 y 665 del C. J. y, como consecuencia, violó por no haberlos aplicado, los artículos del Código de Comercio y del Civil que se han citado".

De todo lo cual concluye:

"Las pruebas indebidamente apreciadas por el Tribunal y las que dejó de apreciar demuestran, inequívocamente, la existencia de una sociedad de hecho. Si de acuerdo con el ordenamiento del art. 593 del C. J. el fallador de segunda instancia hubiera valorado, según los arts. 597, 603, 608, 637, 665, 704, 722 y concordantes del mismo estatuto, los testimonios, los documentos, la confesión, los indicios, relacionando unas pruebas con otras, complementándolas, observando su precisión y conexión con los hechos, no habría incurrido en los errores de hecho y de derecho que, por vía indirecta, lo llevaron a violar la ley sustantiva por haber

dejado de aplicar los arts. 2081, 2082, 2083, 2087, 2091, 2094, 2097, 2107, 2129 y 2141 del C. C. y 464, 472, 475, 477, 481, 482, 489, 493, 507, 510, 511, 512, 518, 520, 529, 532 y 535 del C. de Co".

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 debida aplicación de las leyes sustanciales, y no la de revisar libremente, como si se tratara de una tercera instancia, todas las cuestiones debatidas en los grados anteriores del juicio. Ese objeto primordial de la casación excluye, en principio, del examen de la Corte, lo concerniente a la cuestión de hecho, cuya definición ha quedado encomendada al poder discrecional del sentenciador. Empero como al quebranto de la ley sustancial puede llegarse por razón de una deformación de los hechos que han de quedar subsumidos en la hipótesis legal, bien sea por error del Tribunal sobre la presencia objetiva de un medio probatorio en el proceso o bien por error acerca de su valor probativo, excepcionalmente se le permite a la Corte penetrar en los problemas de la prueba. A estas razones obedece el precepto de nuestro ordenamiento procesal civil que autoriza la censura por violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (D. 528 de 1964, art. 5o.).

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

III.- Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse este, ha de señalarse la norma que fija su valor, demostrarse la existencia del error y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es posible —ha dicho la Corte— demostrar el error de derecho en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. Ello está en ajustada correspondencia con el artículo 63 del Decreto, según el cual la demanda en el recurso debe, entre otros requisitos, 'expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella'. Entonces, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de una censura cuyo punto de partida consiste en la lesión del derecho probatorio, implica ciertamente la necesidad de señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida, para que sobre esa base pueda pasarse a la demostración del quebranto del derecho sustancial". (Providencia de noviembre 3 de 1966, aún no publicada, proferida en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelista Hernández y otra).

IV.- Cuando la acusación se funda en error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el Tribunal por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis estas que comprenden la desfiguración de la prueba, cercenando su contenido o haciéndole decir lo que no expresa.

V.- No es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segunda instancia por error de hecho y de derecho en la estimación de un mismo medio probatorio, o mejor, de un punto determinado del mismo, puesto que dada su naturaleza se excluyen entre sí: si hubo error en la ponderación de la prueba no es posible el error de hecho ya que el sentenciador estableció su presencia material en el proceso; y si hubo error de hecho, porque supuso la prueba o no vio la existente, no pudo incurrir en yerro de valoración. Tampoco es admisible la censura que se formule a través del planteamiento global del problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente de la que el sentenciador de instancia se formó, ya que en el campo probatorio sólo procede la acusación que se refiera a

la apreciación errónea o falta de apreciación "de determinada prueba".

A la luz de estas exigencias de la técnica del recurso extraordinario, se procede a examinar la parte del cargo que se refiere a las pruebas indebidamente apreciadas así:

VI.- *Prueba testimonial.*

La censura que se formula a este propósito, fundada en el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al valorar los testimonios relacionados en el cargo, adolece de la falla fundamental de no señalar la norma de disciplina probatoria, referente a prueba testifical, que habría sido infringida por aquel, y en consecuencia, no existe el punto de referencia indispensable para establecer la existencia del error alegado por el impugnante.

La cita que hace de los arts. 593 y 594 del C. J. resulta inadecuada, pues ninguno de los dos regula concretamente la fuerza de convicción de la prueba de testigos. El primero de ellos, en efecto, al establecer que "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas", se limita a consagrar el principio de que el juez sólo puede adquirir el conocimiento de los hechos a través de los medios de prueba señalados por el legislador, y que le está vedado formar su convicción en el conocimiento privado que tenga de los mismos (judex secundum alligata et probate a partibus judicare debet; quod non est in actis, no est in mundo) pero nada estatuye sobre valoración probatoria. Y el 594 regula la fuerza de convicción de las pruebas incompletas o semiplenas al estatuir que "una prueba calificada de incompleta no establece por sí sola la verdad del hecho, pero dos o más constituyen plena prueba si cada una está debidamenta establecida o si son diversas, precisas y en estrecha conexión con el hecho averiguado". Acontece, empero, que si el sentenciador desestimó los testimonios a que alude el recurso, no fue porque en su sentir constituyeran tan solo una prueba incompleta, sino por carecer ellos de los requisitos intrínsecos que, como los de responsividad, exactitud, coherencia, credibilidad, etc., son los que les dan fuerza de convicción a dos o más declaraciones de testigos (ibídem, arts. 687, 688, 689, 697 ss.). Siendo ello así, mal podía infringir el Tribunal el art. 594 prenombrado.

La invocación que hace el recurrente del art. 704 del C. J. tampoco es procedente, pues, de una parte, dicha norma regula el valor probatorio de las declaraciones de testigos frente a pruebas preconstituídas, que no es el caso de autos; y de otra, no señala el censor la prueba documental con la cual se relacionan las declaraciones mencionadas, ni expresa en qué consistió el error en que habría incurrido el Tribunal al respecto.

Esta falla técnica en la formulación de la censura la torna ineficaz.

VII.- *Prueba documental y de confesión.*

Al fl. 121 del cdno. 2o. se encuentra un formulario del Ministerio de Comercio e Industria, fechado el 27 de abril de 1950, en el que bajo la firma que dice: "Gustavo Betancur", se expresa que Gustavo y Enrique Betancur son propietarios de la "Fábrica de Cobijas El Ave". El recurso pretende hallar en ese documento la confesión, por parte de Gustavo, de que "los propietarios del establecimiento denominado 'Fábrica de Cobijas El Ave' son Gustavo y Enrique Betancur", puesto que, en su concepto, con el dictamen de peritos grafólogos se estableció que la firma que en él aparece es auténtica, y con las declaraciones de renta y patrimonio de Gustavo Betancur que cita el censor, se desvirtúa la afirmación hecha en la sentencia de que "ningún otro elemento se aportó al expediente para respaldar de modo próximo el respectivo contenido, la conclusión a que arribaron los expertos como habrían sido los libros de comercio, cartas, declaraciones para efectos del impuesto sobre la renta y patrimonio, constancias sobre solución de impuestos municipales y demás, en interés o por una sociedad". "Lo anterior —dice textualmente— además de desvirtuar la afirmación que hizo el Tribunal sobre el documento del fl. 121, demuestra de modo pleno, por confesión del señor Gustavo Betancur, que ante el Estado, la Fábrica era una entidad autónoma, un establecimiento con personería diferente que le producía utilidades líquidas, y del cual recibía unos arrendamientos. Como el Tribunal no dio valor ninguno a estas declaraciones, infringió los arts. 604 y 608 del C. J. y como consecuencia de ello las normas sustantivas de los Códigos Civil y del Comercio que se han citado al no reconocer la existencia de la sociedad".

En relación con esta censura observa la Cor-

te que la razón fundamental que tuvo el sentenciador para desestimar el documento prenombrado, fue la de no haberse acreditado la autenticidad de la firma atribuída a Gustavo Betancur, porque "no lleva constancia de presentación ante alguna autoridad, ni firmas de testigos... y en forma alguna consta que Gustavo Betancur haya hecho entrega del referido documento"; porque habiendo sido desconocido por la parte demandada y produciéndose un dictamen pericial favorable a la autenticidad de la firma, no hay en el proceso elementos que respalden la conclusión a que llegaron los expertos; y porque existen pruebas que "en el fondo contradicen el referido documento", tales como las declaraciones sobre renta y patrimonio de Gustavo Betancur posteriores a 1950. Lo cual —dice el Tribunal— "permite omitir la exposición especial acerca del alcance de los dictámenes grafológicos (art. 656 C. J.)".

A términos del art. 656 precitado, "la prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido negada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes". Tiénese, por tanto, que el legislador defirió a la discrecionalidad del sentenciador la facultad de ponderar la prueba resultante del cotejo de firmas, y que en ejercicio de ese poder discrecional el Tribunal estimó el dictamen de los grafólogos como prueba incompleta, y por lo mismo, insuficiente para establecer la autenticidad de la firma atribuída a Gustavo Betancur. Siendo ello así, vale decir, fundándose la desestimación de la prueba grafológica y, consiguientemente, la del documento precitado, en el precepto del art. 656 del C. J., no se encuentra que la censura ofrezca tacha alguna que desvirtúe la apreciación de esta prueba en la forma como lo hizo el Tribunal. Sigue siendo, por tanto, verdad procesal que el documento en cuestión no es auténtico y, por ende, que la firma que en él aparece no fue puesta por Gustavo Betancur.

De esta suerte, el cargo que se le hace al sentenciador de haber violado los arts. 604 y 608 del C. J., en cuanto definen y regulan la fuerza probativa de la confesión extrajudicial, resulta infundado pues no se demostró que la declaración contenida en el documento que, al decir del censor, apreció indebidamente el Tribunal, hubiere sido hecha por Gustavo Betancur, y para que exista confesión es menester que la manifestación de ser cierto el hecho perjudicial haya sido emitida, sin lugar, a dudas, por la persona a quien se atribuye.

VIII.- En lo atinente con la confesión extrajudicial que sobre la existencia de la sociedad de hecho entre Gustavo y Enrique Betancur pretende hallar el recurso en las declaraciones de renta de aquel, posteriores a 1950, cabe notar que en ellas no se hace referencia alguna, a dicha sociedad, y que del solo hecho de que en las mismas se encuentren expresiones tales como las de "sueldos recibidos como Administrador de Fábrica", "utilidades líquidas Fábrica Tejidos", "estimación arrendamiento funciona fábrica", etc., no implican necesariamente que tal fábrica pertenezca a una sociedad, puesto que bien puede ser de propiedad exclusiva del declarante, y, menos aún, que informe el patrimonio de la sociedad de hecho que, según el actor, existió entre él y Gustavo Betancur. El sentenciador no encontró en tales declaraciones la prueba de la existencia de la pretendida sociedad de hecho, y estimó, por el contrario, que "en el fondo contradicen el referido documento", de 27 de abril de 1950, en el cual se expresa que la "Fábrica de Cobijas El Ave" es de propiedad de Gustavo y Enrique Betancur. Esa apreciación no viola los arts. 604 y 608 del C. J., puesto que si la confesión, ya judicial o extrajudicial, es la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica afirmado por la otra, según la define el 604, es obvio que tal manifestación, para que produzca efectos jurídicos contra quien la hace, ha de ser expresa, y mediante ella ha de admitirse el hecho perjudicial en forma categórica, exenta de dudas y ambigüedades. Y las declaraciones de renta mencionadas no contienen una manifestación clara e inequívoca de la existencia de la sociedad de hecho entre Gustavo y Enrique Betancur, como lo pretende el recurso. Lo cual significa que el *animus confitendi*, que debe aparecer claramente establecido en la confesión extrajudicial, y en cuya apreciación ha de ser muy cauto el juzgador, ha quedado sin demostrar.

IX.- Afirma el censor que el Tribunal erró en la apreciación del escrito que obra al fl. 99 del cdno. 2o., y de los testimonios de Max Wirth y José González G. y que a consecuencia de tal error infringió los preceptos de los Códigos Civil y de Comercio citados en el cargo. Aunque no concreta la especie de error que en la apreciación de esta prueba le imputa al sentenciador cabe entender que la censura se refiere a la violación medio de las disposicio-

nes de carácter probatorio señaladas al comienzo del cargo. Así entendido este, hay que desecharlo por lo que a los testimonios de Wirth y de González se refiere, con base en las razones expuestas en el aparte VI de esta providencia, que llevaron a la Corte a desestimar la censura formulada por indebida apreciación de la prueba testimonial, puesto que ninguna de tales disposiciones disciplina el valor probatorio de la prueba testifical, y la cita del art. 704 del C. J. resulta improcedente por regular una hipótesis diferente a la de autos.

Por lo que atañe al escrito del fl. 99 del cdno. 2o., se observa: Se trata de una factura con la leyenda "Distribución de Tejidos Leticia Ltda.", fechada el 18 de noviembre de 1950, en la cual se expresa que "el señor Gustavo Betancur como socio de Productos de Lana Santa Rosa de O., ha verificado arreglo en la fecha de las siguientes acreencias a cargo de la Compañía, quedando por lo tanto responsable directo de las mismas". (Hay una firma ilegible). Como el recurso pretende ver en ese escrito prueba de la existencia de la sociedad de hecho a que alude la demanda, y la única prueba que podría derivarse de él es la de una confesión extrajudicial, hay que entender montada la censura sobre la imputación de quebranto medio del art. 608 del C. J. Sobre esta base cabe notar, según se dejó dicho, que para que haya confesión se requiere que la parte acepte como cierto el hecho que la perjudica; como en el escrito mencionado no se contiene una aceptación clara e inequívoca de la existencia de la pretendida sociedad de hecho entre Gustavo y Enrique Betancur, concluyese que el Tribunal no violó, al desestimar dicho escrito, los arts. 604 y 608 del C. J.

X.- Cuanto a la censura que se funda en el error de hecho en que habría incurrido el Tribunal al no apreciar los medios de prueba a que ella se refiere, hay que desestimarla por lo que respecta a "las declaraciones de renta y patrimonio a las cuales se hizo mención en párrafos anteriores", y a las "facturas, formularios, remisiones y papelería en general", pues está dicho que en casación sólo procede la acusación referente a la apreciación errónea o a la falta de apreciación "de una prueba determinada", mas no cuando, como en el presente caso, versa sobre un conjunto indiscriminado de pruebas. A lo cual cumple agregar que por lo que hace las declaraciones de renta y patrimonio el cargo es infundado, pues el Tribunal sí las apreció cuando en la sentencia impugnada alude a "un conjunto de declaraciones de Gustavo Betancur D. sobre renta y patrimonio, posteriores al año de mil novecientos cincuenta (1950), las que exhiben nota oficial de presentación...", y como el propio recurrente lo acepta al acusar el fallo por error de derecho en la apreciación de tales documentos.

XI.- Las otras pruebas, que, según el recurso, no apreció el sentenciador, son el "Cuaderno de Trabajadores año de 1954", el "Libro Borrador" abierto el 6 de enero de 1967, y la diligencia de absolución de posiciones de Enrique Betancur. Observa el censor que en el Cuaderno de Trabajadores se encuentran asientos sobre entregas de dinero a Enrique Betancur, por valor de $ 100.00, $ 90.00, $ 2.00, $ 1.00, $ 3.00, sin expresar la causa, cuando "en todos los demás folios se encuentra siempre el detalle correspondiente sobre pago a trabajadores y la debida discriminación"; de donde concluye que Enrique Betancur no era considerado como trabajador, pues los asientos no corresponden a remuneración fija o permanente, dada su cuantía, su falta de periodicidad y sin referencia alguna al pago de primas". Advierte que en el Libro Borrador hay igualmente "distintos asientos por concepto de dinero, a nombre de Enrique Betancur, Gustavo Betancur, y de comerciantes de distintos municipios y de la ciudad de Medellín, o sea que de dicho Borrador se desprende que tanto Enrique Betancur como Gustavo Betancur retiraban dinero de los fondos comunes, y por cuenta de ellos se hacían pagos diferentes, sin que ninguno de los dos figurara en el renglón de jornales como resulta del estudio atento de los asientos". Y en cuanto a la absolución de posiciones destaca el hecho de que en varias de las respuestas manifiesta Enrique que retiraba dineros o recibía pagos, no como trabajador sino como dueño de la fábrica, para deducir de ahí que tanto él como Gustavo "tenían facultad para retirar sumas de dinero de la sociedad, como lo autorizan el numeral 8o. del art. 467, el numeral 1o. del art. 529 del C. de Co. y el art. 2017 del C. C.".

Se refiere luego a varias facturas y formularios en los que aparecen expresiones como las de "Productos de Lana Santa Rosa Ltda.", "Gustavo Betancur Delgado & Cía. Ltda.", para notar que tales documentos "son prueba de que el mismo Gustavo Betancur reconocía la existencia de una sociedad, pues no otra cosa implica el uso de papelería con la denominación de 'Limitada', y la información dada al Departamento Nacional de Estadística de que la forma jurídica era la de una sociedad *Limitada*". Y remata así su acusación:

"Como el Tribunal dejó de apreciar los libros, la papelería, los formularios del Dane y la absolución de posiciones, de los cuales se deducen una serie de indicios graves, precisos y conexos entre sí, infringió los arts. 593, 594, 597, 601, 606, 645 y 665 del C. J. y, como consecuencia, violó por no haberlos aplicado, los artículos del C. de Co. y del Civil que se han citado".

El cargo así formulado ha de desecharse por las siguientes razones:

a) Por ser manifiesta la falta de técnica de que adolece al citar como violadas por el Tribunal normas de carácter probatorio, pues montado como está sobre el *error de hecho* en que habría incurrido el sentenciador por no haber apreciado los medios probatorios en él señalados, la violación medio de tales normas no puede darse, ya que mal podría el sentenciador valorar equivocadamente unos medios probatorios que no vió.

b) Porque el Tribunal sí vio y, consiguientemente, apreció las pruebas a que se contrae la acusación. Al hacer la relación de las pruebas allegadas al proceso por la parte demandada se refiere, en efecto, el sentenciador a "dos libros sobre cuadros de trabajadores y uno llamado borrador" (cdno. 1, fl. 121 v. in fine); a las "posiciones absueltas por el demandante (fl. 25, 26 cdno. 3o.) (cdno. 1, fl. 121 v., 2o. renglón); y a las facturas y formularios mencionados en el cargo (cdno 1 fl. 121 v.). Y por si esto fuera poco, más adelante (fl. 123, 128 y 129) exacmina algunas de las respuestas dadas por Enrique en la diligencia de absolución de posiciones, y en relación con las facturas, formularios y papeles con las leyendas a que alude el recurso, observa que "el uso del nombre Gustavo Betancur, con la agregación de ' & Cía., Ltda., Cía Ltda.' de suyo no indica sociedad con el actor, quien si acaso tenía derecho en la fábrica bien pudo exigir y lograr que su nombre fuera incluído en la papelería usada...". Todo lo cual pone de manifiesto que el sentenciador sí apreció las pruebas sobre que versa la censura, la que, por lo mismo resulta infundada.

c) Porque la manifestación hecha por el propio recurrente en la diligencia de absolución de posiciones de que retiraba o recibía dineros, no como trabajador sino como dueño de la fábrica, carece de fuerza probatoria, pues a nadie le es dado con su propio dicho crearse una prueba a su favor. Y,

d) Porque si los asientos hechos en el "Cuaderno de Trabajadores" y en el "Libro Borrador", y las leyendas contenidas en las facturas, formularios y papelería a que se hizo referencia, han de tenerse como prueba indiciaria, la ponderación que de esta haga el sentenciador para formar su convicción prevalece, mientras en casación no se demuestre que la conclusión es contraevidente. "Si en la prueba por indicios —ha dicho la Corte— se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contrarían los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza". (LXXXVIII, 176).

El censor no demostró que el Tribunal hubiera incurrido en error de derecho o en evidente error de hecho en el tratamiento de la prueba indiciaria de que se trata, sino que se limitó a contraponer su personal criterio al del sentenciador en el punto, y es palmario que en tales circunstancias, entre esos dos criterios así enfrentados ha de prevalecer la apreciación del fallador.

Síguese de lo dicho que el cargo es infundado y que, por lo mismo, debe rechazarse.

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 treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.

Heriberto Caicedo M., Secretario.

SEPARACION DE BIENES

Técnica de casación

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

(Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán).

(Aprobación: noviembre 4/69. - Acta No. 86).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandada en este juicio, contra la sentencia de 17 de noviembre de 1966, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá.

I

EL LITIGIO

Angel María Garzón demandó a Ana Rosa Bautista de Garzón, para que por los trámites especiales indicados en el título XX del libro 2o. del C. P. C., se decretase la separación definitiva de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por el matrimonio contraído por el demandante con la demandada, y se dispusiera la entrega a cada uno de los cónyuges de los bienes que le pudiesen corresponder.

Fúndase la demanda en que Ana Rosa vive en amancebamiento con José Roberto Acosta, en que ha incurrido en absoluto abandono de sus deberes de esposa y de madre, y en que ha hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó que era el demandante quien había abandonado sus deberes de esposo y de padre y hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos debido al mal trato que le daba.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia absolutoria, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Fusagasugá el 27 de mayo de 1966.

Por apelación de la parte demandante conoció del negocio, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de ese lugar, el cual revocó el fallo del Juzgado y decretó la separación de bienes solicitada, ordenando la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, "para que le sean entregados a cada uno de los cónyuges los bienes a que por ley tienen derecho".

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Encontró plenamente acreditado el matrimonio de actor y demandada con el acta correspondiente. En cuanto a la prueba de los hechos que constituyen la causa petendi, expresa el fallo acusado que en la segunda instancia el actor allegó copia auténtica del auto de sobreseimiento definitivo proferido en su favor y de sobreseimiento temporal en favor de José Roberto Acosta Perdomo, dentro de las diligencias sumarias adelantadas por los delitos de tentativa de homicidio y de lesiones personales; que en tal auto el Juez Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá hace un detenido estudio de las pruebas aportadas, dándole plena aceptación, por su espontaneidad, a la confesión que hizo Angel María Garzón respecto de los hechos y circunstancias que dieron lugar a la investigación penal; que de tal confesión, que en el proceso penal aparece como única prueba no desvirtuada, "se deduce con claridad meridiana que el demandante Garzón sí demostró la causal de infidelidad alegada como base de su acción impetrada, así como el maltratamiento de obra"; y que el actor sorprendió a su esposa en el acto carnal con Acosta, por lo cual, estando demostrado el adulterio de su mujer, la separación de bienes debía decretarse.

III

LA IMPUGNACION

En el ámbito de la causal primera de casa-

ción se formulan dos cargos contra la sentencia del Tribunal, ambos por vía indirecta.

El primero es por error de derecho en la apreciación del sobreseimiento definitivo proferido por el Juez Superior de Fusagasugá en favor de Angel María Garzón, con violación de estas disposiciones: los numerales 1o. y 4o. del art. 154 del C. C. en concordancia con el art. 2o. de la Ley 8a. de 1922; los arts. 597 y 632 del C. J.; y el inc. 2o. del art. 11 del C. de P. P.

Este cargo se fundamenta así: "El Tribunal acogió el sobreseimiento definitivo debido a mala apreciación de la prueba, pues el apoderado del demandante al aparejar la copia de tal sobreseimiento, dejó de hacerle conocer al Tribunal que el sobreseimiento había sido apelado", por lo cual fue revocada la sentencia del Juzgado a quo en el presente juicio.

El segundo se plantea por error de hecho en la apreciación de la misma prueba, o sea del sobreseimiento definitivo de que ya se habló en el cargo anterior.

Su desarrollo es el siguiente: "El Tribunal le dio un valor que no tiene a la mala copia del auto de sobreseimiento definitivo, porque en este documento falta alguna constancia, en copia o en certificado, de que la providencia enunciada está aún sub judice". Agrega la censura que el sobreseimiento definitivo fue revocado y que en su lugar se profirió un sobreseimiento temporal en favor de Angel María Garzón, quedando reabierta la investigación por el delito de homicidio imperfecto que se le imputa.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El recurso de casación no es una tercera instancia abierta a todas las posibilidades del litigio. Su fin principal es unificar la jurisprudencia, mediante la acusación del fallo del Tribunal a través de causales técnicas, limitativas del ámbito de la Corte en el estudio de los cargos que el recurrente formule contra la sentencia impugnada: la actividad jurisdiccional de la Corte en casación queda circunscrita a los términos estrictos que el recurrente le trace en la materia.

La primera de las causales de casación consiste en ser la sentencia violatoria de ley sustancial. A esa violación puede llegarse, como lo enseña la jurisprudencia, por uno de dos caminos: por vía directa o por vía indirecta. Por vía directa, cuando al quebranto de la ley se llega por falta de aplicación de la norma a un determinado caso por ella regulado, por aplicación indebida del precepto en la hipótesis del pleito respectivo, o por interpretación errónea de la disposición aplicable, todo ello sin debate alguno contra la apreciación de los medios probatorios que obran en el expediente; por vía indirecta, cuando en la infracción de la ley se incurre por apreciación errónea o por falta de apreciación de determinada prueba, con inaplicación de la norma sustancial correspondiente o con aplicación indebida de la misma, es decir, por error de derecho en la valoración de los medios o por error de hecho, caso este en el cual es necesario que el error aparezca de modo manifiesto en los autos.

Cuando la censura se funda en error de derecho, es indispensable que se determine el medio mal apreciado; que se indique el precepto normativo del mérito o demérito de la prueba; que se demuestre el error de valoración en que hubiese incurrido el sentenciador, ya por haberle asignado al medio probatorio un valor que la ley no le concede, ora por haberle negado el que le otorga, según la tarifa; y que, como consecuencia de ese error de valoración (violación medio), se incurra en quebranto de la ley sustancial, anotando cuál es la norma de esta especie que ha sido infringida y el concepto de su violación.

Cuando la acusación se basa en error de hecho, ha de alegarse sobre ello por el impugnante, indicando el medio mal apreciado y demostrando la evidencia del error, el cual, para que asuma entidad en casación, debe consistir: "O bien en que el sentenciador no haya visto la prueba que obra en el juicio; o bien, haya supuesto la que no existe en él, hipótesis esta en que cabe el caso de haber desfigurado la prueba, haciéndole decir lo que ella no expresa, lo que lógicamente implica el suponer un medio de convicción que no existe". (Auto de 3 de noviembre de 1966, ordinario de Napoleón Castillo Corredor frente a Evangelino Hernández y otra, aún no publicada).

El ataque por error de hecho exige, además, como en todas las hipótesis de acusación por quebranto de ley sustancial, que se indiquen las normas de esta especie que hubiesen sido violadas por el Tribunal a consecuencia del error de hecho que se le imputa.

2. En el caso en estudio se plantean dos car-

gos contra el fallo acusado, el primero por error de derecho y por error de hecho el segundo.

En el primero se determina la prueba que la censura considera mal apreciada y se indican las normas sustanciales que la parte recurrente estima quebrantadas, pero no se expresa el concepto de su violación.

Como preceptos de disciplina probatoria, se citan los arts. 597 y 632 del C. J y el inc. 2o. del art. 11 del C. de P. P. Este último no es de valoración, y el 597 resulta inadecuado al caso del pleito, porque la censura no se funda en que el sobreseimiento definitivo proferido por el Juez Superior de Fusagasugá a favor del demandante en el presente juicio, no fue allegado al proceso en una de las oportunidades que brinda ese artículo para estimar el mérito de las pruebas. Sólo queda como precepto de valoración, de los citados por el recurso, el art. 632 del C. J., referente al mérito acerca de su contenido como documentos auténticos, de los instrumentos allí enumerados. Mas la Corte no encuentra que el cargo le demuestre que el auto de sobreseimiento, tal como obra en el juicio, en que el Tribunal se fundó y cuya apreciación ataca el impugnante, sea legalmente insuficiente o inepto por sí solo para llegar a la conclusión acogida por el sentenciador, insuficiencia que ha debido acreditar el recurso con cita de preceptos que en el orden penal exigiesen una complementación que lo hiciera definitivo y que la Corte no puede oficiosamente buscar, para suplir una deficiencia fundamental en la censura.

En el segundo se enunció apenas el cargo, sin demostrarse el error de hecho que se le atribuye al fallador de segundo grado, ni indicarse las normas sustanciales que, en opinión de la parte recurrente, hubiesen sido violadas.

Estas observaciones ponen de manifiesto que las censuras carecen de forma, o mejor, que no fueron planteadas de acuerdo con la técnica del recurso, lo cual es suficiente para rechazarlas, como se rechazan en efecto.

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 diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá.

Sin costas en el recurso por no haberse causado.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

COSA JUZGADA

Fenómeno que no aprovecha ni perjudica a terceros, sino a quienes intervinieron en el juicio directamente o por procuración, a los herederos de los mismos y a sus causahabientes singulares con título posterior a la inscripción de la demanda o á la notificación de ésta, según se trate de inmuebles o de muebles, respectivamente. En casos especiales produce efectos ERGA OMNES y aún puede llegar a favorecer a los causahabientes singulares con título anterior a la demanda.

Sabido es que los fallos judiciales constituyen en el derecho positivo normas particulares, dotadas del imperio que es propio de toda ordenación jurídica, pero modalizado este por la incidencia que en tal imperio tiene el postulado de la relatividad, característico de esas normas particulares en cuanto están llamadas a regir en un ámbito personal restringido.

Reza el artículo 473 del C. J. que "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes...". Enuncia este texto legal en primer término, la imperatividad de los fallos judiciales traducida por la clásica fórmula lapidaria, según la cual *la cosa juzgada es verdad inconcusa (res judicata pro veritate tenetur)*, como también enuncia el efecto principal de esa imperatividad, que consiste en quitarle toda validez a cualquier pronunciamiento posterior en contrario, asegurando así, al decir de los jurisconsultos romanos, la estabilidad del orden social *(status reipublicae)*. Y, en segundo término, el propio texto legal consagra el principio de la relatividad de los fallos, propia de su particularidad, y que consiste en reducir el imperio de dichos fallos al círculo determinado de las partes entre las que se generan y cuya situación definen. Parodiando la máxima latina que traduce la relatividad de los actos jurídicos, de los fallos judiciales se dice que estos tampoco aprovechan ni perjudican a los terceros *(res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest)*, que es lo significado por el texto que se comenta al *referir* la ineficacia de los fallos posteriores al asunto o materia del primeramente dictado y a quienes fueron partes en el juicio por este definido.

Pero, el aspecto últimamente tratado, o sea el de la relatividad de la cosa juzgada, merece mayores precisiones también contempladas por nuestra ley. La fórmula que expresa dicha relatividad no puede ser tomada literalmente para hacerle decir, con criterio simplista, que el imperio de la cosa juzgada sólo puede afectar a las personas que directamente o por procuración hayan intervenido en el juicio. De un lado hay que recordar que ciertas sentencias, como las que definen las cuestiones de paternidad o maternidad, cuando han sido pronunciadas entre legítimos contradictores, calificativo este que se predica exclusivamente respecto del padre o la madre frente al hijo, o de este frente a aquellos, producen efectos *erga omnes* en lo tocante con todas las consecuencias que dicha paternidad o maternidad, o su impugnación, acarrean, según lo preceptuado por los arts. 401 y ss. del C. C. Y, de otro lado, el estatuto procesal civil también se encarga de definir el régimen general del vigor normativo y de la relatividad de los fallos judiciales. El art. 474 del mencionado estatuto declara: "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notifi-

cación de esta, si de muebles. Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles".

De esta suerte queda legalmente definido, entre otros puntos, que la cosa juzgada sí puede proyectar su fuerza vinculatoria sobre quienes no han intervenido en el juicio y hasta pueden ignorar su existencia, como los causahabientes de las partes así identificados jurídicamente con éstas.

En este punto importa aclarar que la identificación jurídica que hace la ley entre las partes en un juicio y sus causahabientes singulares, condicionada a que el título adquisitivo de éstos sea posterior al registro o a la notificación de la demanda, según el caso, sólo tiene el alcance de extender la eficacia de la cosa juzgada, en toda su plenitud, a dichos causahabientes, quienes así sufren o aprovechan todas las consecuencias derivadas del fallo. Pero ello no significa que los causahabientes de tal clase con título anterior a esas condiciones legales no puedan reportar provecho, si se quiere indirecto, de la cosa juzgada que posteriormente favorezca a su autor.

El postulado de la relatividad que se predica de todas las normas particulares, como lo son los actos jurídicos celebrados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los fallos judiciales, las resoluciones administrativas que versen sobre situaciones subjetivas individuales, etc., se funda en la naturaleza específica de dichas normas, concretamente en el reducido ámbito personal en que éstas se generan y rigen. Así las determinaciones de dicho postulado guardan paralelismo en todo su campo de acción, vale decir, el de las referidas normas particulares. Así en tratándose de los actos jurídicos, se dice que estos no aprovechan ni perjudican a terceros *(res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest)*. Pero, en este terreno también se ofrece la identidad jurídica entre los partícipes en el acto y sus causahabientes a título universal o herederos, y entre aquellos y sus causahabientes a título singular. Estos últimos, como su denominación lo indica, adquieren de su autor un derecho singular, propiedad, crédito, derecho real de herencia, etc. *(habent causan auctoris propter rém singulam)*, y lo adquieren en la situación jurídica que este tenga al tiempo de la transmisión: con todos los aumentos y beneficios logrados por sus titulares anteriores, como las mejoras y las servidumbres activas de los predios, y con todos los gravámenes y disminuciones impuestos por ellos, como las hipotecas y las servidumbres pasivas. Quiere esto decir que los actos del causante sí aprovechan o perjudican plenamente a sus causahabientes a título singular, con dos condiciones: que estos actos sean *anteriores* a la adquisición por el causahabiente y que se refieran al contenido del derecho singular en causa *(propter rem singulam)*. Por el contrario, los actos *posteriores* del causante, como la imposición de una hipoteca sobre el inmueble ya vendido por él son *inoponibles* al causahabiente comprador. Sin embargo, en ciertos casos estos actos *propter rem* del causante, aunque posteriores al momento indicado, sí pueden aprovechar el causahabiente a título singular, cual sucede con los actos que sanean los vicios anteriores a la adquisición de éste. Así, la ratificación del título viciado de un antecesor o la adquisición por este de la titularidad del derecho que hubiera transferido a *non domino*, aunque posteriores, consolidan o sanean el derecho del causahabiente y, por ende, lo benefician.

En el mismo orden de ideas: si bien la cosa juzgada es *inoponible* al causahabiente singular, cuyo título de adquisición sea anterior a la iniciación del litigio, por lo cual aquel ha debido ser citado al debate sobre tal derecho, es igualmente cierto que el fallo favorable al causante y relativo a su propio título sobre el mismo derecho sí aprovecha a ese causahabiente. Por ejemplo, la sentencia que declara válida o irresoluble la compra hecha por el causante, o la que niega frente a este el pretendido derecho hereditario de un tercero, sí aprovecha a los causahabientes de ese antecesor que ha participado en el juicio. Ni contra este ni contra aquel puede el mismo adversario revivir el litigio por la misma causa y sobre el mismo objeto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: noviembre 4/69.- Acta No. 86).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de abril 9 de 1965, dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Armando Holguín y otros contra León Perczek y otros.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cali Armando Holguín S., en su propio nombre, y Martha Holguín, en representación de sus menores hijos Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín S., citó a juicio a Francia Helena y América Ospina S., León Perczek, Zita Perczek de Lechter, Liz Perczek de Mintz, Lawrence L. Mintz, Abraham Lechter E., Edith Myriam Dornbusch de Perczek, Hersch Perczek y Jorge Enrique Velasco para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las declaraciones que, a continuación se sintetizan: A) que Armando, Ramiro, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín S. son herederos *ab intestato* de Francisco Sarria Tobar, fallecido en Pradera el 27 de marzo de 1949 y cuyo juicio de sucesión cursó en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira, y culminó con sentencia aprobatoria de la partición; B) que los nombrados Holguines aceptan la herencia con beneficio de inventario; C) que los mismos Holguines, en su condición de hijos naturales de Francisco Sarria Tobar, tienen derecho a que se les adjudique la respectiva cuota herencial equivalente a las cuatro sextas partes del patrimonio relicto, en concurrencia con Francia Helena y América Ospina, titulares de las otras dos sextas partes, y de las que son subrogatarios los demandados Perczek; D) que se decrete la reforma de la participación realizada en la causa mortuoria de Sarria Tobar, en orden a formar la hijuela de los actores Holguines en la proporción ya indicada; E) que el partidor que se designe para el efecto, al formar la hijuela de los Holguines, les adjudique la cuota que les corresponda en la hacienda relicta "Holanda", ubicada en el Municipio de Pradera y determinada como se indica en esta súplica; y F) que se condene a los demandados a restituir a los actores la cuota que les corresponda en la mencionada hacienda "Holanda", poseída por aquellos en su condición de herederos y subrogatarios, según la partición de bienes practicada en la mortuoria de Sarria Tobar. Suplica también el libelo que se declare rescindida la referida partición para los efectos preindicados, y que se condene a los demandados a restituir a los actores los frutos civiles del inmueble, en la proporción que a éstos corresponda, percibidos por aquellos, como también los que los actores hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, liquidados tales frutos desde la contestación de la demanda en el presente juicio.

Los hechos constitutivos de la *causa petendi* también se sintetizan así: 1) el doctor Francisco Sarria Tobar falleció en Pradera el 27 de marzo de 1949; 2) al morir no dejó cónyuge supérstite, ni descendientes o ascendientes legítimos, "ni naturales"; 3) su juicio de sucesión, que cursó en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira, terminó con sentencia aprobatoria de la partición de los bienes relictos; 4) en dicho juicio fueron reconocidas como herederas, en su condición de hijas naturales del causante, Francia Helena y María América Ospina Sarria, con mejor derecho que los herederos anteriormente admitidos, Jorge Sarria T., Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria Tobar; 5) las nombradas Ospinas vendieron o cedieron al doctor Hernán Copete sus derechos hereditarios en la referida sucesión; 6) el cesionario Copete falleció y en su causa mortuoria le fueron adjudicados al doctor Alvaro Copete Lizarralde los derechos que el causante había adquirido de Francia y América Ospina en la ya mencionada hacienda "Holanda"; 7) el doctor Copete Lizarralde cedió a Inés Alvarez de Sarria y a Luis Enrique Valencia esos derechos herenciales de que fue adjudicatario en la sucesión del doctor Hernán Copete; 8) Inés Alvarez de Sarria y Jorge Enrique Valencia cedieron a Guillermo Puerta Rosero los mismos derechos de que se viene hablando, radicados en la hacienda Holanda; 9) Guillermo Puerta Rosero, en fin, cedió tales derechos a Hersch Perczek, León Perczek, Zita Perczek de Pichter, Lawrence L. Mintz, Lía Perczek de Mintz, Abraham Lechter E. y Edith Myriam de Perczek; 10) el doctor Hernán Copete, Jorge Sarria T. y Esther Sarria de Valencia habían cedido a título de venta, a Jorge Enrique Velasco un derecho sobre la hacienda Holanda, equivalente a $ 140.000.00; 11) iniciado el juicio de sucesión de Francisco Sarria Tobar a solicitud de sus hermanos legítimos, Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria, estos fueron desalojados por Francia y América Ospina, como hijas naturales del causante y herederas con mejor derecho; 12) la ya mencionada hacienda Holanda fue inventariada en este juicio de sucesión y fue el objeto de la partición en el mismo; 13) mediante providencia ejecutoriada dictada en el propio juicio sucesorio, fueron reconocidos Hersch Perczek, León Perczek, Zita Perczek de Lechter, Abraham Lechter, Lawrence Mintz, Liz Perczek de Mintz y Edith Myriam Dornbusch de Perczek, como cesionarios de los derechos hereditarios de Francia Helena y América Ospina S., en común y en la proporción indicada en la escritura número 315 del 20 de marzo de 1958; se decretó el levantamiento del secuestro de los bienes relictos, y se ordenó comunicar a los arrenda-

tarios de la finca Holanda la terminación de dicho secuestro, con la orden de entenderse con los nombrados cesionarios; 14) en la partición de bienes en la sucesión de que se viene hablando, la hacienda Holanda fue adjudicada a los cesionarios, así: 2/8 partes para Hersch Perczek y 1/8 parte para cada uno de los seis restantes cesionarios de los derechos herenciales de las Ospinas; 15) por sentencia ejecutoriada de 8 de septiembre de 1960, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, los actores en el presente proceso fueron declarados hijos naturales de Francisco Sarria Tobar; 16) dichos actores son herederos de Sarria Tobar y tienen derecho de petición de su herencia, "la que está poseída a lo menos en parte, indebidamente, por otras personas", como también tienen derecho a que se les restituyan los frutos civiles percibidos; 17) se advierte que en la ya aludida sucesión de Francisco Sarria Tobar no fueron reconocidos como herederos del mismo los Holguines, "porque su título de hijos naturales fue obtenido por sentencia que quedó ejecutoriada cuando ya lo estaba la sentencia aprobatoria de la partición"; y 18) los Perczek son poseedores materiales de la hacienda Holanda perteneciente a la sucesión de Sarria Tobar.

En uso del traslado del libelo anteriormente descrito, el demandado Jorge Enrique Velasco dijo no estar llamado a responder de la acción incoada, porque la cesión que se le hiciera de un derecho por valor de $ 140.000.00 radicado en la hacienda La Holanda y a que aluden los autores le fue desconocido en el juicio de sucesión de Francisco Sarria Tobar, a lo que agrega que él no es poseedor material de la referida finca, en todo ni en parte, por lo cual no puede restituír el derecho a él cedido, que es cosa incorporal, como tampoco los frutos civiles de lo que no ha estado en su poder. Concluye, por tanto, que la acción dirigida contra él es inepta y pide ser absuelto de ella.

Los demandados León Perczek, Zita Perczek de Lechter, Liz Perczek de Mintz, Lawrence L. Mintz, Abraham Lechter E., Edith Myriam Dornbusch de Perczek y Hersch Perczek; se opusieron a las pretensiones de los actores; aceptaron algunos hechos de la demanda, en parte con aclaraciones, y negaron otros. En fin a manera de excepciones perentorias propusieron las "de ineptitud sustantiva de la demanda, ineficacia de la sentencia de filiación natural invocada por los demandantes, colusión en el juicio de filiación natural en que recayó la sentencia invocada por los demandantes en su favor, ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandantes, cosa juzgada, petición de lo no debido y la que resulte de cualquier hecho que aparezca acreditado de autos...".

Las demandadas Francia Helena y América Ospina S., notificadas, guardaron silencio.

La primera instancia del juicio culminó con fallo que no se transcribe aquí por encontrarse relacionado, según se verá, en el de segunda instancia y que es materia del presente recurso extraordinario.

Por virtud de apelación interpuesta por los demandados, a excepción de Francia Helena y América Ospina S. y de Jorge Enrique Velasco, tramitóse el segundo grado del juicio, en el que recayó la sentencia cuya parte resolutiva reza: *"resuelve:*

"Reformar la sentencia de 24 de enero de 1964, dictada por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali en la forma siguiente:

"Primero.- Confirma el punto Primero que dice: 'Declárase que los señores Armando Holguín, Ramiro Holguín, Francisco José Holguín y Alvaro Tulio Holguín, de las condiciones civiles consignadas en el cuerpo de esta providencia, tienen el carácter de herederos legitimarios de Francisco Sarria Tobar con una cuota para cada uno equivalente a la sexta parte de la herencia'. Y adiciona este punto en el sentido de declarar que el doctor Luis Castellanos Arboleda, mayor y vecino de Cali es subrogatario del cuarenta (40%) por ciento de los derechos herenciales correspondientes a los señores Armando Holguín, Ramiro Holguín, Francisco José Holguín y Alvaro Tulio Holguín, como herederos legítimos del doctor Francisco M. Sarria Tobar.

"Segundo.- Revoca el punto segundo que es del siguiente tenor: 'Decrétase la reforma de la cuenta de partición presentada por el doctor Joaquín Navia Belalcázar, acomodándola a los hechos declarados en el punto anterior'. En su lugar resuelve: Los mismos demandantes tienen derecho en la proporción legal anotada, y el cesionario del cuarenta (40%) por ciento de tales derechos herenciales, doctor Luis Castellanos Arboleda, sobre los bienes que fueron adjudicados a título de herencia a los señores Abraham Lechter E., Zita Perczek de Lechter, Lawrence L. Mintz, Liz Perczek de Mintz, Edith Dornbusch de Perczek, León Perczek y Hersch Perczek, en la partición de la herencia del doctor Francisco M. Sarria Tobar, aprobada y registrada en el juicio mortuorio del mismo, juicio

que cursó en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira y que se protocolizó por escritura número 1642 de 6 de octubre de 1961 de la Notaría 2a. del Circuito de Palmira, registrada en el libro 2, Tomo 84, Partida No. 484 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Palmira.

"*Tercero.*- Adiciona el punto *tercero* en el sentido de condenar a los señores Abraham Lechter E., Zita Perczek de Lechter, León Perczek y Hersch Perczek de las condiciones civiles ya conocidas, a restituir a los demandantes en la proporción indicada en el punto primero, y al subrogatario del cuarenta por ciento (40%) de tales derechos, doctor Luis Castellanos Arboleda, y una vez ejecutoriada la sentencia, el bien que poseen u ocupan, esto es, la parte que les fue adjudicada a título de herencia en la sucesión del Dr. Francisco M. Sarria T.,en la hacienda"Holanda", ubicada en jurisdicción del Municipio de Pradera de este Departamento, con cabida de doscientas ochenta (280) fanegadas más o menos, casa de habitación en mal estado, una enramada de ladrillo, potreros de pasto artificial y algunos otros cultivos, y alinderada así: Norte el camino que conduce de Pradera a Candelaria; Sur y Oriente la hacienda "Castilla" de propiedad del doctor Hernando Caicedo, y Occidente, predio del doctor Carlos Blum Caicedo.

"*Cuarto.*- Adiciona el punto *cuarto*, en el sentido de condenar a los demandados nombrados en el punto anterior, como poseedores de buena fe, a restituir a los demandantes y al cesionario del cuarenta por ciento (40%) de los derechos herenciales que corresponden a los demandantes, una vez ejecutoriado este fallo, y de acuerdo con lo prescrito en el art. 962 del C. C., los frutos naturales y civiles que hubiere podido producir, a partir de la contestación de la demanda, el mismo bien antes relacionado, en la proporción indicada en el punto primero, frutos cuyo monto se fijará en la forma prevenida por el art. 553 del C. J.

"*Quinto.*- Confirma el punto *quinto*, por el cual se absuelve al doctor Jorge Enrique Velasco de condiciones civiles conocidas, de todos los cargos que le fueron formulados.

"*Sexto.*- Confirma los puntos *sexto* y *séptimo* en los cuales se dispone la inscripción de la sentencia, una vez ejecutoriada, en el libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Palmira; y condena en costas de primera instancia a los demandados en el presente juicio.

"*Séptimo.*- Absuelve a los demandados de las peticiones contenidas en las letras D) y E) del libelo de demanda, en que se solicita la reforma de la cuenta de la partición presentada en el juicio mortuorio del doctor Francisco M. Sarria T. y aprobada por providencia de fecha 21 de septiembre de 1960; y se solicita que se ordene al partidor que se designe, que forme las hijuelas de los demandantes, adjudicándoles la cuota que debía corresponderles en el bien de la sucesión del doctor Francisco M. Sarria Tobar, o sea en la hacienda denominada "Holanda"; y de la "Petición Formal" de declarar rescindida la cuenta de partición presentada en el juicio mortuorio del doctor Francisco M. Sarria T.

"*Octavo.*- Sin costas en esta instancia".

LA MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Después del prolijo recuento del desarrollo del juicio, precisa el sentenciador que el tema *sub lite* está circunscrito al examen de las acciones de petición de herencia, restitución de bienes, reforma de la partición, rescisión de la misma y restitución de frutos, acumuladas por la parte actora en su libelo.

Con cita del art. 1321 del C.C., y de jurisprudencia de la Corte, declara que los elementos axiológicos de la acción petitoria de herencia, cuya prueba compete al actor, son: su calidad de heredero y la posesión de la herencia por el demandado, al mismo título.

En cuanto al primero de tales elementos, verifica el fallo acusado que los actores Holguines acreditaron ser hijos naturales de Francisco Sarria Tobar, cuya herencia se litiga, mediante copia de la sentencia proferida por el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Palmira el 8 de septiembre de 1960 en el juicio ordinario promovido por aquellos contra Francia Helena y América Ospina Sarria, demandadas también entonces en su condición de hijas naturales y herederas declaradas del mismo causante según fallo del 10 de julio de 1953, proferido por el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira y confirmado por el Tribunal Superior de Cali.

En este punto aboca el Tribunal el examen de la posición asumida por la parte demandada en el presente juicio frente a la eficacia de la sentencia que declaró a los Holguines hijos naturales del nombrado Sarria Tobar, consistente en que Francia Helena y América Ospina no eran contradictoras legítimas en el juicio de filiación propuesto por los Holguines, por haber ce-

dido ellas sus derechos herenciales al doctor Hernán Copete, según escritura 538 otorgada en la Notaría 2a. de Palmira el 28 de abril de 1953, derechos que posteriormente pasaron a los Perczek, Lechter y Mintz demandados en este proceso; en que los mismos Holguines, habían promovido con anterioridad otro juicio de filiación natural respecto de Francisco Sarria Tobar, en el cual resultaron vencidos, según sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali y mantenida por la Corte Suprema de Justicia; en que en el juicio últimamente aludido intervinieron las nombradas Ospinas como hijas naturales y herederas de Sarria, "lo que significa que la sentencia adversa a los Holguines, que tiene el sello de cosa juzgada, favoreció a la sucesión demandada del Dr. Francisco M. Sarria Tobar, y a quienes intervinieron en dicho juicio, como parte demandada, o sea a los hermanos legítimos del causante y a los hijos naturales de éste".

Al respecto el Tribunal verifica la existencia de las siguientes pruebas: copia de la escritura 538 de 28 de abril de 1953 otorgada en la Notaría 2a. de Palmira, por la cual Francia Helena y América Ospina cedieron a Hernán Copete sus derechos herenciales en la sucesión de Francisco M. Sarria T.; copia de la escritura 3371 del 9 de julio de 1957, Notaría 2a. de Bogotá, con la que se protocolizó la sucesión de Hernán Copete y que contiene la hijuela del heredero Alvaro Copete Lizarralde, adjudicatario de los mencionados derechos herenciales; copia de la escritura 1787 del 3 de agosto de 1956, Notaría 1a. de Bogotá, por la cual Alvaro Copete Lizarralde vendió a Inés Alvarez de Sarria y Luis Enrique Valencia Sarria los mismos derechos hereditarios; copia de la escritura 1942 del 4 de agosto de 1956, Notaría 6a. de Bogotá, por la cual Inés Alvarez de Sarria y Luis Enrique Valencia cedieron los derechos de que se viene tratando a Guillermo Puertas Rosero; copia de la escritura 315 del 20 de marzo de 1958, por la cual el nombrado Puertas Rosero cedió finalmente esos derechos a Hersch Perczek, León Perczek, Zita Perczek de Lechter, Lawrence L. Mintz, Liz Perczek, Abraham Lechter y Edith Myriam Dornbusch de Perczek; copia de la escritura 1742 del 6 de octubre de 1961, Notaría 2a. de Palmira, con la que se protocolizó la sucesión de Francisco M. Sarria, en la que fueron reconocidos como subrogatarios de los derechos hereditarios de Francia Helena y América Ospina S. los cesionarios últimamente mencionados, quienes también fueron adjudicatarios de los bienes relictos correspondientes, según partición allí practicada y aprobada por sentencia del 21 de septiembre de 1960.

Declara el Tribunal que los medios anteriormente relacionados establecen plenamente que los demandados Perczek adquirieron, al través de sucesivas enajenaciones, los derechos de las herederas Francia Helena y América Ospina en la sucesión de Francisco Sarria. Pero, agrega, con cita de un tratadista y de jurisprudencia de la Corte, que las mencionadas cesiones de derechos patrimoniales no implicaron la cesión de la calidad de herederas que tenían dichas Ospinas. "Desde este punto de vista las señoritas Francia Helena y América Ospina tenían aptitud jurídica para representar a la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T. en el juicio ordinario de filiación propuesto por los señores Armando Holguín S., Ramiro Hernán Holguín S., Francisco José Holguín S. y Alvaro Holguín S. Es decir que la sentencia de filiación natural de 8 de septiembre de 1960, proferida por el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Palmira, en el juicio ordinario de filiación natural de los señores Holguín contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria, representada por las señoritas Francia Helena y América Ospina, fue dictada con intervención de contradictores legítimos".

Refiriéndose el Tribunal al primer juicio de filiación promovido por los Holguines contra los hermanos legítimos de Francisco M. Sarria, fallado en forma adversa a las pretensiones de aquéllos y en el que intervinieron las Ospinas, "haciendo valer su carácter de herederas", expresa el sentenciador que las pruebas aducidas por la parte demandada demuestran: que en dicho juicio el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 1o. Civil del Circuito de Palmira, en fallo del 25 de abril de 1956, reconoció a los actores Holguines como hijos naturales de Francisco Sarria Tobar y como herederos de éste, con derecho a sus bienes relictos y a intervenir en la sucesión del mismo; que tal fallo fue revocado por el Tribunal Superior de Cali el 7 de mayo de 1958, decisión esta que fue mantenida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de septiembre de 1961. Y seguidamente formula los siguientes comentarios al respecto:

"Debe observar la Sala que el primer juicio ordinario de filiación natural se tramitó y finalizó entre los señores Holguín, como parte actora, y la sucesión del doctor Francisco M. Sarria Tobar, representada por los hermanos legítimos señores Jorge Sarria Tobar, Esther Sarria de Valen-

cia e Isaura Sarria Tobar como parte demandada, porque entre tales partes se trabó la relación jurídico procesal. Si bien las señoritas Francia Helena y América Ospina, en su carácter de hijas naturales reconocidas del doctor Francisco M. Sarria Tobar, presentaron memoriales, interpusieron recursos, y el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira llegó hasta concederles el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, es lo cierto que ellas no fueron partes en el juicio ni hubo corrección de la demanda para incluirlas como demandadas, ni contestaron la demanda, es decir, que son extrañas a la sentencia dictada en el juicio de filiación natural, de los señores Holguín contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria Tobar, representada por sus hermanos legítimos. Desde este punto de vista, no habiendo formado parte las señoritas Francia Helena y América Ospina, herederas reconocidas del doctor Francisco M. Sarria, de la relación jurídico procesal en el juicio ordinario de filiación de los señores Holguín, contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T., representada por los hermanos legítimos, carece de fundamento jurídico el siguiente concepto que aparece en la parte final de la sentencia de 7 de mayo de 1958 proferida por el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil de Decisión.

"Por otra parte —dice la sentencia— si las razones anteriores no fueran bastantes para negar la acción incoada, existe en los autos una duda que debe ser resuelta en todo caso en favor de la parte demandada. Al efecto, si bien es cierto que cuando se promovió la demanda contra los señores Jorge, Esther e Isaura Sarria Tobar, eran los únicos herederos reconocidos del doctor Francisco M. Sarria Tobar en su calidad de hermanos legítimos, también lo es que con posterioridad a la fecha de la demanda resultan reconocidas como hijas naturales del causante las señoritas Francia Helena y María América Ospina "(fls. 100 vt.).

"Considera la Sala de Decisión que a pesar del reconocimiento de hijas naturales del doctor Francisco M. Sarria T. en favor de las señoritas Francia Helena y América Ospina, ellas fueron extrañas a la rélación jurídico procesal trabada en el juicio ordinario de filiación natural de los señores Holguín contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T. representada por sus hermanos legítimos Jorge, Esther e Isaura Sarria Tobar. Y no siendo partes en el juicio expresado, no existía razón jurídica para que se hubiera tomado en consideración el hecho de haber sido ellas reconocidas como hijas naturales del doctor Sarria T., con posterioridad a la contestación de la demanda en el juicio expresado...

"De acuerdo con lo expuesto, considera la Sala que la primera sentencia relativa al reconocimiento de los señores Holguín como hijos naturales del doctor Francisco M. Sarria T., proferida en forma favorable por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, con fecha 25 de abril de 1956, revocada por el Tribunal Superior de Cali, Sala de Decisión, el 7 de mayo de 1958, y no casada por la Corte Suprema de Justicia, no funda la excepción de cosa juzgada contra la sentencia de 8 de septiembre de 1960, dictada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Palmira, en el juicio de filiación natural adelantado por los señores Armando Holguín S., Ramiro Holguín, S. Francisco José Holguín S. y Alvaro Tulio Holguín contra la sucesión del doctor Francisco M. Sarria T., representada por la señorita (sic) Francia Helena y América Ospina S., herederas reconocidas del causante mencionado.

"Carece, pues, de fundamento la oposición del apoderado de los demandados contra el título aducido por el apoderado de los actores para demostrar que sus poderdantes son hijos naturales reconocidos del doctor Francisco M. Sarria T.".

En lo que toca con el segundo de los elementos axiológicos de la acción de petición de herencia, o sea el de ser los demandados ocupantes actuales de la misma, el Tribunal lo encuentra establecido por confesión de los demandados Perczek, Lechter y Mintz en la contestación de la demanda y por otros medios, tales como una certificación del Registrador de Instrumentos Públicos de Palmira y una inspección ocular practicada en este juicio.

De lo anteriormente expuesto concluye el Tribunal que es fundada la acción de petición de herencia incoada por los actores contra los últimos cesionarios a que se acaba de aludir, relativa a los derechos hereditarios de Francia Helena y América Ospina en la sucesión de Francisco Sarria Tobar, y que, por consiguiente, es el caso de declarar "que aquellos son herederos concurrentes con dichas Ospinas que por partes iguales, o sea cada uno de ellos con una cuota equivalente a una sexta (1/6) parte de todos los bienes que forman la universalidad de la sucesión del doctor Francisco M. Sarria Tobar".

Examinada la acción de restitución de bienes, dice el fallo que dicha acción es consecuencial de la de petición de herencia, por lo cual los demandados, quienes son subrogatarios de los

derechos herenciales de Francia Helena y América Ospina, no teniendo derecho sino a dos sextas partes del patrimonio relicto, deben restituir las otras cuatro sextas partes a los actores Holguines. Pero, advierte que para los efectos de tal restitución no es el caso de ordenar la reforma de la partición y, menos aún, la rescisión de la misma, porque, no habiendo sido los actores partes en el juicio de sucesión de Sarria Tobar, tal partición no les es oponible, o sea que su derecho en los bienes que componen la herencia se satisface con el solo reconocimiento del mismo y su inscripción registral. De lo dicho deduce el Tribunal que el sentenciador de primer grado incurrió en error al decretar la reforma de la partición impetrada por los actores.

En cuanto a la acción de restitución de frutos, el fallo califica a los demandados como poseedores de buena fe y por ende, obligados a la restitución de dichos frutos en la cuantía en que se hubieran podido producir a partir de la contestación de la demanda.

Advierte también el Tribunal que, en su fallo reformatorio del de primer grado, debe reconocerse la cesión del cuarenta por ciento (40%) de los derechos herenciales que reclaman los actores en este juicio, por virtud de la cesión que estos le hicieran a aquel y que se encuentra establecida en los autos.

Por último, el fallo acusado analizà, para desecharlas, las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada. Las de ineptitud sustantiva de la demanda, ineficacia de la sentencia que declaró la filiación natural de los actores, ilegitimidad sustantiva de estos, cosa juzgada y petición de lo no debido, por las razones anteriormente expuestas en relación con la legalidad de la sentencia dictada por el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Palmira el 8 de septiembre de 1960, en el juicio de filiación natural adelantado por los Holguines frente a las hijas naturales de Francisco Sarria Tobar, Francia Helena y América Ospina, respecto de las cuales el Tribunal insiste en que ellas tenían la calidad de "legítimas contradictoras" en dicho juicio por conservar la condición de herederas de su padre, pese a la cesión que le hicieran de sus derechos hereditarios a Hernán Copete, como también por las razones igualmente expuestas antes, según las cuales el fallo proferido en el primer juicio de filiación natural de los Holguines frente a los hermanos legítimos del presunto padre Sarria Tobar, y en el cual también intervinieron las Ospinas, una vez reconocidas como herederas de dicho Sarria Tobar, carecían del vigor de la cosa juzgada en relación con el segundo juicio de filiación natural de los Holguines, el que sí les fue próspero. Tampoco encontró el Tribunal acreditada la colusión entre los Holguines y las Ospinas en este segundo juicio, igualmente alegada en el presente a manera de excepción.

LA IMPUGNACION

Interpuesto el recurso extraordinario por los demandados, a excepción de Francia Helena y América Ospina y de Jorge Enrique Velasco, fúndase en libelo que contiene dos cargos en la órbita de la causal primera, de los cuales se despacha el segundo llamado a prosperar.

En esta denuncia "violación de los arts. 473 a 475 del C. P. C., por infracción directa, así como del 404 del C. C. por el mismo concepto, y de los arts. 8 y 20 de la Ley 45 de 1936, 401 a 403 del C. C. y 1321 a 1324 ibídem, por aplicación indebida".

El alcance de la censura se puntualiza en las siguientes consideraciones que así se resumen y, en parte, se transcriben para mayor fidelidad.

Evoca el censor los antecedentes para precisar que los actores Holguín, con unos mismos propósitos, han adelantado tres juicios sucesivos, a saber: a) el primero enderezado contra los hermanos legítimos de Francisco Sarria Tobar y con el objeto de obtener aquellos la declaración de ser hijos naturales de este último y, consecuencialmente, herederos del mismo con mejor derecho que los demandados; a tal litigio fueron llevadas, por solicitud de los actores y antes del fallo de la primera instancia, Francia Helena y América Ospina, por haber estas logrado su reconocimiento como hijas naturales y herederas del nombrado Sarria Tobar y la exclusión de los hermanos legítimos de este en la respectiva causa mortùoria; desde entonces dichas Ospinas afrontaron la litis, oponiéndose a las pretensiones de los actores hasta el punto de recurrir el fallo estimatorio del juzgado y de lograr su revocatoria por el Tribunal *ad quem*, mediante sentencia totalmente absolutoria que quedó en firme por no haber prosperado el recurso de casación contra ella interpuesto por dichos actores; "además, —dice el censor— que en el mismo proceso intervino como coadyuvante de los demandados el inicial cesionario de la herencia de aquéllas, en forma tal que la absolución favoreció a uno de los hermanos Sarria, a las Ospinas y al Dr. Hernán Copete, y por ende a

los causahabientes de este, cuya adquisición ocurrió con posterioridad a la sentencia desestimatoria en firme, sobre derechos inexpugnables"; b) antes de sobrevenir el fallo definitivo en el juicio que se viene de relacionar, los actores Holguín, aduciendo la misma *causa petendi* fundada en relaciones sexuales, notorias y estables entre su madre y el presunto padre, y la posesión notoria de aquellos como hijos naturales de este, incoaron un nuevo juicio, esta vez dirigido contra las Ospinas y reducido a la pretensión de estado, vale decir, a la de que los actores fueran declarados hijos naturales de Francisco Sarria Tobar frente a las demandadas, quienes "por descuido o por complacencia" no propusieron medio alguno de defensa, por lo cual este segundo juicio terminó con sentencia estimatoria de primer grado, contraria a la del juicio anterior que había negado la pretendida filiación natural de los actores; y c) en fin, provistos estos de su declaración de estado, iniciaron el tercer juicio, o sea el presente, en el que han revivido sus pretensiones hereditarias tocantes con la sucesión de Sarria Tobar, frustradas por virtud del fallo definitivo dictado en el primer juicio, pretensiones que hoy quieren hacer valer contra los causahabientes de los derechos hereditarios de las Ospinas y, esgrimiendo, contra ellos ese reconocimiento de estado civil declarado en juicio respecto del cual los mismos son completamente extraños.

Con la advertencia de que la excepción de cosa juzgada ha sido reiteradamente sustentada por los demandados desde la iniciación de este proceso, el recurso, con invocación de la doctrina y la jurisprudencia, comenta la referida institución sustancial: "La cosa juzgada se caracteriza por la seguridad y estabilidad que imprime al fallo ejecutoriado y no revisable, que así adquiere plena solidez, para transmitirla a las relaciones jurídicas; es una medida política o 'una directriz jerárquica categórica o un principio superior de imperio' que garantiza a los particulares la firmeza de los derechos que han adquirido o han definido judicialmente; es pues norma siliar de derecho que da confianza a los miembros sociales. De ahí la invalidez de lo actuado en contra de lo que se decidió ya y, de contera, su ineficacia frente a quienes habiendo adquirido contemplada la situación asegurada, no son llamados al nuevo juicio, donde se soslayó o a hurtadillas se pretende crear situaciones *ad hoc* para sorprenderlos luego".

Refiriéndose al ámbito personal del que se predica la relatividad de la cosa juzgada, expresa la censura: "Precisa es la advertencia de que partes, en su sentido procesal, a quienes vincula la cosa juzgada y, ante todo los aprovecha, no son sólo los demandantes y demandados o sus genuinos sustitutos o sucesores universales, o los particulares llegados con posterioridad a la notificación de la demanda o a su inscripción en el competente registro (C. P. C. 474), sino también los terceros intervinientes como litis-consortes o coadyuvantes, partes indirectas, sujetos jurídicamente interesados en la litis. Y es que si así no fuera, carecería de sentido y se tornaría en inútil y contraproducente la intervención de ellos, prevenida expresamente en nuestro ordenamiento por el art. 233 C. P. C. Pues si ese tercero es admitido por cuanto 'la sentencia, conforme a la ley, le puede aprovechar o perjudicar' y sobre tal supuesto obra, mal pudiera luego ser tenido como ente ajeno a la relación procesal, extraño a sus resultados, a quien, según el sentido de estos habría que demandar nuevamente o podría enjuiciársele luego, como si nada hubiera acontecido y no existiera en autos pleno rastro de su intervención activa y responsable".

Con tales preámbulos, el recurso critica la actitud del Tribunal sentenciador, en cuanto consideró que en el primero de los juicios instaurados por los actores Holguín, las Ospinas no figuraron como demandadas, habiéndose mantenido por tanto como extrañas a la relación jurídico-procesal de entonces y a los efectos de la providencia definitiva allí dictada, al extremo de serles factibles a aquellos promover nuevamente el litigio contra estas. Apoyándose en la opinión de procesalistas, entre ellos el que el Tribunal cita de modo incompleto, según lo puntualiza el censor, expresa este: "Podría aceptarse que un fallo negativo de un estado que se procuraba definir con audiencia sola de herederos putativos no aprovecha a los herederos reales llegados en el interín que no concurrieron al juicio; pero es del todo inadmisible que pueda hacerse prescindencia de él frente a quienes dentro de estos se hicieron presentes en el litigio, incluso a solicitud de los peticionarios, hicieron valer sus derechos, tuvieron oportunidad cabal de defensa y actuación coronada de éxitos. El tercero bien puede en forma espontánea, decidir si participa o no en el juicio, desde que su presencia no sea necesaria, como también acoger o rehusar el llamado del contendor para que se apersone; por ello se vincula o no a su guisa y, caso de hacerlo, asume las consecuencias de su intervención, toma el proceso en el estado en que se encuentra y deriva de él los efectos

que correspondan a la índole de la decisión y de su interés o nexo...".

Respecto de la eficacia de las sentencias estimatorias en los juicios de filiación natural, recuerda la censura la reiterada jurisprudencia fundada en la ley, así: "En la vida del padre la acción tiene caracteres básicamente personales y familiares, con repercusión inmediata en el parentesco y el derecho alimentario, y remota en la herencia por venir. Por ello y debido a que el imputado es la primera persona llamada a tener oportunidad de controvertir la sindicación, es él parte demandada forzosa, y el estado que así se declaró y constituyó adquiere relevancia universal en sus ámbitos personal y económico. En cambio, si la demanda se propone muerto aquel, su significación asume aspecto predominantemente patrimonial, ante todo hereditario como lo ha destacado finamente la Corte en las providencias reseñadas arriba, que si bien no desnaturalizan la esencia personal del juicio de estado, hacen que la calidad personal no tenga repercusiones patrimoniales sino a cargo de quienes fueron demandados en el juicio, cancelándose la excepcional eficacia general del fallo, en lo que hace a dicha materia...

"En cuanto al influjo del segundo fallo de estado que se produjo sin que se hubiera aducido por la defensa la excepción de cosa juzgada es menester la distinción entre sus alcances sobre las Ospinas y los que pueda tener delante de los demás. Si ellas por olvido o por conveniencia no esgrimieron el argumento y no aportaron las pruebas al canto, allá ellas, que dentro de su órbita puede bien aplicarse la tesis de la purga de la nulidad o la idea de que sentencia come sentencia. Pero sin que su descuido o su colusión puedan comprometer la situación de los demandados restantes en este juicio, ellos sí terceros, a quienes la nueva cosa juzgada es doblemente inoponible, primero porque no fueron citados ni intervinieron en el segundo juicio... y, en segundo término, porque a ellos favorece la cosa juzgada inicial y frente a ellos no se ha purgado la nulidad de la actuación contraria a lo decidido, firme, definitivo e inmodificable".

Remata el cargo, puntualizando la violación por el sentenciador de los arts. 473 a 475 del C. J. y 404 del Civil, por cuanto este sostuvo no haber cosa juzgada en el primer litigio de los Holguín respecto de las Ospinas, no obstante aceptar su intervención en él, sobre la base de que la cosa juzgada no beneficia sino a demandante y demandado personalmente, concepto este que también conllevaría errónea interpretación del art. 474 del Código primeramente citado, y colateralmente la de los arts. 7o. de la Ley 45 de 1936 y 401 a 403 del C. C. También resultarían quebrantados, por falta de aplicación, los arts. 401 a 403 y 1321 a 1324 del C. C., por habérsele atribuído efectos patrimoniales contra los actuales demandados al segundo fallo de los Holguín contra las Ospinas, calificadas en este por el sentenciador como "legítimas contradictorias", y ello pese a que dichos demandados estaban amparados por la cosa juzgada anterior y a no haber participado en ese otro segundo juicio; de donde se decretó contra los mismos la restitución de la cuota hereditaria pretendida por los actores, con frutos y anexidades.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Efectivamente, informan los autos los siguientes hechos que constituyen los hitos principales en el desarrollo de la situación *sub lite* bien calificada de compleja por el recurso.

1. Fallecido Francisco Sarria Tobar, en su causa mortuoria, abierta el 8 de abril de 1949 en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira, fueron inicialmente reconocidos como herederos sus hermanos legítimos Jorge Sarria, Esther Sarria de Valencia e Isaura Sarria;

2. Francia Helena y América Ospina adelantaron en el mismo Juzgado 2o. Civil del Circuito de Palmira un juicio ordinario contra los nombrados hermanos legítimos de Francisco Sarria Tobar, en orden a obtener que aquellas fueran declaradas hijas naturales de este y, consecuencialmente, únicas herederas del mismo. Este juicio terminó con sentencia proferida por el dicho Juzgado del conocimiento, datada el 10 de julio de 1953, en la cual se despacharon favorablemente las pretensiones de las actoras; y quedó en firme.

3. El 27 de abril de 1949, Armando, Ramiro Hernán, Francisco José y Alvaro Tulio Holguín propusieron, ante el Juzgado 1o. Civil del Circuito de Palmira y también contra los nombrados hermanos legítimos de Sarria Tobar, otro juicio ordinario igualmente encaminado a obtener la declaración de aquellos como hijos naturales de este y con derecho a recibir su herencia, juicio que, como se verá, fue fallado adversamente a los actores.

4. Estando en curso la primera instancia del juicio últimamente aludido, o sea el de los Hol-

guín, sobrevino la ya mencionada sentencia del 10 de julio de 1953 que declaró a Francia Helena y América Ospina como hijas naturales y herederas de Francisco Sarria y que determinó que ellas fueran reconocidas como tales en la causa mortuoria de este, con mejor derecho que los hermanos legítimos del mismo, según auto del 15 de septiembre de 1954;

5. En tales circunstancias, los Holguín solicitaron que dichas Ospinas fueran citadas a su juicio de filiación y petición de herencia, hasta entonces adelantado por aquellos contra los hermanos legítimos de Francisco Sarria. El Juez del conocimiento accedió a esta petición de los actores, mediante auto del 4 de marzo de 1955, en el cual ordenó la notificación a las Ospinas. Surtida esta el 1o. de febrero de 1956, ellas nombraron apoderado que las representase en el juicio y, desde entonces, participaron en el mismo como opositoras a las acciones incoadas por los Holguín. En efecto: el 25 de abril de 1956, el Juez del conocimiento dictó fallo de mérito, en el cual despachó favorablemente las pretensiones de dichos actores Holguín relativas a la declaración de ser hijos naturales de Sarria Tobar y de sus consiguientes derechos hereditarios respecto del mismo; contra este pronunciamiento se alzaron las Ospinas el 7 de mayo de 1956. El día 29 del mismo mes y año les fue concedido el recurso de apelación que abrió el segundo grado del juicio, el que terminó con la sentencia proferida el 7 de mayo de 1958 por el Tribunal Superior de Cali, mediante la cual se revocó la del Juez *a quo* y, en su lugar, se desestimaron las súplicas de los actores Holguín, o sea que el recurso de las Ospinas prosperó plenamente. Este pronunciamiento del Tribunal fue mantenido por la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación del 25 de septiembre de 1961.

6. Producido ya el fallo de segunda instancia mencionado en el numeral anterior, adverso a los Holguín y recurrido en casación por estos, promovieron los mismos, el 6 de julio de 1959, antes del respectivo pronunciamiento de la Corte, un segundo juicio de filiación, esta vez dirigido contra las nombradas Francia Helena y América Ospina, como herederas del presunto padre, y en el cual solamente incoaron dicha acción de estado: la encaminada a obtener la declaración de ser los actores hijos naturales de Francisco Sarria T; esta acción prosperó en la sentencia dictada por el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 1o. Civil del Circuito de Palmira, datada el 8 de septiembre de 1960 y en la cual observa el fallador: "Los únicos que pudieron oponerse a la declaratoria de filiación natural, callaron a todo lo largo y ancho del mismo. Con su actuación pasiva seguramente han querido relievar su asentimiento en el derecho de los demandantes". Nótase que esta sentencia, pronunciada antes de que fuera decidido el recurso de casación interpuesto por los Holguín en su primer juicio de filiación natural y petición de herencia, no fue objeto de recurso y, por ende, quedó ejecutoriada.

7. Premunidos de este fallo de estado, los Holguín, también antes de la sentencia definitiva de su primer juicio de filiación, propusieron el presente de petición de herencia y otros extremos contra Hersch Perczek y otros, mediante libelo presentado el 28 de julio de 1961, contestado por el apoderado de dichos demandados el 15 de diciembre del mismo año, después de proferido por la Corte el antes aludido fallo definitivo en el primer juicio de los Holguín, contestación en que, por esto último, se postula la excepción perentoria de cosa juzgada.

8. Los aquí demandados, León Perczek, Zita Perczek de Lechter, Liz Perczek de Mintz, Abraham Lechter, Edith Myriam Dornbusch de Perczek, Hersch Perczek y Jorge Enrique Velasco han sido citados al presente juicio como ocupantes de la herencia en su condición de causahabientes de los derechos hereditarios de Francia Helena y América Ospina en la sucesión de su padre natural Francisco Sarria Tobar, condición derivada así: dichos demandados, a excepción de Jorge Enrique Velasco, adquirieron esos derechos por cesión que les hizo Guillermo Puertas Rosero, mediante escritura pública 315 otorgada en la Notaría 1a. de Buga el 20 de marzo de 1958; Puertas los adquirió por cesión de Inés Alvarez de Sarria y Jorge Enrique Valencia, según escritura 1942 otorgada en la Notaría 6a. de Bogotá el 4 de agosto de 1956; estos los adquirieron por cesión de Alvaro Copete Lizarralde, mediante escritura 2787 otorgada en la Notaría 1a. de Bogotá el 3 de agosto de 1956; Alvaro Copete los adquirió por adjudicación en la sucesión de su padre Hernán Copete, según partición registrada el 12 de septiembre de 1956 y protocolizada en la Notaría 2a. de Bogotá con escritura 3371 del 9 de julio de 1957; y Hernán Copete adquirió por cesión de Francia Helena y América Ospina, según escritura 358 otorgada en la Notaría 2a. de Palmira el 28 de abril de 1953. La condición del demandado Jorge Enrique Velasco carece de interés en el recurso. Los últimos causahabientes de los derechos hereditarios de las

Ospinas, demandados en el presente juicio, fueron reconocidos como tales en la mortuoria de Francisco Sarria Tobar el 20 de octubre de 1958 y fueron también los adjudicatarios de los bienes de dicha sucesión, según informa la escritura de su protocolización otorgada en la Notaría 2a., de Palmira el 6 de octubre de 1961, bajo el número 1642.

II.- Los anteriores hechos así relacionados y trascendentes en este recurso extraordinario, en cuanto el cargo que se examina los confronta con la institución de la cosa juzgada y sus efectos, en especial respecto de los juicios de filiación, impone algunas breves consideraciones doctrinarias relativas a las reglas y principios que gobiernan la institución aludida.

III.- Sabido es que los fallos judiciales constituyen en el derecho positivo normas particulares, dotadas del imperio que es propio de toda ordenación jurídica, pero modalizado este por la incidencia que en tal imperio tiene el postulado de la relatividad, característico de esas normas particulares en cuanto están llamadas a regir en un ámbito personal restringido.

Reza el art. 473 del C. J. que "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes...". Enuncia este texto legal, en primer término, la imperatividad de los fallos judiciales traducidas por las clásica fórmula lapidaria, según la cual *la cosa juzgada es verdad inconcusa (res judicata pro veritate tenetur),* como también enuncia el efecto principal de esa imperatividad, que consiste en quitarle toda validez a cualquier pronunciamiento posterior en contrario, asegurando así, al decir de los jurisconsultos romanos, la estabilidad del orden social *(status reipublicae).* Y, en segundo término, el propio texto legal consagra el principio de la relatividad de los fallos, propia de su particularidad, y que consiste en reducir el imperio de dichos fallos al círculo determinado de las partes entre las que se generan y cuya situación definen. Parodiando la máxima latina que traduce la relatividad de los actos jurídicos, de los fallos judiciales se dice que estos tampoco aprovechan ni perjudican a los terceros *(res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest),* que es lo signicado por el texto que se comenta al referir la ineficacia de los fallos posteriores al asunto o materia del primeramente dictado y a quienes fueron partes en el juicio por este decidido.

IV.- Pero, el aspecto últimamente tratado, o sea el de la relatividad de la cosa juzgada, merece mayores precisiones también contempladas por nuestra ley. La fórmula que expresa dicha relatividad no puede ser tomada literalmente para hacerle decir, con criterio simplista, que el imperio de la cosa juzgada sólo puede afectar a las personas que directamente o por procuración hayan intervenido en el juicio. De un lado hay que recordar que ciertas sentencias, como las que definen las cuestiones de paternidad o maternidad, cuando han sido pronunciadas entre legítimos contradictores, calificativo este que se predica exclusivamente respecto del padre o la madre frente al hijo, o de este frente a aquellos, producen efectos *erga omnes* en lo tocante con todas las consecuencias que dicha paternidad o maternidad, o su impugnación, acarrean, según lo preceptuado por los arts. 401 y s.s. del C. C. Y, de otro lado, el estatuto procesal civil también se encarga de definir el régimen general del vigor normativo y de la relatividad de los fallos judiciales. El art. 474 del mencionado estatuto declara: "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera, y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o la notificación de esta, si de muebles. Hay también identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles". De esta suerte queda legalmente definido, entre otros puntos, que la cosa juzgada sí puede proyectar su fuerza vinculatoria sobre quienes no han intervenido en el juicio y hasta pueden ignorar su existencia, como los causahabientes de las partes así identificados jurídicamente con estas.

V.- En este punto importa aclarar que la identificación jurídica que hace la ley entre las partes en un juicio y sus causahabientes singulares, condicionada a que el título adquisitivo de estos sea posterior al registro o a la notificación de la demanda, según el caso, sólo tiene el alcance de extender la eficacia de la cosa juzgada, en toda su plenitud, a dichos causahabientes, quienes así sufren o aprovechan todas las consecuencias derivadas del fallo. Pero ello no significa que los causahabientes de tal clase con título anterior a esas condiciones legales no

puedan reportar provecho, si se quiere indirecto, de la cosa juzgada que posteriormente favorezca a su autor.

El postulado de la relatividad que se predica de todas las normas particulares, como lo son actos jurídicos celebrados en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los fallos judiciales, las resoluciones administrativas que versen sobre situaciones subjetivas individuales, etc., se funda en la naturaleza específica de dichas normas, concretamente en el reducido ámbito personal en que estas se generan y rigen. Así las determinaciones de dicho postulado guardan paralelismo en todo su campo de acción, vale decir, el de las referidas normas particulares. Así en tratándose de los actos jurídicos, se dice que estos no aprovechan ni perjudican a terceros (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest).* Pero, en este terreno también se ofrece la identidad jurídica entre los partícipes en el acto y sus causahabientes a título universal o herederos, y entre aquellos y sus causahabientes a título singular. Estos últimos, como su denominación lo indica, adquieren de su autor un derecho singular, propiedad, crédito, derecho real de herencia, etc. (*habent causam auctoris propter rem singulam),* y lo adquieren en la situación jurídica que este tenga al tiempo de la transmisión: con todos los aumentos y beneficios logrados por sus titulares anteriores, como las mejoras y las servidumbres activas de los predios, y con todos los gravámenes y disminuciones impuestos por ellos, como las hipotecas y las servidumbres pasivas. Quiere esto decir que los actos del causante sí aprovechan o perjudican plenamente a sus causahabientes a título singular, con dos condiciones: que estos actos sean *anteriores* a la adquisición por el causahabiente y que se refieran al contenido del derecho singular en causa (*propter rem singulam).* Por el contrario, los actos *posteriores* del causante, como la imposición de una hipoteca sobre el inmueble ya vendido por él son *inoponibles* al causahabiente comprador. Sin embargo, en ciertos casos estos actos *propter rem* del causante, aunque posteriores al momento indicado, sí pueden aprovechar al causahabiente a título singular, cual sucede con los actos que sanean los vicios anteriores a la adquisición de este. Así, la ratificación del título viciado de un antecesor o la adquisición por este de la titularidad del derecho que hubiera transferido a *non domino,* aunque posteriores, consolidan o sanean el derecho del causahabiente y, por ende, lo benefician.

En el mismo orden de ideas: si bien la cosa juzgada es *inoponible* al causahabiente singular, cuyo título de adquisición sea anterior a la iniciación del litigio, por lo cual aquel ha debido ser citado al debate sobre tal derecho, es igualmente cierto que el fallo favorable al causante y relativo a su propio título sobre el mismo derecho sí aprovecha a ese causahabiente. Por ejemplo, la sentencia que declara válida o irresoluble la compra hecha por el causante, o la que niega frente a este el pretendido derecho hereditario de un tercero, sí aprovecha a los causahabientes de ese antecesor que ha participado en el juicio. Ni contra este ni contra aquel puede el mismo adversario revivir el litigio por la misma causa y sobre el mismo objeto.

VI.- Concretando los preindicados criterios al caso *sub lite,* tiénese que los Holguín adelantaron, primeramente contra los hermanos legítimos de Francisco Sarria Tobar, un juicio enderezado a obtener la declaración de ser los actores hijos naturales del nombrado Sarria Tobar, como también la de ser titulares de mejor derecho sobre la herencia de este que habiendo sido reconocidas Francia Helena y América Ospina como hijas naturales y herederas del mismo causante, estando en curso el mencionado juicio de los Holguín, estos le solicitaron al Juez del conocimiento la citación de aquellas que dicho Juez accedió a este pedimento; y que, notificadas las Ospinas, ellas se allanaron a participar en el juicio sin reclamación alguna, alineándose en la oposición a las pretensiones de los actores, hasta el punto de que, habiendo obtenido estos sentencia favorable de primera instancia, fue apelada por las Ospinas, recurso que les fue concedido y prosperó, pues, el Tribunal *ad quem* revocó esa sentencia, resultando desestimadas por igual las acciones de los Holguín, pronunciamiento este que no fue infirmado en el posterior recurso de casación y que así quedó amparado con el sello de la cosa juzgada que impedía cualquiera otra decisión en contrario sobre el mismo objeto, por la misma causa y respecto de las Ospinas.

VII.- Sin embargo, el Tribunal sentenciador en el presente juicio llegó a la conclusión contraria, o sea a la de que la eficacia del precitado fallo no cobijaría a las nombradas Ospinas, y ello con fundamento en las siguientes consideraciones: que la relación jurídico-procesal desatada en ese fallo se trabó entre los actores Hol-

guines y los Sarrias, demandados como hermanos del presunto padre; que las Ospinas fueron llevadas irregularmente a ese juicio, como quiera que no hubo corrección de la demanda, para incluirlas entre los reos citados inicialmente; que igualmente fue irregular la actuación de los juzgadores al permitirles a dichas Ospinas intervenciones tales como la de alzarse contra la sentencia del primer grado; que el Tribunal que conoció de la segunda instancia, así surtida irregularmente, también erró al atribuirles a aquellas legitimación pasiva por el hecho de haber sido reconocidas como hijas naturales de Sarria Tobar.

Vese, pues, que el fallo acusado, para desechar la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por los demandados con fundamento en la existencia de otro fallo ejecutoriado en que se desestimó la acción de petición de herencia también propuesta en el presente juicio contra las Ospinas y sus causahabientes a título singular, tuvo que hacer una incursión manifiestamente indebida en aquel proceso así finalizado y que, en el presente, no es objeto de revisión. El sentenciador, olvidando que "la actividad jurisdiccional ha de desarrollarse una sola vez, y sobre los errores del Juez predominan las ventajas de la certeza jurídica", según lo tiene admitido la Corte, dióse a la tarea impropia de desenterrar actuaciones rituales de ese otro proceso para buscar en ellas irregularidades de índole tal que, de haber ocurrido, sólo podían ser alegadas y corregidas o no en el mismo en que se ofrecieron.

VIII.- Lo últimamente dicho es lugar común en la doctrina. Bien repetido lo tiene esta que las anomalías en la rituación de un proceso ni siquiera pueden ser llevadas a casación, a menos que ellas constituyan causales de nulidad procesal. Con mayor razón, fallado en firme el litigio esas anomalías no pueden trascender a otro juicio distinto.

Agrégase que los reparos que propone el fallo acusado tampoco tocan con la legitimación *ad processum* de las Ospinas en el litigio en que se hicieron parte contra las pretensiones hereditarias de los Holguín, hoy revividas. La pretensa ilegitimación de dichas Ospinas, solamente habría podido provenir, conforme al art. 448, numeral 2o. del C. J., de que estas al intervenir en el mencionado litigio hubieran sido legalmente incapaces o estado indebidamente representadas en el mismo, nada de lo cual sucedió. Ellas, con plena capacidad y asistidas por procurador legalmente constituído, aceptaron la invitación de los actores y la consiguiente orden del Juez de hacerse presentes en el litigio. Recibieron este, sin protesta alguna, en el estado en que se encontraba, con todas las consecuencias que de tal actitud podrían derivar en su provecho o en su contra; no impugnaron la forma de su citación ni invocaron ilegitimidad en el proceso, la que de haber existido, miraría a su personal derecho de defensa y, por ende, solamente podía ser alegada por ellas y no por otros; en fin, lograron la desestimación de las pretensiones de los actores. Luego, la conclusión verdadera es la anteriormente enunciada: el fallo definitivo adverso a los Holguines, dictado en el primer juicio de filiación natural y de petición de herencia seguido por ellos sí les aprovechó a las dichas Ospinas, con fuerza de cosa juzgada, y, por lo tanto, las consideraciones que en contrario trae el fallo aquí acusado, son el fruto de su incursión en terreno que le estaba vedado, como también son fundamentalmente desacertadas.

IX.- De otro lado, como resulta establecido que los demandados en este juicio, sujetos de la condena impartida por el fallo acusado, son causahabientes a título singular de las Ospinas, por virtud de una serie de transmisiones jurídicas relativas a los derechos hereditarios de estas en la mortuoria de Francisco Sarria Tobar, y que el título adquisitivo de dichos causahabientes, contenido en la escritura 315 otorgada en la Notaría 1a. de Buga el 20 de marzo de 1958, es posterior no sólo a la formación de la litis contestación en ese primer juicio de filiación natural de los Holguines (16 de julio de 1951) y a la intervención de las Ospinas en el mismo (1o. de febrero de 1956), sino también al fallo de la primera instancia, entonces en apelación (25 de abril de 1956), y es también claro que, por ceñida aplicación del inc. 2o., art. 474 del C. J., los aludidos causahabientes demandados están jurídicamente identificados con dichas Ospinas para los efectos que a la cosa juzgada le atribuye ese texto legal; como también es claro, según los principios que al respecto rigen la relatividad de las normas particulares, que el fallo en cuestión consolidó todas las transmisiones sucesivas de los derechos hereditarios de aquellas en la sucesión de su padre Francisco Sarria, desde luego frente a los Holguines, quienes fueron la contraparte vencida en el juicio.

X.- En suma: los causahabientes de las Ospinas, demandados y condenados en el fallo objeto de la impugnación, estaban plenamente legitimados para proponer la excepción de cosa

juzgada contra la acción de petición de herencia nuevamente incoada contra ellos por los actores Holguín, excepción propuesta por aquellos en su contestación a la demanda, posterior a la sentencia que desestimó la misma acción en otro juicio tramitado con audiencia y participación de sus antecesoras nombradas.

XI.- En fin, no obsta a la anterior conclusión el hecho de que los Holguines hubieran propuesto y ganado un segundo juicio exclusivamente de filiación natural frente a las Ospinas, porque el fallo respectivo, producido a espaldas de los causahabientes hoy demandados en petición de herencia, aunque fuese apto para definir allí el estado civil alegado por los actores, ya no les daba derecho a estos para reiniciar contra aquellas y sus aludidos causahabientes, jurídicamente identificados con las mismas, esa acción de petición de herencia no ventilada en tal juicio, pero sí en otro anterior en el cual había fracasado de modo definitivo antes de trabarse la litis-contestación en el presente.

XII.- De lo anteriormente expuesto resulta que el Tribunal sentenciador quebrantó las normas sustanciales citadas en el recurso por los conceptos en él indicados, y que, por tanto, el fallo debe ser infirmado.

LA SENTENCIA SUSTITUTIVA

Por las razones consignadas en el despacho del cargo que prospera, impónese la revocatoria del fallo de la primera instancia y la absolución de los demandados, por ser pertinente la excepción de cosa juzgada por ellos propuesta y que enerva todos los pedimentos de los actores.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali con fecha 9 de abril de 1965, en el juicio de Armando Holguín y otros frente a León Perczek y otros, *revoca* el fallo de la primera instancia y, en su lugar,

Resuelve

Declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada propuesta por los demandados y, en consecuencia, absolver a estos de todos los cargos de la demanda.

Las costas de la primera instancia son de cargo de la parte actora.

Sin costas en la segunda instancia ni en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase 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 Caicedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

Ejercicio de la Abogacía: la reforma constitucional de 1945 hizo inane lo preceptuado por la Ley 21 de 1931 sobre el juramento de quien litiga como cesionario. 2.- Interrupción de la prescripción: no se consuma con la mera presentación de la demanda, sino con la notificación de esta al demandado.

Antes de la vigencia del artículo 40 de la C. N. según la reforma de 1945, la reglamentación del ejercicio de la profesión de abogado era la contenida en las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, en las cuales figuraban postulados dos principios: primero, que se permitía litigar en causa propia, aunque no se tuviese la calidad de abogado; y, segundo, que tratándose de causa ajena, por regla general sólo podían intervenir en juicio como apoderados judiciales quienes tuvieran aquella calidad. Mas como tal sistema se prestaba a que las finalidades no sólo técnicas, sino protectoras de la profesión de abogado inspiradoras del mismo, fueran eludidas mediante procedimientos simulatorios de transferencia en virtud de los cuales quien no fuera abogado pudiera aparecer litigando en causa propia pero en realidad como apoderado del transferente fingido, el art. 18 de la citada Ley 21 de 1931 quiso ponerle cortapisa a dicha posibilidad, por lo menos en lo relativo a créditos, disponiendo que "La persona que litigue en asuntos civiles, como demandante o como demandado, con el carácter de cesionario de un crédito, sea o no litigioso, y a cualquier título que este le haya sido cedido, ofrecerá en la demanda prestar juramento de que en verdad es dueña del crédito que reclama, por haberlo adquirido con causa justa y que tiene objeto lícito. Si lo hace como mandatario, así lo expresará. En este caso, el Juez, de oficio, le desconocerá la personería".

Comentando el citado art. 18 de la Ley 21 dijo la Corte: "Con olvido o desvío de la naturaleza y finalidad de la disposición que se pretende quebrantada por el Tribunal se formula éste cargo contra la sentencia acusada. Tal precepto hace parte, en efecto, de la Ley 21 de 1931, por medio de la cual se adicionó y reformó la Ley 62 de 1928, que reglamentó el ejercicio de la abogacía, y su expedición obedeció a la conveniencia de impedir el fraude que a aquella se hacía por personas no autorizadas para el ejercicio profesional, utilizando el sistema de hacerse ceder los derechos litigiosos o no, para comparecer como litigando en causa propia. De ahí por qué se dispuso que quien litigara en asuntos civiles con el carácter de cesionario de un crédito, litigioso o no y cedido a cualquier título, debía ofrecer juramento en su demanda sobre su verdadera calidad de dueño del derecho, debiendo expresarlo cuando lo hiciera como mandatario, para que en este caso el Juez, oficiosamente, le desconociera la personería" (sentencia de 8 de junio de 1945, G. J. 2019 a 2021, pág. 145).

En la reforma constitucional de 1945, el artículo que vino a figurar como 40 de la Carta impuso un nuevo sistema en lo relativo a la reglamentación de la profesión de abogado, al disponer que "Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones". En desarrollo de la autorización contenida en este precepto, la Ley 69 de 1945 señaló los casos de excepción en que se puede litigar en causa propia o ajena, no obstante carecerse de la calidad de abogado inscrito. Y esa misma ley, que en general vino a sentar la nueva reglamentación del ejercicio de la profesión de abogado, en su artículo 18 dejó vigente algunas normas de las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, entre ellas la del art. 18 de esta última, arriba transcrito.

Si se hace una confrontación entre los dos sistemas reglamentarios de la profesión de abogado a que se ha hecho referencia, se encuentra, para los fines que aquí interesan, que al paso que en el primero la condición de abogado no se requería para litigar en causa propia, pero sí para actuar como apoderado en causa ajena, en el segundo sólo en casos de

excepción se acepta que una persona, no siendo abogado inscrito, pueda actuar en juicio en interés propio, o como apoderado en interés de otro.

La consecuencia, entonces, en que dentro del sistema contemplado en la Ley 69 de 1945, la norma del art. 18 de la Ley 21 de 1931 carece en absoluto de operancia, y no está llamada a cumplir la función que dentro del sistema anterior le correspondía. En efecto, si en los casos comprendidos por el principio general que domina el nuevo sistema, se requiere indispensablemente ser abogado inscrito para litigar en causa propia o ajena, no se ve para qué al cesionario de un crédito haya de exigírsele el juramento de que trata el art. 18 en referencia, pues, no siendo él abogado, para hacer valer en juicio el crédito cedido necesariamente tendrá que designar como apoderado suyo a quien sí lo sea. Y si en los casos de excepción a esa regla general, la calidad de abogado inscrito es indiferente para efectos de poderse litigar en causa propia o ajena, tampoco tiene razón de ser el aludido juramento, desde luego que en tales circunstancias no existen finalidades técnicas o de defensa profesión a cuya protección pudiera atenderse con él.

Se llega así a la conclusión, entonces, de que el art. 18 de la Ley 21 de 1931, no envuelve hoy contenido real alguno, y es precepto vacío de sustancia por no estar llamado a regular, con finalidad positiva o efectiva, una determinada conducta. Sólo a desapercibimiento por parte del legislador de esta realidad, puede atribuirse que la Ley 69 de 1945 lo hubiera dejado vigente.

Siendo ello así, no se remite a la menor duda que la inobservancia de ese precepto ni implica en la actualidad la producción de trastorno jurídico alguno, ni, por lo mismo, acarrea punición de ninguna naturaleza.

En relación con la interrupción civil de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, a consecuencia de la interposición de la demanda, contemplada en los arts. 2524 y 2539 del C. C., es doctrina tradicional y permanente de la Corte la de que dicho fenómeno no se consuma con la sóla presentación de la demanda, sino en el momento en que esta es notificada al demandado. (G. J. XXII, pág. 408; T. LIV Bis, pág. 19; números 2032, pág. 634; 2050, pág. 660; 2025, pág. 658; 1978, pág. 193; 2154, pág. 432, entre otras). En uno de los aludidos fallos dijo:

"Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia, nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción, lo que interrumpe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la Ley 105 de 1931 sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los arts. 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2o. del art. 421 del antiguo C. J., la interrupción de la acción. El acto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del art. 327 del C. de P. C. En ninguna forma dice el art. 2539 del C. C. que la interrupción civil de prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí con la referencia de las excepciones señaladas en el art. 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal. Desde luego que si no se considera interrumpida cuando la demanda no se ha notificado legalmente, es la notificación y no la introducción de la demanda lo que produce el efecto de cortar la prescripción, sin que pueda decirse lo contrario, porque si simplemente se anulara el juicio por falta de notificación o por ser esta ilegal, quedaría vigente la interrupción por virtud de la sola presentación de la demanda y no habría para declararla ineficaz a causa de no haberse notificado, y así se violaría el texto expreso del art. 2524 del C. C. si no se interrumpe la prescripción cuando la demanda no se ha notificado en la forma legal o en forma alguna, es claro que después de vencido el plazo necesario para prescribir, aunque se haya establecido antes la demanda, sería inútil la notificación porque no se puede interrumpir lo que no se ha consumado, ni cortar un plazo que está vencido'" (T. XXII, pág. 408; G. J. 2050, pág. 660).

No sólo no encuentra hoy la Corte razones para modificar la anterior doctrina, sino que halla otras que la corroboran. En efecto:

a) Ha de considerarse en primer término, que cualquier discusión posible acerca de si la interrupción civil de la prescripción se produce con la mera presentación de la demanda o con su notificación al demandado, quedó definitivamente zanjada en el ámbito de

nuestro derecho positivo por el mandato contenido en el inc. segundo del art. 181 del C. J., al decir: "Durante el tiempo de vacancia, la persona que quiere interrumpir una prescripción... puede presentar su demanda al Alcalde Municipal de la residencia del demandado, a fin de que este haga la notificación y le devuelva al peticionario la solicitud con lo actuado; pero el término para contestar la demanda, cuando a ello hay lugar, no empieza a correr al demandado sino desde el día siguiente útil a aquel en que se le corre el traslado legal ordenado por el juez competente".

Comentando esta disposición, dijo la Comisión Redactora del C. J. vigente: "Salta a la vista la ventaja de este sistema, pues el demandante obtiene el bien de la interrupción de la prescripción..., y al demandado no le corren los términos sino desde el día de que habla el texto. Muchas gentes hay, sobre todo en los campos que no van a las poblaciones sino a la misa del domingo, ocasión en la cual se les puede hacer las notificaciones que ellos esquivan recogiéndose en sus haciendas".

Frente a la norma legal considerada, no parece discutible que está inspirada en la idea fundamental de que la interrupción civil de la prescripción sólo se produce con la notificación de la demanda al demandado, pues si no fuera así sería inexplicable que para el logro del fin que la norma se propone, se exigiera la notificación, en vez de hacerlo depender únicamente de la presentación de la demanda ante el Alcalde Municipal. Sin que valga redargüir que el art. 181 en referencia es excepcional, porque esta condición la tiene sólo en cuanto a la necesidad que había de suplir la falta de Juez ante quién presentar la demanda, no en cuanto a la actuación a seguir para que la interrupción de la prescripción se produjera, actuación que si la ley exigió para ese caso, es porque se supone que la exige también para los casos normales u ordinarios, lo cual permite entender que el citado art. 181 vino implícitamente a corroborar lo que prescriben los arts. 2524 y 2539 del C. C. a propósito del momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción contemplada en ellos.

b) Se habla en el campo del derecho procesal de ciertos efectos que, además de los que genera en el interior del proceso, produce la demanda fuera de él, y concretamente sobre la relación jurídica material objeto del litigio. Son los llamados efectos sustanciales o materiales de la demanda, de los cuales, en lo que a nuestro derecho civil respecta, pueden citarse como ejemplos los previstos en los arts. 1521, 964, 966 y 1969 del C. C., y desde luego en los arts. 2524 y 2539 ibídem, sobre interrupción civil de la prescripción, que son los que aquí interesan.

Pero enseña la doctrina procesal que los efectos sustanciales o materiales aludidos no los engendra la demanda judicial por sí sola, o en virtud de su mera presentación al Juez. Como la demanda judicial está destinada en primer término a constituir la relación procesal, y es en realidad de esta de donde surgen todos los efectos tanto internos como externos atrás mencionados, de ello resulta que, como dice Chiovenda, "la demanda judicial *existe* en el momento en el cual es comunicada a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal"; y, como consecuencia de ello, *salvo que la ley disponga otra cosa* (subraya la Sala), los efectos de la existencia de la relación procesal se remontan al momento de la demanda judicial, esto es, al momento en que es notificada a la otra parte. (Chiovenda, "Principios", T. II, Vol. 1o., pág. 63 y 64; De la Plaza "Derecho Procesal Civil Español", T. I, pág. 384).

Si la interrupción de la prescripción es efecto de la demanda en cuanto mediante esta se constituye la relación procesal, ese efecto no se produce sino una vez constituída esta, o sea al notificarse la demanda, *salvo que norma especial disponga otra cosa*, como sucede en algunas legislaciones. Por donde se ve que la jurisprudencia de la Corte arriba mencionada, afianzada todavía más a partir de la vigencia del art. 181 del C. J., encuentra respaldo adicional en la circunstancia de que ella se acomoda a cabalidad a la concepción sistemática del proceso como una relación jurídica.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: noviembre 4/ 69. - Acta No. 86).

La Compañía "Insurance Company of North America" domiciliada en Filadelfia, Pen., E.E. U.U. de América, demandó ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Bogotá a la sociedad "Transportes Duque & Cía. Ltda.", tam-

bién denominada "Transportes Duque Ltda.", domiciliada en Bogotá, representada por sus socios Luis A., Víctor Manuel y Alberto Duque Peña, para que por los trámites de un juicio ordinario se hiciesen contra esta los siguientes pronunciamientos:

"A) Que la demandada está obligada, y así se le condene, a entregar a mi mandante, dentro del término legal, ciento quince sacos de café marca "Medellín Excelso", de setenta kilos cada uno, puestos en Buenaventura, República de Colombia, o el valor comercial que tenía ese lote de café en dicha ciudad en los días once, doce, trece y catorce de febrero del año de mil novecientos cincuenta y siete; B) Que la demandada está obligada, y así se le condene, a pagar a mi mandante, dentro del término legal, la suma de pesos que se fije según la ley a la indemnización correspondiente a los perjuicios causados a la entidad denominada "General Foods Corporation", de Nueva York, mediante el incumplimiento de los contratos de transporte de que trata la presente demanda; C) Que, en caso de oposición, se condene a la demandada a pagar a mi mandante las costas del presente juicio que se inicia".

Como hechos constitutivos de la causa petendi se invocaron los que a continuación se sintetizan: 1o. Que con fecha 11 de febrero de 1957 la sociedad demandada recibió de "A. Aristizábal & Cía Ltda." de Medellín para ser transportados a Buenaventura mediante el flete correspondiente, dos lotes de café marca "Medellín Excelso", distinguidos con los números 3774 y 3771, de 250 sacos cada lote, y cada saco de 70 kilos netos; 2o. Que dicho café fue consignado a favor de la entidad "General Foods Corporation" de Nueva York, por conducto de "Representaciones Marítimas Ltda.", la primera de las cuales era dueña del café desde antes del 11 de febrero de 1957; 3o. Que la demandada sólo entregó al consignatario en Buenaventura 200 sacos del lote distinguido con el número 3774, y 185 sacos del lote distinguido con el número 3771, habiéndose abstenido de entregar 50 sacos del primer lote y 65 del segundo, incurriendo por ello en violación de los respectivos contratos de transporte; 4o. Que el café dejado de entregar valía comercialmente, en el lugar de su destino, el día en que debió ser entregado, a razón de US$ 104.50 cada saco; 5o. Que la no entrega de ese café causó perjuicios a la compañía consignataria, consistentes en la pérdida del valor de él y en lo que dejó de ganar en el negocio respectivo; 6o. Que la demandada es una empresa pública de transportes; y 7o. Que la consignataria "General Foods Corporation" de Nueva York, cedió a la entidad demandante todos los derechos emanados para aquella de los referidos contratos de transporte, en lo concerniente a los 115 sacos de café que la demandada se ha abstenido de entregar.

La parte demandada contestó la demanda aceptando los hechos 1o. y 6o., y diciendo no constarle los restantes. Como excepciones propuso la de prescripción de la acción y la de fuerza mayor o caso fortuito. Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado en la sentencia declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada. Apelada por ambas partes dicha providencia, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el recurso mediante fallo de 22 de octubre de 1964, por el cual revocó el de primera instancia y en su lugar condenó a la parte demandada a pagar a la demandante el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato de transporte materia del juicio, previa regulación por el procedimiento del art. 553 del C. J.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En la parte considerativa de su fallo empieza el Tribunal por dar como probado el contrato de transporte invocado en la demanda, y con fundamento en los arts. 306 y 308, entre otros, del C. C., deduce que la sociedad demandada es responsable por incumplimiento de aquel al no haber entregado las mercaderías objeto de ese contrato en el lugar y tiempo debidos. Entra luego a estudiar las excepciones propuestas, empezando por la de prescripción, a cuyo efecto transcribe en primer término la norma pertinente para, con base en las pruebas, llegar a la conclusión de que en este caso el lapso prescriptivo empezó a correr el 15 de febrero de 1957, y expiró el 14 de febrero de 1958; analizando la interrupción de la prescripción de la acción ejercitada, cita el inciso segundo del art. 2539 del C. C. y trae a cuento que la sociedad demadada se constituyó parte civil en el proceso penal que se adelantó para investigar el ilícito cometido a raíz de la pérdida del café materia del juicio, para deducir de ahí que con tal actuación la sociedad demandada hizo un reconocimiento tácito de su obligación de responder por el valor del cargamento cuyo transporte le fue encomendado, "porque no siendo de su propiedad, sólo se explica su cobro dentro del juicio penal como encaminado a reembolsarse de lo que debía reconocer al propietario o consignatario por razón de la pérdida del expresado carga-

mento. Lo contrario sería admitir que la sociedad demandada pretendía un provecho económico del ilícito cometido por terceros delegados suyos para ejecutar la materialidad del transporte". Aparte de lo anterior, continúa diciendo el Tribunal, la prescripción se interrumpió también con la presentación de la demanda del presente juicio ordinario, desde dos puntos de vista diferentes: primero, porque según el art. 2539 del C. C., en la prescripción extintiva hay interrupción con la sola presentación de la demanda, sin necesidad de que esta se haya notificado al demandado; y como la demanda de que aquí se trata fue presentada antes de que expirara el término prescriptivo de la acción; este vino a quedar así interrumpido; y segundo, porque si se sostiene que la presentación de la demanda no produce la interrupción sino en virtud de la correspondiente notificación, entonces también hubo aquí interrupción, porque la demanda se notificó a dos de los tres señalados como representantes de la sociedad demandada antes de vencer el término de prescripción, y conforme a los estatutos sociales "cada uno de los socios tenía la representación de la sociedad aisladamente para comparecer en juicio, ya que la conjunción de la voluntad de los tres sólo se requería 'para celebrar operaciones' de cuantía superior a $ 20.000.00, restricción que no comprende la representación judicial. La representación en juicio, evidentemente, no significa la celebración de una operación, porque no se trata con ella de un acto de declaración de voluntad que vincule a la sociedad contractualmente, sino de la administración de un bien patrimonial comprometido en un proceso judicial, que a eso equivale la actuación procesal de las partes en un juicio". Respalda el Tribunal esta tesis en el hecho de que la misma sociedad demandada, cuando otorgó poder para intervenir como parte civil en el juicio penal antes citado, lo hizo por conducto de uno solo de sus socios, y los perjuicios allí demandados fueron de cuantía superior a $ 100.000.00.

Acomete a continuación el Tribunal el estudio de la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, que se hizo consistir en que el dueño y el conductor del camión, que fueron comisionados por la sociedad demandada para ejecutar el contrato de transporte, dispusieron del cargamento en su provecho sin llevarlo al lugar de su destino. Sobre el particular observa el fallador que según el art. 265 del C. de Co. el porteador puede hacer la conducción por sí o encargarla a un tercero bajo su responsabilidad, y que en consecuencia ese tercero resulta un comisionista o delegado que lo sustituye bajo su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que para él resultan del contrato. "Su calidad jurídica, entonces, no difiere de la del mismo porteador, de donde cabe esclarecer que no se trata de un tercero propiamente dicho sino de un mandatario o delegado que, lógicamente, obra en representación del mandante o delegante. En estas condiciones, no puede hablarse de caso fortuito respecto del hecho ejecutado por el mandatario o delegado ya que no resulta extraño a la actividad misma de los contratantes o sus representantes", en cuanto que el art. 1o. de la Ley 95 de 1890, al definir el fenómeno del caso fortuito, "bien claro expresa la idea de que se trata de acontecimiento externo y no de acto voluntario de quienes tienen vínculos contractuales, porque estas figuras entrañan o la culpa o el delito". Supone el Tribunal que quienes dispusieron del cargamento pueden considerarse como terceros, y arguye que ni aun entonces podría hablarse de caso fortuito, pues conforme a las declaraciones de Mario Barco Uribe y Hugo Cuartas Cuartas, dependientes de la sociedad demandada, estos tuvieron conocimiento de la conducta sospechosa del conductor del vehículo y de sus malos antecedentes, no obstante lo cual despreciaron tal circunstancia y se atuvieron a la responsabilidad del dueño del camión, quien anteriormente había hecho otros viajes sin incurrir en incumplimiento. De otro lado, el dueño del camión no era personaje en quien se pudiera confiar, "si se considera que fue condenado por la sustracción de las mercancías en complicidad con el conductor o chofer. Su condición moral aparece muy clara en la diligencia de indagatoria... y no resulta tan tranquilizadora como para confiarle el cumplimiento de obligaciones exigentes como las del transporte de mercaderías ajenas. Finalmente, puede aquí volverse sobre la observación hecha en otro lugar en el sentido de que la sociedad demandada al solicitar el pago de perjuicios por los delincuentes, mediante la constitución de parte civil en el juicio penal, se consideró implícitamente responsable ante el consignatario".

Dice luego el Tribunal que aunque la parte demandada no planteó abiertamente una excepción relacionada con la legitimación en la causa de la parte actora, sí sugiere una duda en relación con las transferencias o cesiones del derecho sustancial que se quiere proteger con la acción ejercitada, y a tal respecto expresa la sentencia que acoge la opinión del Juez a quo según la cual toda duda sobre el particular desaparece con las pruebas obrantes en autos,

pues que, en efecto, según dichos documentos la "General Foods Corporation" cedió sus derechos en favor de la sociedad demandante, y estando acreditado también con ellos que la venta del café se hizo a la sociedad cedente, con la intervención como comisionista de "Representaciones Marítimas Ltda.", sociedad esta que figura como consignataria de las mercancías en Buenaventura. "Y aunque no apareciera definida la calidad de comisionista a nombre de 'General Foods Corporation' de la sociedad "Representaciones Marítimas Ltda.', la carta de porte presentada por el demandante hace presumir su titularidad sobre los derechos que de ella emanan, en virtud de ser el portador a quien debe hacerse la restitución, como lo dispone el art. 301 del C. de Co.".

Desechados así los medios defensivos aducidos por la parte demandada, pasa el Tribunal a estudiar por último la cuestión de los perjuicios, haciendo a propósito disquisiciones jurídicas que lo llevan a concluir que aunque el art. 308 del C. de Co. sólo contempla para un caso como el de autos el perjuicio resultante del daño emergente, también debe incluirse el lucro cesante como elemento de la indemnización. Considera en seguida que son insuficientes los dictámenes periciales practicados para avaluar los perjuicios aquí demandados, y que por lo mismo no puede hacerse condena en concreto a pagarlos, sino en abstracto para que se liquiden por el procedimiento del art. 553 del C. J., y teniendo en cuenta las indicaciones que para tal liquidación se hacen en la misma sentencia.

EL RECURSO DE CASACION

Contra la sentencia antes extractada interpusieron ambas partes el recurso de casación, pero sólo el interpuesto por la demandada fue sustentado mediante la correspondiente demanda, habiendo sido por lo tanto declarado desierto el de la parte demandante. Siendo de oportunidad resolver, a ello procede la Sala.

Once cargos formula contra aquella la demanda de casación presentada por la parte demandada, dos de ellos con fundamento en la causal cuarta del art. 52 del Decr. 528 de 1964, uno por la causal segunda, y los ocho restantes por la causal primera, los cuales se pasan a examinar en el orden indicado.

CARGOS POR LA CAUSAL CUARTA

Primer cargo.- Para fundamentar este cargo hace el recurrente una serie de consideraciones teóricas en torno a las formas procesales, y arguye que su inobservancia genera nulidad procesal. Dice que las sentencias son actos que deben sujetarse a ciertas de esas formas y pone como ejemplo de ellas las contempladas en los arts. 469, 470 y 471 del C. J. Desciende luego al examen, a la luz de estas disposiciones, de la sentencia acusada, y expresa que ella no se sujetó a alguna de las formas previstas en aquellas por cuanto su encabezamiento no trae la denominación completa del Tribunal que la expidió, que según la Ley 33 de 1935, ha debido ser "Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá", pues solamente se dijo "Tribunal Superior del Distrito Judicial", defecto en el cual se incurrió en el encabezamiento de la parte resolutiva de la sentencia. Tales omisiones son violatorias de los arts. 469 y 471 del C. J., que prescriben formalidades esenciales para la validez de una sentencia, y por lo mismo la censurada es nula y como tal debe ser declarada.

Se considera

El cargo no solo es inane, como se desprende de su simple lectura, sino que inclusive podría calificarse de ajeno a la seriedad. No solo la omisión de las formalidades a que alude el cargo no acarrearía la nulidad de la sentencia, no habiendo duda acerca de la identidad de la autoridad judicial que la expidió, sino que en el caso de que aquí se trata no se incurrió en omisión alguna al respecto, pues la indicación de la ciudad de Bogotá como lugar de emisión del fallo, precedido de la expresión "Tribunal Superior del Distrito Judicial", es suficiente para dar a entender a cualquiera que se trata del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y por ende que ese mismo Tribunal es el que hace el pronunciamiento contenido en la parte resolutiva del acto.

El cargo, pues, es inocuo.

Segundo cargo.- La actuación es nula por haberse adelantado sin el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 de la Ley 21 de 1961. Se sustenta sobre la base de que la parte actora invocó su condición de cesionaria de la acción de perjuicios ejercitada, y que por lo mismo estaba en la obligación de ofrecer el juramento exigido, en caso de cesión de un crédito que se deduzca en juicio, por el art. 18 de la Ley 21 de 1931. Si bien en la demanda se ofreció prestar ese juramento, lo cierto fue que no se prestó efectivamente, y en esas condiciones se adelantó

la actuación, con la consecuencia grave de que tanto el juez como el demandado deudor quedaron sin saber que "el derecho litigioso cedido pertenece al cesionario y que lo adquirió con justa causa y por un valor. Valor que es indispensable establecer, toda vez que el deudor no está obligado a pagar al cesionario, sino el importe de la cesión" (art. 1971 del C. C.). Agrega que la inobservancia del art. 18 citado es causa de nulidad conforme a los numerales 2o. y 3o. del art. 448 del C. J., y que la Corte ha dicho que tal inobservancia repercute sobre la capacidad procesal del cesionario para comparecer en juicio, o sea sobre la personería adjetiva.

Se considera

I.- Antes de la vigencia del art. 40 de la C. N., según la reforma de 1945, la reglamentación del ejercicio de la profesión de abogado era la contenida en las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, en las cuales figuraban postulados dos principios: primero, que se permitía litigar en causa propia, aunque no se tuviese la calidad de abogado; y, segundo, que tratándose de causa ajena, por regla general sólo podían intervenir en juicio como apoderados judiciales quienes tuvieran aquella calidad. Mas como tal sistema se prestaba a que las finalidades no sólo técnicas sino protectoras de la profesión de abogado inspiradoras del mismo, fueran eludidas mediante procedimientos simulatorios de transferencia en virtud de los cuales quien no fuera abogado pudiera aparecer litigando en causa propia pero en realidad como apoderado del transferente fingido, el art. 18 de la citada Ley 21 de 1931 quiso ponerle cortapisa a dicha posibilidad, por lo menos en lo relativo a créditos, disponiendo que "La persona que litigue en asuntos civiles, como demandante o como demandado, con el carácter de cesionario de un crédito, sea o no litigioso, y a cualquier título que este le haya sido cedido, ofrecerá en la demanda prestar juramento de que en verdad es dueña del crédito que reclama, por haberlo adquirido con causa justa y que tiene objeto lícito. Si lo hace como mandatario, así lo expresará. En este caso, el Juez, de oficio, le desconocerá la personería".

Comentando el citado art. 18 de la Ley 21 dijo la Corte: "Con olvido o desvío de la naturaleza y finalidad de la disposición que se pretende quebrantada por el Tribunal se formula este cargo contra la sentencia acusada. Tal precepto hace parte, en efecto, de la Ley 21 de 1931, por medio de la cual se adicionó y reformó la Ley 62 de 1928 que reglamentó el ejercicio de la abogacía, y su expedición obedeció a la conveniencia de impedir el fraude que a aquella se hacía por personas no autorizadas para el ejercicio profesional, utilizando el sistema de hacerse ceder los derechos litigiosos o no, para comparecer como litigando en causa propia. De ahí por qué se dispuso que quien litigara en asuntos civiles con el carácter de cesionario de un crédito, litigioso o no y cedido a cualquier título, debía ofrecer juramento en su demanda sobre su verdadera calidad de dueño del derecho, debiendo expresarlo cuando lo hiciera como mandatario, para que en este caso el Juez, oficiosamente, le desconociera la personería" (sentencia de 8 de junio de 1945, G. J. 2019 a 2021, pág. 145).

II.- En la reforma constitucional de 1945, el artículo que vino a figurar como 40 de la Carta impuso un nuevo sistema en lo relativo a la reglamentación de la profesión de abogado, al disponer que "Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones". En desarrollo de la autorización contenida en este precepto, la Ley 69 de 1945 señaló los casos de excepción en que se puede litigar en causa propia o ajena, no obstante carecer de la calidad de abogado inscrito. Y esa misma ley, que en general vino a sentar la nueva reglamentación del ejercicio de la profesión de abogado, en su art. 18 dejó vigente algunas normas de las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931, entre ellas la del art. 18 de esta última, arriba transcrito.

III.- Si se hace una confrontación entre los dos sistemas reglamentarios de la profesión de abogado a que se ha hecho referencia, se encuentra, para los fines que aquí interesan, que al paso que en el primero la condición de abogado no se requería para litigar en causa propia, pero sí para actuar como apoderado en causa ajena, en el segundo sólo en casos de excepción se acepta que una persona, no siendo abogado inscrito, pueda actuar en juicio en interés propio, o como apoderado en interés de otro.

La consecuencia, entonces, es que dentro del sistema contemplado en la Ley 69 de 1945, la norma del art. 18 de la Ley 21 de 1931 carece en absoluto de operancia, y no está llamada a cumplir la función que dentro del sistema anterior le correspondía. En efecto, si en los casos comprendidos por el principio general que domina el nuevo sistema, se requiere indispensablemente ser abogado inscrito para litigar en causa propia o ajena, no se ve para qué al cesio-

nario de un crédito haya de exigírsele el juramento de que trata el art. 18 en referencia, pues, no siendo él abogado, para hacer valer en juicio el crédito cedido necesariamente tendrá que designar como apoderado suyo a quien sí lo sea. Y si en los casos de excepción a esa regla general, la calidad de abogado inscrito es indiferente para efectos de poderse litigar en causa propia o ajena, tampoco tiene razón de ser el aludido juramento, desde luego que en tales circunstancias no existen finalidades técnicas o de defensa profesional a cuya protección pudiera atenderse con él.

IV.- Se llega así a la conclusión, entonces, de que el art. 18 de la Ley 21 de 1931, no envuelve hoy contenido real alguno, y es precepto vacío de sustancia por no estar llamado a regular, con finalidad positiva o efectiva, una determinada conducta. Sólo a desapercibimiento por parte del legislador de esta realidad, puede atribuirse que la Ley 69 de 1945 lo hubiera dejado vigente.

Siendo ello así, no se remite a la menor duda que la inobservancia de ese precepto no implica en la actualidad la producción de trastorno jurídico alguno, ni, por lo mismo, acarrea punición de ninguna naturaleza.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

CARGO POR LA CAUSAL SEGUNDA

En este cargo se acusa la sentencia por incongruente, con base en un doble orden de motivos:

a) Porque en la petición primera de la demanda se solicitó condena a entregar ciento quince sacos de café, o su valor comercial en Buenaventura en los días 11, 12, 13 y 14 de febrero de 1957, y en la sentencia acusada nada se dice en relación con esta petición, ni en la parte motiva ni en la resolutiva; y,

b) Porque el Tribunal omitió pronunciarse sobre las excepciones de fuerza mayor o caso fortuito, de prescripción y de "ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora" opuestas por la demandada, pues nada dijo sobre ellas en lo resolutivo de su sentencia. El recurrente se extiende en consideraciones en torno a la tercera de estas excepciones, con el intento de demostrar que la parte actora no es titular de la acción que ejercitó en la demanda, pues esta se refiere a contratos de transporte celebrados el 11 de febrero de 1957, y las cesiones de derechos que se hicieron a aquella, y con base en los cuales acciona, se refieren a contratos de transporte celebrados el 26 de septiembre de 1956.

Se considera:

En la primera petición de la demanda solicitó la parte actora que la sociedad demandada fuera condenada a "entregar ...ciento quince sacos de café marca Medellín Excelso, de setenta kilos cada uno, puestos en Buenaventura, República de Colombia, o el valor comercial que tenía ese ese lote de café en dicha ciudad en los días..." Y en la segunda petición se solicitó que la misma compañía demandada fuera condenada a pagar "la suma que se fije según la ley a la indemnización correspondiente a los perjuicios causados... mediante el incumplimiento de los contratos de transporte de que trata la presente demanda".

Consideradas en conjunto estas dos peticiones, se ve que ellas integran una pretensión única de indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de los contratos indicados en la demanda, descompuesta dicha pretensión en perjuicios por conceptos de daño emergente (primera petición) y por lucro cesante (segunda petición).

En su sentencia el Tribunal recogió en una sola declaración de condena lo solicitado por la parte actora en las dos peticiones dichas, al condenar a la parte demandada a pagar "...el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de transporte de que trata el presente juicio...". Declaración ésta que armoniza con la motivación del mismo fallo, en la cual el Tribunal, luego de sostener que la indemnización de perjuicios solicitada comprende el daño emergente y el lucro cesante, señala las bases para la liquidación respectiva indicando que el daño emergente estará representado por el precio del café en la fecha en que debió efectuarse su conducción y entrega, y que el lucro cesante se estimará teniendo en cuenta que el transporte se hacía con fines de exportación.

Estas simples consideraciones ponen de presente cómo el Tribunal no dejó de decidir, contra lo afirmado en el cargo, sobre la petición primera de la demanda, en la cual, por lo demás, se pidió alternativamente condena en especie o en dinero. Por consiguiente, no existe la incongruencia alegada por este aspecto.

Tampoco existe la incongruencia invocada con base en que —el Tribunal no se pronunció

sobre las excepciones opuestas por el demandado. Como se advierte al leerse la sentencia, el Tribunal consagró buena parte de la motivación de su fallo a examinar las excepciones de prescripción y de fuerza mayor o caso fortuito, llegando a la conclusión de que no estaban probadas. De otro lado, previa advertencia de que no se planteó abiertamente excepción relacionada con la titularidad en la parte actora del derecho sustancial pretendido por ella, pero que en el alegato de conclusión de la primera instancia sí se sugirió "una duda en la prueba de la transferencia del derecho", el Tribunal entró a hacer el estudio de la legitimación en la causa de dicha parte actora, con el resultado de haberla encontrado establecida.

Cabe observar que las consideraciones expuestas por el recurrente en torno a lo que él denomina "carencia de personería sustantiva de la parte actora", no son de recibo. Primero, porque dentro del ámbito de la causal de incongruencia es impertinente hacer censuras a base de que el Tribunal haya dejado de reconocer situaciones acreditadas en los autos; y, segundo, porque la circunstancia de que el recurrente hace depender la presunta "carencia de personería sustantiva", no fue invocada como pretensión defensiva en las instancias, sino apenas ahora en casación, lo cual por sí solo excluye toda idea de incongruencia.

En síntesis, pues, el Tribunal sí examinó las excepciones a que se refiere el cargo. Y si fue así, la mera circunstancia de que no se hubiera expresamente pronunciado sobre ellas en la parte resolutiva, para declararlas probadas, en nada obsta a la congruencia del fallo, pues la prosperidad de la acción conlleva implícitamente tal declaración. Sobre el particular ha sido constante y uniforme la jurisprudencia de la Corte, y de las numerosas providencias que pudieran citarse al respecto baste con la siguiente: "En la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal nada decidió expresamente sobre la excepción perentoria propuesta por el recurrente en su alegato de segunda instancia; pero como en la motivación del fallo sí la consideró y llegó a concluir que las razones que al efecto expuso 'son suficientes para desconocer la existencia de la excepción', y encontró además procedente la acción principal y la despachó favorablemente en la parte resolutiva, es claro que esta resolución envuelve cuando menos implícitamente la decisión negativa de la excepción propuesta. Lo natural es que el sentenciador estudie en la parte motiva las excepciones que se aleguen, y que decida sobre ellas en la resolutiva; mas porque en tal forma no proceda no permite afirmar, en casos como el presente, que el fallo carezca de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Así lo ha resuelto la Corte en constante jurisprudencia" (G. J. 2040, pág. 466).

En consecuencia, el cargo no prospera.

Cargos por la causal primera:

Primer cargo.- Se formula por error de hecho evidente en la apreciación de la demanda, de los certificados de cesión y de las cartas de porte, a consecuencia de lo cual se violaron los arts. 604, 605, 606, 607, 632, 637 y 662 del C. J., en armonía con los arts. 1761 y 1768 del C. C., los arts. 276, 300 y 301 del C. de Co., y el art. 1969 del C. C.

Para sustentarlo empieza el recurrente por transcribir la parte petitoria y los hechos fundamentales de la demanda, lo mismo que los certificados o notas de cesión en virtud de los cuales la "General Foods Corporation" cedió a la sociedad actora los derechos en que esta apoya la demanda, y destaca que al paso que en los certificados o notas de cesión mencionados se dice que los derechos cedidos provienen de unos contratos de transporte celebrados el 26 de septiembre de 1956, los derechos que se hacen valer en la demanda como objeto de tales cesiones se refieren a contratos celebrados el 11 de febrero de 1957, para deducir de ello que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al dar por establecido, sin estarlo, que la sociedad demandante es cesionaria de los derechos derivados de estos últimos contratos, no obstante que los que se le cedieron fueron los provenientes de aquellos.

Transcribe luego una parte de la sentencia acusada en que el Tribunal expresa que "la carta de porte presentada por el demandante hace presumir su titularidad sobre los derechos que de ella emanan, en virtud de ser al portador a quien debe hacérsele la restitución, como lo dispone el art. 301 del C. de Co.", y comenta que con este concepto el Tribunal dio por establecido, sin estarlo, el endoso de la carta de porte de "representaciones Marítimas Ltda.", que es quien figura en dicha carta como consignatario, en favor de la "General Foods Corporation", en lo cual también erró de hecho el Tribunal ya que tal cesión no aparece de los autos. Insistiendo sobre este punto, con apoyo en el art. 300 del C. de Co.

afirma que la sociedad demandada sólo se obligó frente al consignatario del café en Buenaventura, o sea la sociedad "Representaciones Marítimas Ltda.", única que por lo tanto podía ceder los derechos emanados del contrato contenido en la carta de porte, y que en el juicio no hay prueba de que dicha consignataria hubiera cedido sus derechos a alguien, en particular a la sociedad demandante. Agregando al respecto que el Tribunal presumió que la consignataria "Representaciones Marítimas Ltda." había obrado como comisionista de la "General Foods Corporation", no estando tal hecho acreditado en autos, en lo cual erró también por error de hecho.

"Y también erró de hecho el Tribunal —sigue diciendo el recurso— al apreciar los documentos que obran a los fls. 21 a 34 del cdno. No. 3, porque todos ellos, sin excepción, se refieren a negocios de café realizados en febrero de 1957, y ya se vio atrás que los derechos y acciones que la General Foods Corporation dijo ceder a la Insurance Company of North America, son los provenientes de los contratos de transporte hechos el 26 de septiembre de 1956".

Luego de explicar por qué en su concepto el Tribunal violó los arts. 1969 del C. C., 605, 606, 607, 632 y 637 del C. J., y 276, 300 y 301 del C. de Co., todos por falta de aplicación, y los arts. 1768 del C. C. en armonía con el 662 del C. J., termina el recurrente diciendo que a consecuencia de los errores de hecho evidentes mencionados en este cargo, el Tribunal llegó "a reconocer como legítima, la personería sustantiva de la sociedad demandante, y... a hacer las condenaciones contenidas en los puntos segundo y tercero", (de la parte resolutiva de la sentencia).

Sexto cargo.- Se formula por error evidente de hecho al dar por establecida el Tribunal la legitimación en causa de la sociedad actora al estimar los documentos que se mencionan en este cargo, a consecuencia de lo cual violó indirectamente los arts. 276 del C. de Co., 637 y 645 del C. J., en concordancia con los arts. 1761 y 1765 del C. C., y los arts. 315, 317, 300, 303 y 308 del C. de Co.

En sustentación de este cargo el recurrente, luego de reproducir apartes pertinentes de las sentencias del Tribunal y del Juzgado, expresa que el fallador de segunda instancia "entendió que con los documentos que obran a fls. 1 a 14 del cdno. No. 3 se encontraba probada la legitimación en causa de la sociedad demandante", pero que de tales documentos no resulta tal cosa. En efecto, dice, de las cartas de porte resulta como consignataria de la carga en Buenaventura la sociedad "Representaciones Marítimas Ltda."; que conforme al art. 300 del C. de Co., la obligación del porteador de entregar la carga, so pena de daños y perjuicios, existe sólo frente al consignatario de esta, salvo que la carta se negocie; que en virtud de lo anterior "Representaciones Marítimas Ltda.", como consignataria de la carga, era la titular de aquel derecho y la única que podía cederlo, y que ella no ha cedido sus derechos a la sociedad demandante, ni a la "General Foods Corporation", que aparece como causante de aquella en las cesiones que obran en autos, lo que significa que dicha sociedad demandante no es titular de los derechos que reclama en este juicio; y que como los documentos que obran a fls. 21 a 34 del cdno. No. 3 están fechados todos en febrero 7 de 1957, ellos no tienen incidencia en la cesión hecha por la "General Foods Corporation" a la sociedad actora, cesión que se refiere a contratos celebrados el 26 de septiembre de 1956, no obstante lo cual el Tribunal dio por establecido con ellos que la sociedad cedente era la propietaria del café objeto de la acción deducida en este pleito.

Al considerar a la sociedad demandante como cesionaria de los derechos y acciones objeto de la demanda, expresa el recurrente, incurrió el Tribunal en error de hecho evidente "en primer lugar porque la cesión... se refiere expresamente a los contratos de transporte celebrados el 26 de septiembre de 1956, y los contratos cuyo incumplimiento se alega en la demanda tienen fecha 11 de febrero de 1957; y en segundo lugar, porque la cesión ha debido hacerla la consignataria de la carga en Buenaventura, o sea la sociedad "Representaciones Marítimas Ltda.", y no la General Foods Corporation... Sin embargo, el Tribunal no reparó en esta situación de hecho que muestran los autos, y yéndose contra la evidencia, reconoció a la Insurance Company of North America como cesionaria de unos derechos y acciones que no le han traspasado, y apoyado en ese error evidente consideró a la demandante como legitimada en causa, por activa".

Termina el recurrente la sustentación de este cargo que se examina diciendo que las disposiciones citadas por él como indirectamente violadas a consecuencia de los errores aludidos, lo fueron por falta de aplicación, siendo las pertinentes, y que si las hubiera aplicado "lo habrían llevado a aceptar la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora".

La Corte considera:

Desde varios puntos de vista los dos cargos

que se acaban de exponer confluyen, al través de la interpretación de errores de hecho en la apreciación de la prueba, a un objeto común: que la sentencia recurrida reconoció, sin ser el caso, que la sociedad demandante "Insurance Company of North America" es la titular efectiva de la acción de indemnización de perjuicios incoada en la demanda. Según el primer cargo, el error de hecho consistió en que el sentenciador perdió de vista que la cesión de derechos celebrada entre la "General Foods Corporation" como cedente y la sociedad demandante como cesionaria, se refirió a contratos de transporte celebrados el 26 de septiembre de 1956, en tanto que la acción ejercitada en la demanda, con base en tal cesión, se refiere a contratos de transporte celebrados el 11 de febrero de 1957. Y según el otro cargo en examen, hubo también error de hecho del sentenciador al no advertir que conforme a las cartas de porte la consignataria de la carga en Buenaventura era la sociedad Representaciones Marítimas Ltda."; que por lo tanto esta era la titular originaria del derecho a reclamar la entrega correspondiente o en su defecto la indemnización de perjuicios; y que en consecuencia dicha sociedad era la única legalmente habilitada para ceder esos derechos. No obstante lo cual, sin constancia alguna de que dicha consignataria hubiera hecho la cesión, la sentencia acusada aceptó como procedente de titular legítimo la transferencia que de los derechos aludidos hizo la "General Foods Corporation" a la sociedad actora.

Si se tiene en cuenta, entonces, que en el caso de autos entran en juego dos contratos; uno de cesión de derecho a la indemnización de perjuicios por la violación de un contrato de transporte, y otro, este mismo contrato de transporte, contratos distintos uno de otro, no obstante la vinculación resultante de ser objeto del primero derechos dimanantes del segundo, a las claras se advierte que los pretensos errores de hecho, punto de partida de los cargos en examen, no tocan propiamente con la apreciación del contrato de transporte, sino con el contrato de cesión de una acción indemnizatoria en razón del cual la sociedad funda su legitimación en la causa.

Precisado lo anterior, salta entonces la deducción de que si el Tribunal hubiera cometido, al apreciar las pruebas relativas a la cesión, los errores de hecho que se le achacan, las normas de derecho sustancial que habría violado a consecuencia de ello serían las pertinentes a la cesión de derechos, y no las propias del contrato de transporte. Lo cual significa, dentro de los rigores técnicos a que está sometido el recurso de casación, que para la debida conformación de los cargos era indispensable que el censor señalara como disposiciones sustanciales violadas, las pertinentes a la disciplina legal de la cesión de derechos.

No lo hizo así el recurrente, y eso sólo determina ya el fracaso de los cargos que se analizan. En efecto, empezando por descartar las numerosas disposiciones de derecho probatorio que los cargos señalan como violadas, pues normas de esa clase nada tienen que ver cuando se trata de censuras por violación indirecta en virtud de error de hecho en la apreciación de pruebas, de las demás en ellos citadas sólo una que menciona el primer cargo tiene alguna relación con la materia de la cesión de derechos: el 1969 del Código Civil. Pero es de ver que esta disposición, que se limita a decir cuándo se entiende que una cesión es de derechos litigiosos, y cuándo se considera un derecho como litigioso, ninguna aplicabilidad tiene en el presente juicio, puesto que, como se verá mejor al examinar otros cargos, la cesión de que en este juicio se trata no es de derechos litigiosos de la especie por esa disposición contemplada. Y por lo que reza con el 301 del C. de Co., que es otro de los textos citados por el recurso, tampoco es adecuado a la estructuración de los cargos, porque lo que regula son los efectos de la cesión de la carta de porte, y las acciones aquí controvertidas no recaen sobre cartas de porte sino, como lo dicen los certificados de cesión, sobre los derechos "emanados y derivados de una reclamación por la pérdida de ...sacos de café".

Al margen de lo anterior, o como consideración adicional para justificar el rechazo de los cargos en examen, es de observarse que las otras disposiciones propiamente sustanciales que los cargos citan como indirectamente violadas en concepto de no haber sido aplicadas, o sean los arts. 300, 303, 308, 315 y 317 del C. de Co., sí fueron aplicadas por el Tribunal en lo que correspondían al caso. Pues sobre estimar el fallador que existía la responsabilidad imputada a la sociedad demandada, y que la sociedad actora era titular de la acción ejercitada como cesionaria de ella, con base en esas disposiciones condenó a aquella. No pudo ocurrir violación, pues, por falta de aplicación de los aludidos preceptos.

Por lo expuesto, tales cargos no prosperan.

Segundo cargo.- Se formula por error de derecho en la apreciación de los certificados expedi-

dos por la Cámara de Comercio de Bogotá para acreditar la existencia de la sociedad demandada "Transportes Duque Ltda." o "Transportes Duque & Cía. Ltda.", a consecuencia de lo cual el Tribunal violó los arts. 2512, 2513, 2535 y 2539 del C. C. y 313 del C. de Co., por falta de aplicación, 2524 y 2539 por aplicación indebida, y con violación medio de los arts. 328, 329, 341, 342 y 343 del C. J., 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, y 632 del C. J.

En sustentación del cargo dice el recurrente que según los certificados en referencia expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad demandada se constituyó por escritura 2.700 de 18 de agosto de 1947, de la Notaría 3a. de Bogotá; que la duración de la sociedad se estipuló en tres años contados a partir de la fecha de la escritura social, habiéndose confiado la administración a los dos socios fundadores con iguales facultades de representación, y quienes serían sus liquidadores con facultad para obrar conjuntamente; que el término de duración de la sociedad venció el 18 de agosto de 1950, fecha en la cual entró en liquidación, representada conjuntamente por los socios liquidadores; y que estos hechos están plenamente probados con los certificados en referencia, por lo cual no reconocerlo así "es incurrir en un manifiesto error de derecho en la estimación y valoración de la prueba que se analiza".

Dice luego el recurrente que estando ya disuelta la sociedad, según lo anterior, se otorgó la escritura 877 de 14 de mayo de 1951, de la Notaría 5a. de Bogotá, por la cual se produjeron algunos cambios en el personal de socios y, echándose de menos que la sociedad estaba disuelta, se modificaron los estatutos en varios sentidos, entre otros confiando su administración a todos los socios "con la única limitación de $ 20.000.00 para la celebración de operaciones, actos y contratos referentes a la comunidad, para este momento ya formada.. y se nombró como liquidadores a los tres socios". Que después vino la escritura 1836 de 29 de agosto de 1952 por la cual se hicieron nuevas reformas a los estatutos, "y los tres socios de común acuerdo resolvieron hacer una distribución de cargos y nombramientos, siendo designado uno de ellos Gerente General, otro Gerente Seccional, y el otro Auditor General, y que la anterior era la situación de la compañía en el momento en que se presentó la demanda de este juicio.

Trae a cuento el recurrente otras reformas sociales producidas con posterioridad, y por ese relato histórico deduce que de los certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá materia del cargo se desprende, que la sociedad se disolvió desde el 18 de agosto de 1950 y que desde ese momento quienes llevan su representación, como liquidadores, son los socios Luis A. Duque Peña y Carlos Jiménez; que las escrituras que se otorgaron después de la disolución, entraron a regular la sociedad en su período de liquidación y como una comunidad; y que cuando se notificó la demanda de este juicio, en los días 10 y 18 de febrero de 1958, estaba rigiendo la escritura 2.700 de 18 de agosto de 1947, según la cual "los socios serán los liquidadores con facultad de obrar conjuntamente, pudiendo de común acuerdo designar un tercero", estipulación que repitió lo que ya estaba consagrado en la escritura 877 de 14 de mayo de 1951.

Transcribe en seguida el cargo los apartes de la sentencia acusada en que se trata de la existencia y la representación de la sociedad demandada, y expresa que el Tribunal "al hacer la estimación y valoración" de los certificados de la Cámara de Comercio aludidos, llegó a la conclusión de que aquella "se encuentra vigente sin reconocer el estado de liquidación en que quedó desde el 18 de agosto de 1950, para concluir que la notificación de la demanda hecha a Víctor Manuel y Alberto Duque Peña el 10 de febrero de 1958 interrumpió la prescripción de la acción que se ejercita en este juicio, sin que para ello fuera necesario notificar al otro socio Luis A. Duque Peña". Con ese razonamiento rechazó el Tribunal la excepción de prescripción propuesta desde la contestación de la demanda, excepción que se hizo consistir en que habiéndose celebrado el contrato de transporte el día 11 de febrero de 1957, y no habiéndose hecho la notificación de la demanda a los tres socios dentro del año siguiente, la acción quedó prescrita.

El error de derecho en que incurrió el Tribunal, continúa diciendo el recurrente, al apreciar y valorar los certificados en mención, hizo que tuviera a la sociedad demandada como no disuelta, y por ese error llegó a estimar que las escrituras otorgadas con posterioridad a dicha disolución eran verdaderas reformas sociales. Cuando en realidad, estando como estaba disuelta la sociedad desde agosto de 1950, el único valor que puede atribuírsele a dichas escrituras "es el de entenderlas como normas dadas por los asociados, para regular el proceso de liquidación... Sin embargo, para el Tribunal pasó inadvertida esta situación que muestra el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá,

y no vio que la sociedad demandada había quedado disuelta desde el 18 de agosto de 1950..., sino como simples regulaciones dadas por los asociados, para llevar a cabo el proceso de liquidación".

Reitera luego el recurrente que por haberse disuelto la sociedad desde la fecha antes indicada, a partir de ese momento vino a quedar representada por los liquidadores indicados en la escritura de liquidación, o sea por los socios fundadores o sus sucesores, concretamente por Luis A. Duque Peña como socio fundador y por Alberto Duque Peña como cesionario del otro socio fundador Carlos Jiménez, liquidadores que conforme a la misma escritura debían obrar conjuntamente. Y recuerda también que por la escritura 877 de 14 de mayo de 1951, "que no puede tomarse como una reforma o prórroga de la sociedad disuelta sino como una reglamentación de la comunidad formada precisamente por esa disolución, también se estipuló que en el caso de liquidación, esta se haría por los tres socios, que allí fueron nombrados como liquidadores", esto es, por Luis A., Víctor Manuel y Alberto Duque Peña.

Comenta a continuación el censor que como el término de prescripción de la acción venció entre el 11 y 14 de febrero de 1958, que impone aceptar que el 18 de febrero de 1958, cuando se notificó la demanda a Luis A. Duque Peña, la acción ya estaba prescrita. "Y así ha debido reconocerlo el Tribunal, no sólo porque el demandado pidió expresamente que la notificación del libelo se hiciera a los tres socios, sino porque solo los tres conjuntamente, han tenido la representación de la sociedad demandada, por el hecho de haber quedado disuelta y en estado de liquidación desde el 18 de agosto de 1950. Pero si se tomaran las escrituras 877 de 14 de mayo de 1951, lo mismo que la 1836 de 29 de agosto de 1952 y la 1075 de 2 de abril de 1956, como verdaderas reformas sociales, que no lo son puesto que la sociedad estaba disuelta, en este caso también hay que aceptar que la interrupción de la prescripción no operó, debido a que la notificación al Gerente General (nombrado por la escritura 1075) solamente se llevó a cabo el 18 de febrero de 1958, cuando ya había prescrito la acción. Pero el Tribunal, errando de derecho en la calificación jurídica dada al certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, consideró a "Transportes Duque Ltda." como sociedad vigente, y no como sociedad disuelta y en estado de liquidación. Y en razón de tal error, y con aplicación de las normas de la escritura 877, les atribuyó a todos y cada uno de los socios la representación judicial y extrajudicial de la compañía; y como consecuencia concluyó que por la notificación de la demanda a Alberto y Víctor Manuel Peña, el 10 de febrero de 1958, se interrumpió la prescripción de la acción propuesta en el libelo, y así llegó a desestimar... la excepción de prescripción oportunamente alegada".

Y termina el recurrente expresando por qué, en su opinión los errores de derecho apuntados al Tribunal produjeron la violación indirecta de las disposiciones legales que el cargo cita.

La Corte considera:

En lo substancial, el cargo consiste en que el Tribunal, con vista en las certificaciones de la Cámara de Comercio y Bogotá relativas a la constitución y reformas de la entidad demandada, tuvo a esta como sociedad regular, representada conforme a los estatutos por cada uno de sus socios, dejando de advertir que conforme a esos mismos certificados dicha sociedad había quedado disuelta desde el 18 de agosto de 1950, por expiración del plazo estipulado para su duración, fecha a partir de la cual entró en estado de liquidación, representada ya por liquidadores que al tenor de la escritura de continuación debían obrar conjuntamente. En virtud de esto último, la demanda que encabeza el presente juicio no podría producir la interrupción de la prescripción extintiva de la acción en ella ejercitada, sino una vez notificada a todos los liquidadores, y como la notificación dicha se hizo a uno de estos cuando la prescripción ya estaba consumada, aquel error del Tribunal lo llevó a desconocer la existencia de la excepción de prescripción extintiva alegada desde la contestación de la demanda, no obstante aparecer demostrada, y con ello a violar las disposiciones legales que el recurso cita.

Bien se ve, entonces, que el anterior planteamiento no revela un error de derecho que hubiera cometido el Tribunal en la apreciación de los mencionados certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá al haberle negado a estos el valor probatorio que la ley les asigna, que es una de las formas del error de derecho en la apreciación de pruebas. Lo que dicho planteamiento indica ciertamente es que el error cuya imputación intenta el recurrente sería de hecho, desde el momento en que se hace consistir en no haber percatado el sentenciador, al examinar objetivamente los certificados en referencia, que de acuerdo con su contenido la sociedad de

que tratan se constituyó con un plazo de duración que expiró sin que hubiera sido prorrogado, a consecuencia de lo cual quedó disuelta y en estado de liquidación.

El cargo viene, pues, equivocadamente enfocado por error de derecho en la apreciación de pruebas, cuando tendría que haberlo sido por error de hecho en tal apreciación, defecto de planteamiento este que de plano lo condena al fracaso, habida consideración a la índole inflexible de este recurso extraordinario, como lo tiene establecido en forma reitereada la doctrina de la Corte.

No obstante ello, la Sala quiere destacar que aún en el evento de que el defecto de técnica notado no existiera, el cargo tampoco estaría llamado a prosperar, pues independientemente de que el Tribunal haya visto o no que la sociedad efectivamente se disolvió por expiración del plazo estipulado para su duración, lo cierto es que sus juicios en torno a las personas en quienes radicaba la representación de ella en el momento de la demanda, y a los alcances de dicha representación en el plano judicial, no fueron equivocados, por las siguientes breves razones:

a) Porque si bien la sociedad se disolvió por la causal expresada y por lo tanto quedó en condiciones de ser liquidada, lo evidente es que en ningún momento se procedió a esto último, sino que continuó ejerciendo su objeto social a plenitud, como fluye de autos. En estas circunstancias, habiéndose omitido proceder a la liquidación, como correspondía, y pasando por alto el hecho de su disolución, no es admisible la afirmación del recurrente de que las escrituras otorgadas por los socios con posterioridad a la disolución hubieran estado simplemente enderezadas a regular la liquidación, pues la continuación en el ejercicio regular del objeto social crea una situación que no es compatible con la de la liquidación;

b) Porque así las cosas, las aludidas escrituras relativas al funcionamiento de la empresa social después de disuelta, y más concretamente en lo tocante con la representación de esta, daban a los terceros derechos para atenerse a lo estipulado en ellas, según resultase de su registro en la Cámara de Comercio;

c) Porque entre esas escrituras figura la número 877 de 14 de mayo de 1951, en la cual los socios acordaron, entre otras cosas, que "la administración de la sociedad estará a cargo de todos los socios quienes tendrán derecho al uso de la razón social, con iguales poderes y representaciones...", ordenación que la posterior escritura 1075 de 2 de abril de 1956 dejó vigente. El hecho de que en esta última escritura los socios se hubieran designado recíprocamente para los cargos de Gerente General, Gerente Seccional y Auditor General, respectivamente, sin determinar las funciones particulares correspondientes a cada uno de tales cargos, no vino a implicar cambio alguno en el sistema de su representación, ni a despojar por lo tanto a cada socio de la facultades que a este respecto les confirieron las citadas escrituras 877 y 1075; y

d) Porque en las circunstancias indicadas, que eran las que regían cuando se inició el presente juicio, la sociedad podía ser demandada eficazmente al través de cualquiera de sus socios, pues cada uno de ellos tenía por sí solo la representación judicial de ella, y en consecuencia la notificación de la demanda a cualquiera de ellos estaba destinada a producir respecto de la sociedad la totalidad de sus efectos, entre otros la interrupción de la prescripción extintiva de la acción ejercitada. No obstante a lo dicho que en el presente caso la demanda hubiera señalado a todos los socios como representantes de la sociedad demandada, pues en ello no cabe ver sino precaución del actor manifestada en superabundancia de requisitos, en ningún caso modificación de una representación nacida como solidaria por voluntad de los mismos que la confirieron.

Por lo dicho, el cargo se rechaza.

Tercer cargo.- Se formula por violación directa de los arts. 2524 y 2539 del C. C., por interpretación errónea; del art. 313 del C. de Co., por indebida aplicación; y de los arts. 2513 y 2535 del C. C., en armonía con el 343 del C. J., por falta de aplicación.

Al sustentarlo, empieza el recurrente por reproducir los apartes de la sentencia del Tribunal en que se sostuvo la tesis de que en el caso de autos la interrupción civil de la acción ejercitada en la demanda se produjo con la sola presentación de esta, es decir, con anterioridad a su notificación a los representantes de la sociedad demandada, por interpretación en tal sentido de los arts. 2539 y 2524 del C. C. Y pasa luego a criticar esta concepción, diciendo en síntesis que conforme a los arts. 2513 del C. C. y 343 del C. J. la excepción de prescripción debe siempre ser alegada; que la Corte, según sentencia que se transcribe en parte, sentó doctrina en el sentido de que la excepción de prescripción, como medio de defensa del demandado, no puede ope-

rar sino cuando se ha conformado la relación procesal; que en virtud de lo anterior, es forzoso concluir que la interrupción de la prescripción no se produce con la sola presentación de la demanda, sino con la notificación de ella en debida forma al demandado, "y esto en razón de que la excepción de prescripción es un derecho establecido para el demandado, con la finalidad de enervar la acción que se le propone; y la acción de que se trate, no puede ser conocida por el demandado sino previa notificación del auto admisorio de la misma"; y que siendo ello así, como la notificación de la demanda sólo vino a quedar consumada cuando esta se le notificó al socio Luis A. Duque Peña, o sea el 18 de febrero de 1958, ya para entonces estaba vencido el tiempo de prescripción de la acción y así debió reconocerlo el Tribunal, lo que no hizo.

Se considera:

1. En relación con la interrupción civil de la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, a consecuencia de la interposición de la demanda, contemplado en los arts. 2524 y 2539 del C. C., es doctrina tradicional y permanente de la Corte la de que dicho fenómeno no se consuma con la sola presentación de la demanda, sino en el momento en que esta es notificada al demandado. (G. J. XXII, pág. 408; T. LIV Bis, pág. 19; números 2032, pág. 634; 2050, pág. 660; 2025, pág. 658; 1978, pág. 193; 2154, pág. 432, entre otras). En uno de los aludidos fallos dijo:

"Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia nacional que la interrupción civil de la prescripción extintiva se opera por juicio formal en que comparece la parte que puede alegarla, según principio general de derecho civil. Es la notificación oportuna de la demanda en que se ejercita la acción, lo que interrumpe el lapso prescriptivo. Uno de los efectos legales de la notificación del auto admisorio de la demanda, de su traslado, aunque no determinado expresamente en la Ley 105 de 1931, sigue siendo en doctrina procesal y a la luz de los arts. 2524 y 2539 del C. C., como lo estatuía el numeral 2o. del art. 421 del antiguo C. J., la interrupción de la prescripción de la acción. El auto en que se admite la demanda y se ordena su traslado legal no puede producir ningún efecto según la disposición del art. 327 del C. de P. C. En ninguna forma dice el art. 2539 del C. C. que la interrupción civil de prescripción se opera por la sola presentación de la demanda. Por el contrario, se establece allí con la referencia de las excepciones señaladas en el art. 2524, que la interrupción no tiene lugar si la notificación de la demanda no ha sido hecha en la forma legal. 'Desde luego que si no se considera interrumpida cuando la demanda no se ha notificado legalmente, es la notificación y no la introducción de la demanda lo que produce el efecto de cortar la prescripción, sin que pueda decirse lo contrario, porque si simplemente se anulara el juicio por falta de notificación o por ser esta ilegal, quedaría vigente la interpretación por virtud de la sola presentación de la demanda y no habría motivo para declararla ineficaz a causa de no haberse notificado, y así se violaría el texto expreso del art. 2524 del C. C. Si no se interrumpe la prescripción cuando la demanda no se ha notificado en la forma legal o en forma alguna, es claro que después de vencido el plazo necesario para prescribir, aunque se haya establecido antes la demanda, sería inútil la notificación porque no se puede interrumpir lo que se ha consumado, ni cortar un plazo que está vencido' (T. XXII, pág. 408; G. J. 2050, pág. 660)".

2. No sólo no encuentra hoy la Corte razones para modificar la anterior doctrina, sino que halla otras que la corroboran. En efecto:

a) Ha de considerarse en primer término, que cualquier discusión posible acerca de si la interrupción civil de la prescripción se produce con la mera presentación de la demanda o con su notificación al demandado, quedó definitivamente zanjada en el ámbito de nuestro derecho positivo por el mandato contenido en el inciso segundo del art. 181 del C. J., al decir: "Durante el tiempo de vacancia, la persona que quiere interrumpir una prescripción... puede presentar su demanda al Alcalde Municipal de la residencia del demandado, a fin de que éste haga la notificación y le devuelva al peticionario la solicitud con lo actuado; pero el término para contestar la demanda, cuando a ello hay lugar, no empieza a correr al demandado sino desde el día siguiente útil a aquel en que se le corre el traslado legal ordenado por el Juez competente".

Comentando esta disposición, dijo la Comisión Redactora del C. J. vigente: "Salta a la vista la ventaja de este sistema, pues el demandante obtiene el bien de la interrupción de la prescripción..., y al demandado no le corren los términos sino desde el día de que habla el texto. Muchas gentes hay, sobre todo en los campos, que no van a las poblaciones sino a la misa del domingo, ocasión en la cual se les puede ha-

cer las notificaciones que ellos esquivan recogiéndose en sus haciendas".

Frente a la norma legal considerada, no parece discutible que está inspirada en la idea fundamental de que la interrupción civil de la prescripción sólo se produce con la notificación de la demanda al demandado, pues si no fuera así sería inexplicable que para el logro del fin que la norma se propone, se exigiera la notificación, en vez se hacerlo depender únicamente de la presentación de la demanda ante el Alcalde Municipal. Sin que valga redargüir que el art. 181 en referencia es excepcional, porque esta condición la tiene sólo en cuanto a la necesidad que había de suplir la falta de Juez ante quién presentar la demanda, no en cuanto a la actuación a seguir para que la interrupción de la prescripción se produjera. Actuación que si la ley exigió para ese caso, es porque se supone que la exige también para los casos normales u ordinarios, lo cual permite entender que el citado artículo 181 vino implícitamente a corroborar lo que prescriben los arts. 2524 y 2539 del C. C. a propósito del momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción contemplada en ellos.

b) Se habla en el campo del derecho procesal de ciertos efectos que, además de los que genera en el interior del proceso, produce la demanda fuera de él, y concretamente sobre la relación jurídica material objeto del litigio. Son los llamados efectos sustanciales o materiales de la demanda, de los cuales, en lo que a nuestro derecho civil respecta, pueden citarse como ejemplos los previstos en los art. 1521, 964, 966 y 1969 del C. C., y desde luego en los arts. 2524 y 2539 ibídem, sobre interrupción civil de la prescripción, que son los que aquí interesan.

Pero enseña la doctrina procesal que los efectos sustanciales o materiales aludidos no los engendra la demanda judicial por sí sola, o en virtud de su mera presentación al Juez. Como la demanda judicial está destinada en primer término a constituir la relación procesal, y es en realidad de esta de donde surgen todos los efectos tanto internos como externos atrás mencionados, de ello resulta que, como dice Chiovenda, "la demanda judicial *existe* en el momento en el cual es comunicada a la otra parte, y en aquel momento existe la relación procesal"; y, como consecuencia de ello, *salvo que la ley disponga otra cosa* (subraya la Sala), los efectos de la existencia de la relación procesal se remontan al momento de la demanda judicial, esto es, al momento en que es notificada a la otra parte. (Chiovenda, "Principios", T. II, vol. 1, pág. 63 y 64; de la Plaza "Derecho Procesal Civil Español", tomo I, pág. 384).

Si la interrupción de la prescripción es efecto de la demanda en cuanto mediante esta se constituye la relación procesal, ese efecto no se produce sino una vez constituida esta, o sea al notificarse la demanda, *salvo que norma especial disponga otra cosa,* como sucede en algunas legislaciones. Por donde se vé que la jurisprudencia de la Corte arriba mencionada, afianzada todavía más a partir de la vigencia del art. 181 del C. J., encuentra respaldo adicional en la circunstancia de que ella se acomoda a cabalidad a la concepción sistemática del proceso como una relación jurídica.

3. De conformidad con todo lo anterior, el cargo estaría llamado a prosperar. Mas sucede que como el Tribunal se fundó para tener por interrumpida oportunamente la prescripción de la acción ejercitada en este juicio, no sólo en la razón atacada en el cargo que se examina, sino también en otras que han de permanecer intactas, según se vio al examinar el segundo cargo y se verá al examinar el cuarto, siendo la subsistencia de estas bastante para cimentar aquella conclusión, viene a ser claro que por caer apenas una de sus varias bases no puede haber lugar a la casación solicitada por el recurrente.

Cuarto cargo.- Se formula por error de derecho en la apreciación por el Tribunal del poder conferido por la sociedad demandada a un abogado para que la representase como parte civil en el proceso penal que se ventiló en averiguación de la pérdida del café materia de la acción, y a la demanda misma de constitución en parte civil que se formuló en ejecución de dicho poder. Como disposiciones indirectamente violadas cita el recurso los arts. 2512, 2513, 2524, 2535, 2538 y 2539 del C. C., 313 del C. de Co., y 604, 606, 607 y 632 del C. J.

Dice el recurrente que el Tribunal estimó que por el hecho de haber conferido la sociedad el poder aludido, y por haberse presentado en nombre de ella la demanda de constitución en parte civil en el proceso penal, la sociedad demandada hizo un reconocimiento tácito de su obligación de responder por el café cuyo transporte se le había confiado; que al asignar el Tribunal tal alcance a las citadas piezas, les dio "una calificación y valoración jurídica que no tienen, cual fue, la de haber visto, tanto en el poder, como en la demanda de constitución en parte civil, el reconocimiento por parte de la

sociedad demandada de la obligación de responder por el valor del cargamento que se le había confiado ...Es decir, que calificó el contenido de tales documentos, como hechos, con virtualidad jurídica suficiente para interrumpir naturalmente la prescripción de la acción de responsabilidad emanada del contrato de transporte... El error ...es de derecho, toda vez que le dio a los documentos mencionados, un efecto y valor probatorios que no tienen, cual es el de haber deducido de ellos un reconocimiento de la obligación... y con base en ese reconocimiento estimó la intervención de "Transportes Duque Ltda." como hecho suficiente para producir la interrupción de la prescripción".

Transcribe la censura en seguida tanto el poder como la demanda de constitución en parte civil, y comenta luego: "Del texto de la demanda transcrita, y del poder..., no se encuentra la confesión que ve el Tribunal por parte de la sociedad demandada, del reconocimiento tácito de la obligación de responder por el valor del cargamento... Allí sólo se pone de presente la actividad de la empresa transportadora, ejercida en cumplimiento de los arts. 298 y 299 del C. de Co.". En virtud del error de derecho apuntado, el Tribunal llegó a dar por interrumpida naturalmente la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, y por eso no declaró prescrita dicha acción, acogiendo en cambio las peticiones de la demanda, en vez de haber decidido a la inversa. Con ese proceder violó por aplicación indebida los arts. 2524 y 2539 del C. C., y dejó de aplicar el 313 del C. de Co., en armonía con los arts. 2512, 2513, 2535 y 2538 del C. C., y violó también de paso, al dar al poder y a la demanda de constitución en parte civil "un efecto y un valor jurídico que no tienen, o sea como confesión extrajudicial, o judicial", los arts. 604, 605, 606 y 607 del C. J., relativos a la prueba de confesión.

Se considera:

Visto como queda del examen de cargos anteriores que ha de mantenerse en pie la negativa del Tribunal a declarar probada la excepción de prescripción de la acción, con fundamento en haber quedado ella civilmente interrumpida, en momento oportuno y a raíz de la notificación de la demanda que encabeza este juicio, para el recurso que se decide pierde todo interés el cargo ahora en examen, en el que se somete a discusión la opinión del Tribunal de que esa misma prescripción fue también objeto de interrupción natural, por haber reconocido la demandada la obligación que aquí se le deduce. Pues si la interrupción civil ocurrió, viene a ser indiferente que la natural haya o no ocurrido, e indiferente también cualquier error en que pueda haber caído el Tribunal al aceptar lo primero. No obstante lo qué esta advertencia implica, en relación con este cargo la Corte observa:

Como se afirma en la sustentación del mismo, el Tribunal efectivamente estimó que por haber la sociedad demandada conferido el poder para constituirse en parte civil, y por haberse constituido efectivamente como tal en el proceso penal que se adelantó con ocasión de la pérdida del café que dio lugar al presente juicio, reconoció tácitamente con ello la obligación que aquí se le demanda, produciendo así una interrupción natural de la prescripción de dicha obligación. A ese respecto el Tribunal se expresó así:

"Esta actuación de la sociedad demandada implica un reconocimiento tácito de su obligación de responder por el valor del cargamento que le había sido encomendado por medio del contrato de transporte, porque no siendo se su propiedad, como realmente no lo era, solo se explica su cobro dentro del juicio penal como encaminado a reembolsarse de lo que debía reconocer al propietario o consignatario por razón de la pérdida del expresado cargamento. Lo contrario sería admitir que la sociedad demandada pretendía un provecho económico del ilícito cometido por terceros delegados suyos para ejecutar la materialidad del transporte, y es evidente que no aparece ese ánimo por parte alguna, sino que por el contrario se manifestó en la denuncia de los hechos ante los instructores penales y en la actividad desplegada para obtener la condena. La demanda de parte civil se presentó el 21 de mayo de 1957, fecha en que tácitamente quedó interrumpida la prescripción por reconocimiento de la obligación por el deudor, ya que en el mismo libelo se afirma que 'los ciento quince bultos de café les habían sido entregados por Aristizábal & Cía., para que los hicieran transportar de Medellín a Buenaventura'. Es decir, que no cobra la demandada los perjuicios causados con el ilícito investigado para sí, sino como transportador con las obligaciones propias, según se deduce de la frase transcrita".

Estima el recurrente que el Tribunal, al razonar así, encontró que al conferir el poder y al constituirse en parte civil, la sociedad demandada confesó la obligación que aquí se le deman-

da. Es decir, que fue la prueba de confesión la que lo condujo a admitir que se había producido una interrupción natural de la prescripción de aquella obligación. Y en armonía con esa manera de ver las cosas, al formular el cargo por error de derecho lo acomoda a la técnica propia de la causal de casación a que corresponde, citando como infringidas, con violación medio, las normas que señalan el valor probatorio de la confesión.

Pero si se tiene en cuenta que el Tribunal no afirma expresamente que las piezas probatorias en referencia contengan una confesión de la obligación demandada; que en razón de la presunción de acierto que ampara todas y cada una de las partes integrantes de una sentencia, no cabe suponer que el Tribunal hubiera incurrido en el error de ver en tales piezas una confesión en el sentido indicado, no apareciendo de ellas, como en efecto no aparece; y que del aparte pertinente antes transcrito de la sentencia lo que se desprende es que del tenor de las piezas probatorias aludidas el Tribunal solamente sacó la inferencia o deducción de que con el proceder representado en ellas la sociedad demandada había hecho un reconocimiento tácito de la obligación, se impone llegar a la conclusión de que el Tribunal no incurrió en el error de apreciación probatoria que concretamente se le reprocha, o sea haber hallado prueba de confesión donde no la ha habido.

Sí, como se acaba de insinuar, el Tribunal tuvo los referidos poder y demanda de constitución en parte civil como hechos indicativos de que la sociedad demandada reconoció su obligación, no como prueba confesoria directa de este reconocimiento, era entonces en el campo de la prueba indiciaria donde el cargo por error de hecho o de derecho en la apreciación de aquellos documentos era susceptible de ser planteado no en el campo de la prueba de confesión.

Por lo dicho, se desestima el cargo.

Quinto cargo.- Viene formulado por violación directa de los arts. 254 del C. de Co., en concordancia con los arts. 1969, 1970, 1971 y 1757 del C. Civil, por falta de aplicación; de los arts. 305 y 368 del C. de Co., en armonía con el 1613 del C. Civil, y 553 del C. J., por indebida aplicación; y del art. 1617 del C. C. por falta de aplicación.

Lo sustenta el recurrente diciendo que la sociedad actora en este juicio obra como cesionaria; que según se ve de las notas de cesión hechas por la "General Foods Corporation" a favor de la sociedad actora, "no hay ninguna duda de que se trata de la cesión de derechos litigiosos regulada por el Código Civil"; que según el art. 1971 que hace parte de esta regulación, el deudor no es obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que este haya dado por el derecho cedido; con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor, salvo las excepciones legales; que de acuerdo con lo anterior, y tratándose como se trata aquí de la cesión de un derecho litigioso, la sociedad demandada no estaría obligada a pagar sino lo que la sociedad cesionaria dio por los derechos cedidos, lo que significa que en las notas de cesión debió haberse dejado constancia del título a que se hicieron, y, si este fue de compraventa, del precio que se cubrió por razón de las respectivas cesiones. Pero que allí no se dejó constancia de nada de ello, ni en los autos aparece demostrado que las cesiones hayan tenido como causa una de las que constituyen excepciones a la regla del citado art. 1971; y que en esas condiciones, la parte actora debió afirmar en la demanda tanto el título por el cual se hicieron las cesiones, como el precio que se pagó por ellas, lo que no hizo, ni demostró posteriormente en el término probatorio del juicio. Luego de transcribir los apartes de la sentencia acusada en que el Tribunal deduce la obligación de la sociedad demandada a pagar los perjuicios solicitados en la demanda, comenta el recurrente que si "la demanda la hubiera iniciado directamente la consignataria del café... podría pensarse en la viabilidad de la tesis del Tribunal, mas no, tratándose de un cesionario de derechos litigiosos, por cuanto el art. 1971 del C. C. limita la pretensión del cesionario demandante al valor de lo que este haya pagado por el derecho cedido, y a los intereses...", circunstancia esta que, por no haberla tenido en cuenta el Tribunal, lo llevó también al error de condenar a la demandada a pagar perjuicios por concepto de lucro cesante y daño emergente, y a fijar las directrices en consonancia con las cuales habría de hacerse la liquidación de aquellos por el procedimiento del art. 553 del C. J

La Corte considera:

Desde el momento en que el cargo aparece estructurado con apoyo en que las cesiones de derechos celebrados entre la "General Foods Corporation" como cedente, y la sociedad demandante como cesionaria, son cesiones de derechos litigiosos, sujetas como tales al derecho de re-

tracto contemplado en el art. 1971 del C. C., se halla colocado fuera de toda realidad jurídica y es por lo mismo inocuo.

En efecto, conforme claramente lo expresa el art. 1969 del C. C. se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, de que no se hace responsable el cedente". Y el mismo artículo identifica en seguida el concepto de derecho litigioso diciendo que "se entiende litigioso un derecho, para los efectos de los siguientes artículos, desde que se notifica judicialmente la demanda". Se ve claro, pues, que en virtud de la disposición transcrita la calidad de litigioso de un derecho, para los efectos allí mismo considerados, no depende de la circunstancia de que para la declaración de su existencia, o para hacerlo efectivo, haya de acudirse al órgano jurisdiccional, sino decisivamente de que ya esté bajo el conocimiento de este, y, más todavía, de que la respectiva demanda haya sido ya notificada al demandado.

Si en el caso de autos es ostensible que las cesiones hechas en favor de la sociedad demandante tuvieron lugar con anterioridad a la iniciación del presente juicio, que fue precisamente promovido por la cesionaria en calidad de tal, salta a la vista que esas cesiones no fueron de derechos litigiosos en el sentido que los entiende como tales el art. 1969 del C. C., y que por lo tanto no les es aplicable el art. 1971 ibídem, ni ninguno de los que reglamentan la enajenación de esa clase de derechos. Por donde se concluye que caen en el vacío los argumentos que aduce el recurrente para sustentar el cargo que se examina, llevándose de paso el cargo mismo.

Se rechaza por consiguiente este cargo.

Séptimo cargo.- Error de derecho en la apreciación de pruebas, con violación indirecta de los arts. 1964 del C. C., en armonía con los 265, 276, 300, 303, 308, 315, 317, 306 del C. de Co.; el art. 1o. de la Ley 95 de 1890; el art. 1604 del C. C. en armonía con el 63 del mismo código; y los arts. 632, 637, 645, 668 y 693 del C. J., en armonía con los arts. 1761 y 1762 del C. C.

Al fundamentarlo, el recurrente reproduce en primer lugar los términos en que se propuso en la contestación de la demanda la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, lo mismo que los apartes de la sentencia acusada en que el Tribunal se refiere a esta excepción para rechazarla. Comentando estos apartes de la mencionada sentencia, dice que según el art. 300 del C. de Co. en el contrato de transporte el porteador queda directamente obligado con el consignatario, y que por lo tanto sólo en favor del consignatario está consagrada la presunción de culpa que a cargo del porteador impone el art. 306 del C. de Co. "por consiguiente agrega, cuando es el consignatario quien demanda al porteador, sólo él tiene en su favor la presunción de culpa a cargo del transportador por la pérdida, avería o retardo en el cumplimiento del contrato de transporte y por el incumplimiento del mismo contrato. No así cuando el consignatario ha cedido el derecho y las acciones que le corresponden frente al transportador, como en el caso alegado", pues conforme al art. 1964 del C. C. la cesión de un derecho no traspasa los beneficios o ventajas personales del cedente. Lo cual quiere decir que para el caso de autos a la sociedad "Transportes Duque Ltda." solo le basta demostrar que no ha incurrido en culpa leve para exonerarse de toda responsabilidad de acuerdo con el art. 1604 del C. C., y habida consideración a que el contrato de transporte se hace en beneficio recíproco de ambas partes contratantes.

Con base en lo anterior, pasa el recurso a relacionar el contenido de diversas pruebas obrantes en autos, en averiguación, dice, de si ellas acreditan que la sociedad demandada puso en el cumplimiento de los contratos de transporte a que se refiere el libelo de demanda, la diligencia y cuidado que ordinariamente se emplea en los negocios propios, y concluye de ello que "todas las pruebas anteriormente relacionadas, apreciadas y valoradas en forma legal, de acuerdo con la naturaleza de cada una de ellas, demuestran o prueban plenamente que la sociedad transportadora del café empleó el cuidado y diligencia propios para el caso... Igualmente de ese acervo probatorio aparece plenamente configurado el hecho imprevisto, que consistió en que el dueño del camión, encargado para hacer el transporte..., se apropió del cargamento, por un acto realizado... en condiciones que ya no pudo impedir la sociedad...; y todo ello ocurrió sin que a esta sociedad le hubiese sido posible prever el acontecimiento y... sin haber sido preparado por su culpa...A este respecto conviene advertir que en el caso de que de las pruebas anteriores no hubiese encontrado el Tribunal probado el caso fortuito, ha debido deducir de ellas la ausencia de culpa de la sociedad "Transportadores Duque Ltda.", y con base en el reconocimiento de tal hecho correspondíale declarar exenta de toda responsabilidad a la entidad demandada. No lo hizo así el Tribunal, precisamente por el error de derecho en que incurrió en la apreciación y valoración de varias pruebas que se analizan en este cargo", y por eso violó las siguientes disposi-

ciones que el cargo menciona en su parte final, explicando el concepto y el sentido en que a su parecer fueron violadas: los arts. 63, 1604 y 1964 del C. C., por falta de aplicación; y los arts. 306 del C. de Co. y 1o. de la Ley 95 de 1890, por aplicación indebida. Además, los arts. 632, 637, 645, 668 y 693 del C. J., en armonía con los arts. 1761 y 1762 del C. C., relativos a pruebas, por violación medio.

Se considera:

El razonamiento del recurrente se presenta eslabonado lógicamente así: a) que las cesiones de derecho en virtud de las cuales accionó la sociedad demandante, no traspasaron a esta los beneficios o ventajas personales de la sociedad cedente, conforme al art. 1964 del C. C.; b) que la presunción de culpa que consagra el art. 306 del C. de Co. a cargo del porteador, constituye un beneficio o ventaja personal del consignatario, por lo cual en las cesiones aludidas antes no quedó comprendido el beneficio resultante de dicha presunción; c) que en estas circunstancias, a la sociedad demandada le era suficiente, para exonerarse de la responsabilidad que se le deduce en la demanda, demostrar que no incurrió en culpa; d) que con las pruebas mencionadas en la sustentación del cargo, quedó demostrada no sólo la ausencia de culpa de la sociedad demandada, sino también la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito; y e) que por errónea apreciación de estas pruebas, el Tribunal no absolvió a la parte demandada, violando así el art. 1964 y demás normas que el cargo cita.

Analizando este planteamiento, se advierten de inmediato dos circunstancias que lo inhabilitan técnicamente. En primer lugar, que la base del mismo se hace consistir en realidad en una presunta violación directa del art. 1964 del C. C., en cuanto no fue aplicado, violación que condujo al Tribunal a apreciar erróneamente las pruebas que el cargo cita, por error de derecho, al no dar establecidas con ellas la ausencia de culpa de la sociedad demandada, y aún más, la fuerza mayor o caso fortuito alegado como excepción; y en que esta errónea apreciación de las pruebas llevó igualmente al Tribunal a violar el mismo art. 1964 y las demás disposiciones citadas en el cargo, indirectamente. Como se ve, la censura ofrece una combinación inaceptable de violación directa e indirecta, con el extravagante resultado de que la infracción directa del art. 1964 mencionado, ocasionó error de derecho en la apreciación de las pruebas, y este error causó a su turno la infracción indirecta del mismo art. 1964.

Y en segundo lugar, planteado como viene el cargo por error de derecho en la apreciación de pruebas, le correspondía al recurrente demostrar cómo y porqué las pruebas determinadas que relaciona fueron valoradas por el Tribunal desatendiendo la fuerza de convicción que a ellas le asignan las normas de derecho probatorio pertinentes. Deber este a cuyo cumplimiento el recurrente no atendió, pues se limitó a considerar globalmente dichas pruebas, y a enfrentar su propia convicción a la que el Tribunal se formó, para concluir que la suya y no la del Tribunal es la que debe acogerse.

Lo dicho, que sería bastante para rechazar el cargo, no obsta para que la Corte destaque que es completamente inaceptable la interpretación o alcance que el recurrente le da al art. 1964 del C. C., en la parte en que éste excluye, de lo que comprende la cesión de un crédito, las ventajas, exenciones o beneficios (el término "excepciones" empleado por el artículo es ostensiblemente impropio) personales del cedente. Pues tales ventajas, exenciones o beneficios con sólo las que legalmente corresponden al cedente en consideración a su persona misma, como la suspensión de la prescripción tratándose de un cedente menor de edad, o el beneficio de amparo de pobreza, o el de las entidades de derecho público de no poder ser condenadas en costas, no a provechos en general inherentes al crédito cedido y propios del mismo sin consideración alguna a la persona de su titular, como es el caso de la presunción de culpa que impone sobre el porteador el art. 306 del C. de Co.

El cargo, pues, no prospera.

Octavo cargó.- Se formula por error de derecho en la estimación y valoración de los certificados o notas de cesión que acreditan él traspaso que de los derechos que se hacen valer en este juicio hizo la General Foods Corporation a la sociedad demandante, error de derecho que condujo al Tribunal a violar por aplicación indebida el art. 33 de la Ley 57 de 1887, el art. 254 del C. de Co. y el art. 1969 del C. C., y por falta de aplicación el numeral 55 del Decreto 2908 de 1960, y el art. 20 del mismo Decreto.

Lo sustenta el recurrente diciendo no constar en los autos que por causa de la cesión objeto de los certificados en referencia se hubiera pagado el impuesto de timbre con que la grava el numeral 55 del Decreto 2908 de 1960, y que por lo tan-

to, conforme al art. 20 del mismo Decreto, aquellos certificados no podían ser tenidos como prueba. No obstante eso, el Tribunal les reconoció todos sus efectos, y por ello aplicó indebidamente las disposiciones que por tal concepto señala el recurso como quebrantadas, o sea las atrás indicadas.

Se considera:

La cuestión central que plantea este cargo, o sea la de que no consta de autos que hubiese sido pagado el impuesto de timbre legalmente causado por razón de las cesiones de derechos en que funda su legitimatio ad causam la parte actora, apenas ahora, con ocasión del recurso de casación que se decide, en ningún caso antes y durante las instancias, viene a ser propuesto como materia de controversia.

Pues bien, situaciones como la de que aquí se trata, presentadas en circunstancias de ocasión como las indicadas, no pueden ser alegadas en casación por implicar ellas un medio nuevo, y en este sentido tiene sentada la Corte reiterada doctrina. Así, por ejemplo, en un caso en que se alegó error de derecho en la apreciación de una partida de nacimiento, por haberla tenido el ad quem como prueba, no obstante haber sido llevada al juicio sin las estampillas de timbre nacional exigidas por normas fiscales, dijo:

"Si la validez de la mencionada partida de estado civil, para el efecto indicado (el de ser tenida como prueba), no fue discutida por el motivo a que se contrae el cargo, en ninguna de las instancias, ni se trató de él en ninguna de las sentencias, la alegación de que se trata implica un medio nuevo del todo improcedente en casación, según reiterada doctrina. (V. cas. de junio 22 de 1956, en la cual se citan casos semejantes al presente, de medios nuevos en casación LXXXIII, 2.169.75". La anterior transcripción corresponde a la sentencia de 23 de junio de 1961, publicada en la G. J. T. XCVI, números 2242 a 2244, pág. 101.

Igual doctrina y para caso similar sentó recientemente la Corte, en sentencia aún no publicada de fecha 16 de agosto de 1969, juicio de Concepción Cortés contra herederos de Daniel Pachón Gómez.

Por estos motivos, pues, se niega el cargo.

RESOLUCION

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por "Insurance Company of North America" contra la sociedad "Transportes Duque & Cía. Ltda" o "Transportes Duque Limitada".

Por la razón de la rectificación doctrinaria contenida en este fallo, sólo se condena a la parte recurrente en la mitad de las costas.

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 Caicedo M., Secretario.

REIVINDICACION

Técnica de casación: para ser eficaz la censura por yerro de valoración de un título, debe citarse la preceptiva del modo de prueba que hubiere sido infringido por el Juzgador. La sola cita de los arts. 665 y 669 del C. C. no integra una proposición jurídica completa de derecho sustancial.

La condena a las prestaciones mutuas presuponen la prosperidad de la acción de dominio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: Acta No. 68).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso, con fecha 6 de diciembre de 1965, en el juicio seguido por Julio A. Niño Rodríguez, Gilma Pulecio de Pinzón y María Telma Torres de Niño frente a Saúl Hurtado Gil.

I

EL LITIGIO

Julio A. Niño Rodríguez, Gilma Pulecio de Pinzón y María Telma Torres de Niño demandaron por la vía ordinaria a Saúl Hurtado Gil, en procura de las siguientes determinaciones:

1. Que los actores "son propietarios" de los inmuebles denominados el 'Recuerdo' y el 'Carrizal', ubicados en jurisdicción de Tópaga, el primero en la vereda de San Judas Tadeo y el segundo en el punto de Buena Vista de la misma vereda, y respectivamente distinguidos por los linderos que en la súplica se indican, propiedad que se extiende al suelo y al subsuelo.

2. Que el demandado debe restituirles "la parte del subsuelo" que ha venido poseyendo con posesión de mala fe.

3. Que se le condene a pagarles "los perjuicios de toda índole que les ha causado", más las costas del juicio.

Como *hechos* constitutivos de la *causa petendi* se invocaron estos:

Que los actores gozan de la plena propiedad de los inmuebles referidos;

que el demandado, sin el consentimiento de los propietarios, ha venido ejecutando actos de explotación de las vetas de carbón mineral ubicadas en el subsuelo de los predios de propiedad de los demandantes, por un lapso mayor de cuatro años;

que el demandado inició tal explotación, abriendo bocas en terrenos de su propiedad y extendiendo la perforación hasta adentrarse en el subsuelo de los dichos fundos de los actores;

que la explotación clandestina del demandado ha causado a éstos grandes perjuicios, no solo por el hecho de la substracción del mineral, realizada en grande escala, sino esterilizando las tierras por la consiguiente infiltración del agua a los socavones;

que la apertura de los túneles ha provocado una grande inconsistencia de la tierra, por lo cual los demandantes han tenido que abstenerse de realizar actos de explotación sobre sus vetas, por el riesgo de que se sucedan derrumbes;

que la explotación de mala fe, realizada por el demandado, constituye, por las razones anotadas, un grave recorte al derecho de propiedad de los mismos sobre suelo y subsuelo de sus predios, habiéndose visto privados de la explotación regular del suelo, mediante cultivos propios de la región, y de la de sus vetas de carbón en el subsuelo;

que tales daños importan, además, una grave desvalorización de los inmuebles afectados; y

que los perjuicios se extienden, además, a los gastos realizados por los actores en obras previas de la explotación regular de sus predios, como apertura de socavones e iniciación de caminos carreteables para el transporte del mineral sustraído, obras abandonadas en vista de los peligros de la explotación carbonífera.

En su contestación, el demandado manifestó no constarle que los actores sean dueños de los predios en referencia, negó los demás hechos de la demanda, se opuso a sus pedimentos y dijo proponer como excepciones la de "petición de modo indebido" y las que denominó "carencia de derecho y acción en el demandante" e "inexistencia de la acción", y las demás que resulten acreditadas.

La primera instancia recibió fallo del Juez 1o. Civil del Circuito de Sogamoso en que "*niéganse* las súplicas de la demanda en su totalidad"; y, por apelación de la parte vencida, surtióse el segundo grado, a que recayó el pronunciamiento del Tribunal Superior de Sogamoso, de 6 de diciembre de 1965, por el cual se "*confirma* la sentencia apelada, y condena en las costas al recurrente".

II

Concretándose el Tribunal al examen de la acción reivindicatoria que encuentra deducida en la demanda, observa que no se han acreditado en este litigio los factores estructurales de esta especie de acción.

Así, en relación con las copias de las escrituras públicas números 1814 de 30 de noviembre de 1960 y 986 de 29 de septiembre de 1943, otorgadas en las Notarías 2a. y 1a. de Sogamoso, respectivamente, aducidas por los actores en la segunda instancia, para demostración de su derecho de dominio, repara que el primero de estos instrumentos no tiene nota de registro, con el agravante de que si el pedimento de "restitución se refiere concretamente al subsuelo de los terrenos señalados en la demanda, se hacía más exigente la relación y presentación de todos aquellos títulos demostrativos de que dicho subsuelo es de propiedad particular, o en otros términos, que las sustancias o elementos minerales no metálicos, o el carbón que en dicho subsuelo puedan encontrarse, no pertenecen a la reserva nacional".

Dice, luego, que "Por lo que hace a los presupuestos relacionados con la singularización e identificación de la cosa reivindicable, también merece el serio reparo de que ninguno de estos factores se estableció convenientemente", dado que "existieron diferencias entre los señores peritos en cuanto a la identificación de los terrenos cuya parte del subsuelo se pretende reivindicar; e igualmente esos mismos peritos se declararon en imposibilidad de singularizar el subsuelo materia de la reivindicación, debido según ellos mismos lo explican en sus respectivos experticios a la obstrucción de algunos socavones y también por falta de elementos o aparatos especiales que les permitieran determinar exactamente el área o zona que hubiera podido ser explotada por el demandado...".

Y en lo que respecta al requisito de la posesión material por parte del demandado, nota "que se descuidó en forma absoluta establecer o simplemente intentar demostrar la actual posesión material del demandado sobre la cosa que se quiere reivindicar".

Después de lo cual, advierte que de acuerdo con las certificaciones del Registrador de Instrumentos Públicos de Sogamoso traídas a los autos, "apenas se puede concluir que Julio A. Niño y Telma Torres son los actuales poseedores inscritos de una parte del predio que se señala en la demanda con el nombre de "El Carrizal", y también que la señora Gilma Aurora Pulecio de Pinzón es la actual propietaria inscrita del inmueble que en la demanda se distingue con el nombre de "*El Recuerdo*", y si esto es así es natural que la restitución que se solicita en la segunda de las peticiones de la demanda no podía formularse en forma conjunta e indiscriminada por no aparecer los 3 demandantes como dueños en común de los lotes de terreno a que se refiere el libelo de demanda".

Y, remata, manifestando no examinar el pedimento sobre reconocimiento del carácter de propietarios de los demandantes respecto de los predios denominados "El Recuerdo" y "El Carrizal", por ser ello materia más bien de un hecho que de una petición, ni el pedimento sobre condenación de perjuicios, por constituir una acción que no se debe involucrar en este juicio reivindicatorio, siendo acciones de naturaleza distinta.

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Cuatro cargos presenta la demanda de casación, el primero del resorte de la causal segunda y los restantes del de la primera, los que se examinarán en su orden.

Primer cargo.- Formulado por "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la acción o de la excepción", se desenvuelve diciendo que en la demanda se plantearon tres acciones: una de declaración de la propiedad del suelo y del subsuelo de los terrenos litigiosos; otra sobre restitución a los actores de "la parte del subsuelo que ha venido poseyendo con posesión de mala fe" el demandado; y otra sobre condena de este al pago de perjuicios. Que, entonces, el Tribunal, por considerar que el carácter de propietario de los demandantes ha de tomarse como materia de un hecho, que no de una petición, y que no son acumulables la acción reivindicatoria y la de perjuicios, sólo se pronunció sobre la pretensión reivindicatoria, dejando de fallar las restantes.

Se considera

Aunque las críticas que hace la censura a los motivos del Tribunal en el punto, tomados aisladamente de la decisión, no fueran infundadas, es lo cierto que la forma en que esta se produjo no dejó cabida a la incongruencia.

Efectivamente, según lo tiene establecido de modo constante la doctrina jurisprudencial, no se da el vicio de inconsonancia, cuando la resolución es plenamente absolutoria del demandado, porque esa absolución es precisamente el riesgo máximo a que se sujeta el actor al entablar el litigio, el que con la denegación de sus pretensiones queda íntegramente definido en el fondo.

Ahora bien: en este negocio, como lo muestra la exposición atrás hecha de la controversia, el Juez *a quo,* fallando sobre el mérito, denegó las súplicas de la demanda "en su totalidad"; y luego el *ad quem,* cualesquiera que hayan sido sus razones, decidió que "*confirma* la sentencia apelada". Es decir que el segundo hizo suya, como resolución conclusiva, la absolución integral otorgada por el primero, sin que entonces haya lugar *in procedendo* al defecto de incongruencia.

Se desecha, pues, esta acusación.

Segundo cargo.- Se plantea así: Que "El Tribunal al interpretar la demanda y desechar la acción declarativa de dominio, primeramente enunciada, incurrió en un error manifiesto de hecho, y al no admitir como prueba del dominio las escrituras Nos. 986 de 29 de septiembre de 1943 y 1814 de 30 de noviembre de 1960, de las notarías primera y segunda de Sogamoso, respectivamente, debidamente registradas, que obran a los fls. 1 a 4 del cdno. de pruebas de la segunda instancia, cometió error de derecho ya que dichas pruebas al ser desestimadas no se tuvieron en cuenta para la decisión. Ese acto del Tribunal lo llevó a violar los arts. 665 y 669 del C. C., sobre el derecho de dominio del suelo y del subsuelo de los predios 'El Carrizal' y 'El Recuerdo', enunciados en la demanda y que dieron origen al litigio".

Agrega que "la primera parte —parece referirse a la imputación por error de hecho manifiesto— ya fue estudiada en la primera causal invocada" y que a ello se remite; y que "en cuanto a la segunda parte o sea en cuanto a la desestimación de los documentos públicos citados, el error se hace más manifiesto por cuanto ellos por auto ejecutoriado hacen parte del proceso y deben tenerse en cuenta en todo su valor legal, como prueba plena del dominio de acuerdo con el art. 630 del C. J.".

Dice, entonces, que la escritura No. 986 de 1943 reune todos los requisitos legales y es, por tanto, plena prueba del dominio que Julio A. Niño y María Torres de Niño tienen sobre el terreno "El Carrizal"; que si "la escritura No. 1814 de 30 de noviembre de 1960, en verdad no tiene la nota de registro... en el caso presente sí tiene un valor legal...", porque se acompañó al memorial de pruebas de la segunda instancia y se ordenó agregarla a los autos, con la finalidad de probar el dominio alegado. Demostrada la existencia de los títulos, que obran en autos y especialmente la segunda escritura mencionada —la número 1814 de 30 de noviembre de 1960—, debe tenerse como plena prueba, siendo así que obra en autos el certificado del registro número 854 de 26 de noviembre de 1962 (fl. 18, cdno. de pruebas de la segunda instancia) que viene a complementarla y que despeja toda duda sobre la legalidad de dicho título.

Pasa luego a referirse al "hecho de que los tres demandantes aparezcan como propietarios en terrenos distintos, dos del Carrizal y una de

"El Recuerdo", que hizo decir al Tribunal que la petición de restitución no podía formularse en forma conjunta e indiscriminada, y acerca de lo cual el recurrente comenta: que Julio A. Niño y María Torres de Niño adquirieron el inmueble de "El Carrizal" por ciertos linderos, según la escritura 986 mencionada; que posteriormente por escritura 1102 de 29 de agosto de 1951, de la Notaría 1a. de Sogamoso, vendieron un lote que hace parte de aquel terreno a María Ernestina Niño Torres, quien a su vez lo vendió a Gilma Aurora Pulecio de Pinzón, según la escritura 1814 de 30 de noviembre de 1960, de la Notaría 2a. del mismo Circuito, asignándole el nombre "El Recuerdo"; que la alindación dada en la demanda corresponde a la del total del terreno "El Carrizal", según la petición primera; y que entonces "al pedir los tres propietarios la declaración de dominio en el terreno 'El Carrizal' y 'El Recuerdo', por los linderos generales, sin tener en cuenta la separación producida por los contratos de compraventa", no puede afirmarse que no son comuneros en ese terreno general, pues si los propietarios no han efectuado su deslinde "pueden en un momento dado establecer una comunidad o continuar su existencia. Muy distinto hubiera sido que en la demanda se hubieran separado los lotes de terreno de acuerdo con los títulos... Mas si se llegara a la conclusión de que Gilma de Pinzón no demostró el derecho de dominio, tenemos que Julio Niño y María de Niño sí tendrían demostrado el dominio sobre el terreno 'El Carrizal' en su totalidad, y la sentencia debería salir a su favor...", pues lo contrario "sería reservar para otro juicio una resolución de cuestiones que fueron materia del pleito", contra la prohibición del art. 481 del C. J.

La Corte considera

La inanidad de este capítulo de la censura se pone al descubierto con sus propios términos. En efecto:

a) La imputación de que el Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, no pasa de su escueto enunciado, pues el acusante, creyendo razonarlo, dice remitirse a lo expuesto por él en el cargo anterior, lo cual no es de recibo en casación, en donde cada cargo debe estructurarse de modo completo, o sea con suficiencia propia.

b) El hecho de que las copias de las escrituras 1814 y 986 que presentó la parte actora, se hayan agregado al proceso mediante auto ejecutoriado que así lo dispuso, y aún sin reclamo de la contraria parte, no quiere decir que el sentenciador no pudiera, por ese solo motivo, sopesar en su fallo el mérito de tales pruebas, aún en lo formal de las mismas, porque esa es precisamente una de las funciones esenciales *in judicando:* la de fijar el valor de las pruebas con arreglo a derecho y discernir su contenido, en armonía con los dictados de la lógica, para captar los hechos que las mismas proyectan (arts. 471 y 593 C. J.);

c) En cuanto a que el sentenciador no hubiera dado a la escritura número 1814 de 30 de noviembre de 1960 el mérito de prueba del dominio de Gilma Pulecio de Pinzón sobre el lote de terreno denominado "El Recuerdo", por no ostentar su copia la nota de registro, no obstante constar este en una certificación separada, la censura, para ser eficaz como cargo por yerro de valorización habría tenido que integrarse con cita de la preceptiva estatuyente del modo de prueba del dominio de los bienes raíces, que hubiera sido infringida por el juzgador, lo que ciertamente no hizo el acusante;

d) Y si el Tribunal encontró que no se trata de una comunidad predial entre los tres actores, cual lo requeriría el *petitum* de la demanda, sino de fincas distintas, pertenecientes la primera a dos de aquellos y la segunda al otro de los mismos, y que por ello no podía otorgar la declaración de dominio del terreno en cabeza de los tres demandantes en común, la acusación por este extremo no podía lograrse pretendiendo, como lo hace el recurrente, que, no obstante la separación de la titularidad por él mismo aceptada, se admitiese como realizada la formación de una comunidad entre los tres demandantes, para entonces decretar en pro del conjunto las súplicas de la demanda, pues que todo ello sería contrario al régimen legal de la propiedad;

e) Finalmente, y es esta una tacha trascendente, el cargo quedó mútilo en su estructuración, pues el acusante, relaciona únicamente como preceptos sustantivos infringidos los arts. 665 y 669 del C. C.; y resulta que estos textos, que se limitan, el primero a dar una noción teórica del derecho real y enumerar cuáles son los derechos de esta especie, y el segundo a suministrar la definición del derecho de dominio o propiedad, no bastan a generar una situación subjetiva de derecho sustancial íntegra, la que, para serlo, necesitaría del respaldo o asociación de otras normas concurrentes que

hubieran sido vulneradas por el juzgador. Vale decir que en el ámbito de este cargo faltó el planteamiento de una proposición jurídica completa.

No prospera, pues, la acusación.

Tercer cargo.- Encabezado con la fórmula de "Violación directa de la ley sustantiva, arts. 946, 947, 948, 950, 952, 961 del C. C., por omisión, por apreciación errónea de unas pruebas", continúa diciendo que "al resolver el H. Tribunal sobre la restitución del subsuelo ocupado o poseído por el demandado, según la acción que se ha llamado reivindicatoria contenida en la petición segunda de la demanda, incurrió en error de hecho al no apreciar en todo su valor legal la inspección ocular, el dictamen pericial y las declaraciones tomadas, lo que lo llevó a 'absolver' al demandado violando manifiestamente las normas legales sustantivas citadas".

Y con el intento de desenvolver estas imputaciones, en relación con la afirmación del Tribunal, de que la parte actora no demostró los requisitos de la acción reivindicatoria, descompone el ataque en los siguientes argumentos:

a) Que "el derecho de dominio en el demandante está demostrado, como se comprobó al estudiar la causal segunda alegada para infirmar el fallo, y a ello nos remontamos".

b) En cuanto a la que llama "singularidad o identificación de la cosa reivindicable" manifiesta: Que no es absolutamente verídica la afirmación del Tribunal, de que existieron diferencias entre los peritos "en cuanto a la identificación de los terrenos cuya parte del subsuelo se pretende reivindicar", porque si "hubo diferencia entre los peritos principales", "el perito tercero estuvo de acuerdo con uno de ellos y aceptaron la identificación dada en la inspección ocular". Así el perito Wolfgan Hensengerth manifiesta que los predios de demandado y demandante fueron identificados en tal diligencia, "aceptados como ciertos por ambas partes. Los planos hechos demuestran claramente estos linderos". Y el perito tercero, Pardo Villalba, expresa que "no existen linderos arcifinios, pero ya estos fueron aceptados como ciertos en la diligencia del día 15 de febrero de 1963". Y en la diligencia de inspección ocular se dijo que por el Juzgado y el personal asistente se "procedió a identificar los terrenos antes mencionados, de una y otra parte, reconociéndolos a fin de establecer si los linderos que aparecen en los títulos y en la demanda son los mismos respetados por las partes. No se encontró diferencia alguna en esa identificación". De todo lo cual deduce el recurrente que "los terrenos sí fueron identificados plenamente".

En lo que toca con la afirmación del sentenciador de que los peritos se declararon en imposibilidad de singularizar el subsuelo materia de la reivindicación, debido a la obstrucción de algunos socavones como también a la falta de elementos o aparatos especiales que les permitieran determinar exactamente el área o zona que hubiera podido ser explotada por el demandado con la extracción del carbón, y que por lo mismo no se produjo una adecuada identificación de la cosa reivindicable, alega el impugnante que ese razonamiento "no es exacto en todas sus partes", pues según el perito Hensengerth "se puede comprobar por las mediciones hechas, que la explotación a cargo del demandado penetró según la medida a 21.50 metros en la propiedad del demandante", con una extracción de 295, 222 toneladas de carbón; y según el perito doctor Pardo, las mediciones son correctas, lo mismo que los cálculos de penetración y explotación de carbón y que también estuvieron de acuerdo en que las grietas existentes en el suelo del demandante comprueban la existencia de un vacío en el subsuelo debido a su explotación y en que las obstrucciones de los socavones impidieron determinar los puntos del peritazgo en todo el terreno. De donde concluye el recurrente que sí se demostró una ocupación clandestina y de mala fe y que "si esa demostración no llegó hasta su totalidad por la única prueba conducente como era la de peritos, fue por fuerza mayor y caso fortuito no imputables al actor... Y si la ocupación del subsuelo fue total, por los rastros y huellas encontradas en el suelo, tenemos que queda singularizado el objeto de la reivindicación...".

c) En relación con el requisito del dominio del subsuelo reivindicado en cabeza de los demandantes, dice el recurso que la sentencia violó por interpretación errónea las mencionadas normas sustantivas que regulan la acción reivindicatoria, al exigir la demostración de que los bienes salieron del Estado desde antes de 1873, con el ítem de que esa clase de prueba, según la doctrina y la jurisprudencia, solamente se exige cuando hay conflicto entre la Nación y los particulares, y el litigio versa

sobre minas que han sido materia de reserva del Estado.

d) Finalmente, cuanto al supuesto de la posesión del subsuelo por el demandado, sostiene el recurrente que, además de la prueba técnica de peritos antes estudiada, "todos los testigos presentados al juicio dicen en forma clara e incontrovertible que los trabajos se han realizado y se están ejecutando por orden de Saúl Hurtado Gil, el demandado, ya directamente o por medio de sus arrendatarios".

La Corte considera

Defectos fundamentales ostenta este tercer capítulo:

Ante todo, sobre puntos diferentes, el ensayar una acusación global aunando censuras, cada una de las cuales tendría que haber sido tema de un cargo distinto formalmente estructurado, y no como lo hizo el recurrente, al intentar una crítica general del problema probatorio en relación con los supuestos sustanciales de la reivindicación, para, contraponiendo su personal criterio al del sentenciador, pretender que el suyo sea preferido al de este.

Es así como, al pretender concretar el cargo, en el inicio de su disertación, afirma que el fallador "incurrió en *error de hecho* al no apreciar en todo su *valor legal* la inspección ocular, el dictamen pericial y las declaraciones tomadas", confundiendo así dos errores de apreciación probatoria, natural y lógicamente distintos, con el agravante de que si quiso atacar por error de hecho evidente no lo demostró como se verá luego, y si quiso impugnar por error de derecho, no citó las disposiciones de valor probatorio que, según su pensamiento, hubieran sido infringidas;

Es así como, al intentar la censura por no haber encontrado el sentenciador establecido el dominio de los tres actores *en común* sobre los inmuebles de "El Carrizal" y "El Recuerdo", se limita a afirmar que ese dominio "está demostrado" y que al respecto se remite a lo expuesto en el segundo de los cargos. Lo que es inoperante, no solo por haber resultado aquel ineficaz, sino por ser inadmisible este modo de acusamiento por simple remisión a otro cargo;

Es así como, la crítica a la consideración del fallo, de que, en cuanto a la propiedad del subsuelo faltó a los demandantes el acreditar que este había salido del dominio del Estado con anterioridad al año de 1873, carece de trascendencia impugnativa en el caso, no solamente porque el sentenciador no trajo este argumento a colación, sino de modo embolismático, pues que antes ya había considerado que faltaba la demostración de que los demandantes fuesen en común dueños de los predios sobre que versaba la petición de dominio, sino porque, desde el punto de vista de la técnica, el acusante dejó de citar aquí el precepto que hubiera sido indebidamente aplicado por el juzgador, no dándose entonces tacha formal alguna en el punto;

Es así como, en tratándose de impugnar el fallo por no haber tenido cual demostrada la identidad de la *parte del subsuelo* objeto de reivindicación, le imputa el que no hubiera atendido lo afirmado en la diligencia de inspección ocular y acogido por los peritos, acerca de la identificación de los terrenos. Sin embargo, la identificación de que habla dicha diligencia de inspección ocular no fue la del subsuelo, sino la superficial de los predios, como así lo muestra el acta, cuando dice que "el Juzgado y el personal que asiste a la diligencia procedió a identificar los terrenos antes mencionados, de una y otra parte, recorriéndolos a fin de establecer si los linderos que aparecen en los títulos y en la demanda son los mismos respetados por las partes. No se encontró diferencia alguna en esta identificación... El personal de la diligencia inspeccionó los terrenos antedichos, con el fin de observar las condiciones superficiales del suelo... Como los demás puntos que son objeto de inspección son de carácter técnico, el señor juez les dio traslado de ellos a los señores peritos quienes procedieron a penetrar en los socavones en explotación, ubicados en la finca de la parte *demandada*, a fin de hacer una observación general a simple vista, dado que manifestaron no poder contestar todos los puntos del cuestionario en este momento, por cuanto requieren mediciones con aparatos especiales, la asesoría de ayudantes en tales trabajos y el levantamiento de planos, a fin de sacar conclusiones definitivas para su dictamen... Los señores peritos manifiestan: "En ambas vetas es decir, en dos frentes de trabajo antiguos encontramos derrumbes del techo y por tanto cerrada la mina por esos frentes, pero las excavaciones continúan por otras derivaciones, indicando que las explotaciones se han continuado... "Ahora bien: el defecto de identificación contemplado por el Tribunal se refiere principalmente al "subsuelo materia de la reivindicación", como así lo

hace ver el respectivo pasaje de sus consideraciones, transcrito atrás; y esta conclusión, que se funda principalmente en las explicaciones de los experticios acerca de que por la obstrucción de algunos socavones no fue posible determinar exactamente el área o zona que hubiera podido ser explotada por el demandado con la extracción del carbón, no resulta desvirtuada en el recurso:

Y es así como, en lo referente al ataque por no haberse tenido como probada la posesión del subsuelo por el demandado, se limitó a alegar que "además de la prueba técnica de peritos antes estudiada, todos los testigos presentados al juicio dicen en forma clara e incontrovertible que los trabajos se han realizado y se están ejecutando por orden de Saúl Hurtado Gil", pero, sin determinar el censor cuáles fueran esos testimonios mal apreciados en el fallo, ni cuáles los pasajes que de esas declaraciones hubieran sido olvidados o alterados por éste, si el reparo se pretendía hacer por error de hecho, ni cuál el mérito de las mismas declaraciones, si la censura se orientaba por la vía del error de derecho.

Basta lo expuesto para mostrar al resalte la inanidad de este capítulo de la acusación.

Cuarto cargo.- Se contiene en los siguientes pasajes:

"Violación de la ley por infracción directa por omisión, porque al no estudiar y fallar la acción de perjuicios contenida en la petición tercera de la demanda, negó la aplicación de los arts. 962, 963, 964 del C. C., sobre perjuicios provenientes de la acción reivindicatoria, y los arts. 1613 y ss. de la misma obra que los regula y determina, y el principio general de derecho de que quien causa un daño a otro indemnizarlo o el de que las personas no deben abusar de sus derechos o el de que debe evitarse que las personas se enriquezcan ilegítimamente a expensas de otras o de sus derechos, principios estos que están regulados por los arts. 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887.

"La ocupación efectuada por el demandado en el subsuelo de los demandantes, ocasionó el 'agrietamiento del suelo', el desvío de las aguas, el abandono de las tierras por el peligro que arrojan los hundimientos del terreno y su no explotación económica con cultivos de la región como papa, trigo, etc. y la desvalorización de la tierra por la extracción del carbón mineral existente en el subsuelo.

"Luego, es lógico y natural que el demandado deba pagar todos los perjuicios causados por la ocupación realizada sin autorización de los propietarios del suelo.

"Como esos perjuicios no fueron evaluados en su totalidad, por causas provenientes de fuerzas extrañas a la voluntad de la parte actora, como fueron los derrumbes, 'desmachonamientos', y actos del demandado y sus agentes para impedirlo, es claro que debe condenarse en abstracto, para que el valor de los perjuicios se obtenga según el art. 553 del C. J.".

La Corte considera

No habiendo prosperado las súplicas de la demanda sobre declaración de dominio de los inmuebles relacionados y reivindicación de parte del subsuelo, resulta que el cargo por la no concesión de las prestaciones mutuas en favor de los actores carece de base, por cuanto el antecedente necesario de tales prestaciones tendría que ser el acogimiento de la acción reivindicatoria.

Y por lo que toca con los pretendidos perjuicios a la superficie, la que propiamente no fue materia de la reivindicación, el cargo, aparte el motivo de no haber triunfado la acción petitoria de dominio en la forma en que fue incoada, no estaría llamado a buen suceso por estas otras razones:

Porque el recurso en el punto tendría que haberse fundado en relación, no con los preceptos que el recurrente dice, sino con las normas pertinentes a la responsabilidad extracontractual, que hubieran debido citarse concretamente, como lo requiere la técnica del recurso; y

porque, fuera de esto, el acusante tendría que haber organizado la censura con fundamento en la desestimación por el sentenciador de los medios de prueba que acreditasen los perjuicios que, según la censura, hubieran sufrido los actores en sus respectivos predios. Lo que no hizo en modo alguno el recurrente.

Por lo tanto, se desecha 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 CA-

SA la sentencia de fecha seis (6) de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sogamoso

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.

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

Para testar se requiere capacidad especial; la ley es más rigurosa respecto a capacidad para testar que en los demás casos.

Conforme al art. 1061 del C. C. la capacidad jurídica para testar es especial, y los principios que la gobiernan no coinciden siempre con los que rigen la capacidad civil en general. En una y otra la regla común es la de la capacidad, y la excepción la incapacidad; pero en materia de capacidad especial para testar, dicha regla común es más amplia, así como también son más amplias o mayores las excepciones. En efecto, si según el art. 1061 sólo son inhábiles para testar las personas que se encuentren en los casos por él contemplados, ello significa que todas las demás son capaces a ese respecto, y entre ellas los púberes y los interdictos por disipación, esto es, personas que son tenidas por la ley como incapaces para efectos de los demás actos y declaraciones de voluntad. Y si de la regla general se pasa a las excepciones, se confirma que efectivamente también allí es más amplio el campo de las incapacidades para testar, pues conforme al mismo art. 1061 citado, ord. 3o., no sólo es incapaz para testar el que ha sido declarado en interdicción por demencia, sino también quien al otorgar testamento no estuviera en su sano juicio "por ebriedad u otra causa", como tan elocuentemente lo expresa dicho numeral, es decir, aunque no sea por causa de demencia.

Todo esto significa, dice un autor, que la ley es más rigorosa respecto a capacidad para testar que en los demás casos, pues declara inhábiles no sólo a los incapaces que menciona el art. 1504 en sus ords. 1o. y 2o., "sino a los que, teniendo discernimiento, sufran en el acto de testar una alteración de sus facultades que permita afirmar un desequilibrio grave en el juicio. Y esto es exigir más voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque no es menester para anular un testamento, como sí lo es para anular un contrato, demostrar, por ejemplo, que el testador sufrió tal peturbación que le quitó completo uso de su razón. El concepto de 'sanidad de juicio' no requiere tanto; basta para quitarle toda validez al acto testamentario, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades síquicas. Tal es el concepto de sanidad de juicio que da la capacidad de testar" ("Las Sucesiones", Carrizosa Pardo, pág. 217).

Acerca del momento a que debe referirse la perturbación mental que pueda afectar un acto jurídico otorgado por quien la sufre, y a la prueba de ella, ha dicho la Corte comentando el art. 553 del C. C., pero en términos igualmente aplicables al caso de autos:

"No hay una prueba teórica invariable que consulte exactamente el alcance del adverbio de tiempo empleado en el Código. Cada caso concreto y cada acervo de pruebas impondrá una interpretación que se acomode a las características singulares y propias de la enfermedad que aqueje al sujeto que se pretende incapaz. Habiendo perturbaciones mentales de numerosas y diferentes especies y etiologías, permanentes, progresivas, crónicas e incurables, intermitentes, efímeras, cada caso judicial en que se pretenda que una de estas anormalidades ha abolido la capacidad civil de un contratante, solicitará lógicamente una manera especial de comprobación para dar adecuada y práctica aplicación al precepto legal que ampara a los incapaces. Si se trata de demostrar la existencia de una psicosis de naturaleza permanente o de desarrollo progresivo o de ciclos determinados y precisos, el 'entonces', desde el punto de vista de su prueba, no será el minuto fugaz en que se cumple la acción, como sí ha de serlo cuando el acto atacado de nulo se haya cumplido en un 'entonces' único, pasajero, que desapareció de la vida del incapaz sin dejar huella porque obedeció a una causa transitoria que dejó de actuar. La clase de enfermedad condiciona la prueba" (XLVII, 457).

Doctrina esta claramente inspirada en la francesa sobre el particular, y que en punto de la prueba de falta de lucidez mental que afecte de nulidad una donación o un testamento, es

expuesta así por Planiol y Ripert: "Tal prueba es particularmente difícil, por lo que la jurisprudencia ha aceptado ciertas atenuaciones. Si se demostrara que el donante o testador se hallaba en un estado permanente o habitual de imbecilidad o de demencia durante el período en que realizó la disposición, o en una época muy cercana a ella, la Corte de Casación admite que basta con justificar ese estado permanente o habitual sin que sea necesario evidenciar que en el minuto mismo en que se realizó el acto su actor carecía de lucidez mental; corresponde en este caso a la parte demandada la prueba de que el acto se realizó en un intervalo lúcido. Tal solución, respaldada por gran parte de la doctrina, es consecuencia del principio según el cual en esta materia los jueces pueden fallar basándose en simples presunciones de hecho. De la existencia demostrada de un estado permanente o habitual de demencia, los jueces pueden perfectamente deducir la falta de lucidez mental del disponente en el momento de efectuar la liberalidad y de redactar el documento correspondiente" ("Tratado", T. V. Número 181. Igual tesis en el T. I. número 725).

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: noviembre 7/69. — Acta No. 87).

Se procede 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 Fusagasugá, en el juicio ordinario de nulidad de unos testamentos promovido por Fausto Díaz Posada y otros contra María del Carmen Hernández y otros.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá, y en su condición de hermanos legítimos de la señora Lucinia Díaz P. v. de Clavijo, los señores Fausto Díaz Posada, Hercilia Díaz Posada de Nieto y Ana Mercedes Díaz Posada v. de Ortiz, demandaron en juicio ordinario a la menor María del Carmen Hernández, representada por su curadora testamentaria Sofía Gómez Sánchez, al menor Cristóbal Barbosa Herrera, representado por su padre Simón Barbosa, a Edelmiro Duque y a otros, para que por sentencia se declarasen nulos los testamentos otorgados por la citada Lucinia Díaz Posada v. de Clavijo, mediante las escrituras públicas números 648 y 1408 de 22 de mayo y 28 de septiembre de 1954, respectivamente, pasadas ante el Notario del Cto. de Fusagasugá; para que consecuencialmente se declarase que la sucesión de la causante Díaz Posada v. de Calvijo debía adelantarse conforme a las normas que rigen la sucesión intestada; y para que se condenase al albacea con tenencia y administración de bienes, Víctor Manuel Bobadilla B., a restituir los bienes de la sucesión que la demanda relaciona, con sus frutos naturales y civiles.

La demanda se funda, entre otros hechos, en que la causante Díaz P v. de Clavijo falleció sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos o naturales; en que mediante los testamentos cuya nulidad se demanda, aquella instituyó como herederos universales suyos a María del Carmen Hernández y Cristóbal Barbosa H., dejó legados a varias personas, y nombró albacea con tenencia y administración de bienes a Víctor Manuel Bobadilla B.; y que desde tiempo anterior al otorgamiento de los testamentos dichos, y hasta el día de su muerte, la testadora no estaba en su sano juicio, y su consentimiento estaba por lo mismo viciado en la época en que otorgó aquellos testamentos.

Adelantado el juicio con la oposición de los demandados, el Juzgado a quo le puso fin a la primera instancia con sentencia de fecha 14 de enero de 1963, negando las peticiones de la demanda y absolviendo consecuencialmente a los demandados. Apelada esta providencia por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Fusagasugá, desató el recurso mediante fallo de 24 de marzo de 1966, por el cual revocó el de primera instancia y en su lugar declaró nulos los testamentos impugnados, dispuso que la sucesión de la causante se tramitara como intestada "mientras no aparezca testamento válido", negó las demás peticiones de la demanda y ordenó otras medidas complementarias a las decisiones anteriores.

Contra lo resuelto por el Tribunal interpuso el recurso de casación quien en autos venía actuando como representante judicial de la demandada María del Carmen Hernández.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Después de relacionar los antecedentes del

litigio, dice el Tribunal que lo primero que debe dilucidarse es si la Sra. Lucinia Díaz v. de Clavijo "era inhábil para testar en el momento de otorgar los testamentos en mención, por no estar en su sano juicio, es decir, por no estar en el pleno ejercicio de sus facultades mentales". Afrontando ese punto, recuerda cómo la validez del testamento está sujeta a requisitos de forma y de fondo, y cómo entre estos últimos deben tenerse en cuenta no sólo los generales sino también los especiales, entre estos las incapacidades o inhabilidades taxativamente señaladas por la ley; expresa que a este último respecto la doctrina distingue entre incapacidad e inhabilidad, llamando también a la primera incapacidad de derecho y a la segunda incapacidad de hecho o de ejercicio, diferencia que nuestra ley consagra al hablar en el art. 1061 del C. C. de inhabilidad y no de incapacidad.

Entra luego el sentenciador a considerar la tercera de las causales de inhabilidad para testar consagradas por el art. 1061 del C. C., que es la invocada en el caso de autos, y destaca que el texto legal respectivo exige precisar en primer término el significado de la expresión "actualmente", y en seguida el concepto de "sanidad de juicio" y su extensión. A propósito de lo primero, dice que "actualmente" significa "en el momento mismo de testar", según una opinión, pero que otra opinión más amplia sostiene que tal expresión se refiere "a la época" de otorgarse el testamento. Y a propósito de lo segundo, que "por sanidad de juicio debe entenderse el normal funcionamiento de las facultades mentales del testador. Y a contrario sensu, la falta de sano juicio es la carencia de ese normal funcionamiento de sus facultades intelectuales y volitivas". Manifiesta en seguida que saber cuándo una persona tiene afectado el normal funcionamiento de sus facultades mentales, es problema que se resuelve en el campo jurídico con el auxilio de la psiquiatría forense, y mediante la prueba técnica del dictamen pericial. "En cuanto al mérito del dictamen, dice, el Juez goza de amplias facultades para valorarlo, teniendo en cuenta los demás elementos probatorios, que le permitan llegar a la certeza de la existencia de la enfermedad mental alegada como fundamento de la nulidad".

Pasa a continuación el Tribunal al examen del caso concreto materia del juicio, y transcribe apartes del informe psiquiátrico relativo a la Sra. Díaz v. de Clavijo rendido por el Dr. Luis Jaime Sánchez, quien la trató a raíz del ingreso de aquella a la "Clínica del Perpetuo Socorro" el 4 de junio de 1954, informe según el cual a la Sra. Díaz v. de Clavijo se le diagnosticó una arterioesclerosis cerebral, de prolongada evolución. Transcribe también apartes del dictamen pericial rendido en el juicio por médicos psiquiatras, fundado en el informe del Dr. Sánchez, en la historia clínica de la enferma levantada en la "Clínica del Perpetuo Socorro", y en declaraciones de médicos y allegados a la Sra. Díaz v. de Clavijo, dictamen en el cual los peritos concluyen aceptando como hecho incontrovertible el de que esta padeció "durante los últimos años de su vida de un síndrome arterioesclerótico cerebral"; que la historia clínica revela como defensable la tesis, en el caso de la Sra. Díaz v. de Clavijo, de que sufrió "pérdida irreparable y progresiva de las capacidades intelectuales". Y a vuelta de considerar que la arterioesclerosis cerebral está catalogada entre las demencias orgánicas y pertenece a las psicopatías por lesión, y de reproducir conceptos científicos sobre ella, termina el Tribunal por afirmar que "el acervo probatorio demuestra que la señora Lucinia Díaz v. de Clavijo padecía, al ingresar a la clínica psiquiátrica del 'Perpetuo Socorro' de Bogotá, en el mes de junio de 1954, una arterioesclerosis cerebral, de carácter progresivo, que posteriormente, en el año de 1955, le degeneró en una hemorragia cerebral, con hemiplegía derecha. La arterioesclerosis cerebral está catalogada en la Psiquiatría Forense como una enfermedad mental, de tipo orgánico, y clasificada entre las psicopatías con lesión. Esta enfermedad mental de la Sra. Lucinia fue corroborada mediante el dictamen de peritos psiquiatras, producida en forma legal... Cuando la enfermedad mental es permanente y de carácter progresivo, afecta no sólo los actos y contratos que ejecute o celebre la persona que la padece, en el momento mismo de testar, sino los actos y contratos inmediatamente anteriores, a la manifestación de la enfermedad. Los testamentos otorgados por la Sra. Lucinia Díaz v. de Clavijo, ante el Notario del Circuito de Fusagasugá mediante las escrituras números... son nulos, por haber sido otorgados en la época en que la testadora estaba padeciendo de una enfermedad mental orgánica: la arterioesclerosis cerebral. En consecuencia, dichos testamentos deben declararse nulos, con todas las consecuencias legales".

EL RECURSO DE CASACION

Cinco cargos formula la demanda de casa-

ción contra la sentencia del Tribunal antes extractada, dos de ellos con fundamento en la causal cuarta del art. 52 del Decr. 528 de 1964, y los restantes en la causal primera, cargos que se pasan a examinar en su orden.

Cargos con fundamento en la causal cuarta.

a) En el primer cargo se invoca la primera de las causales de nulidad contempladas en el art. 448 del C. J., o sea la de ilegitimidad de la personería, que se hace consistir en que el primero de los testamentos impugnados como nulos la causante designó curadores de bienes de sus herederos universales María del Carmen Hernández y Cristóbal Barbosa, a Sofía Gómez Sánchez y Víctor Manuel Bobadilla B., respectivamente; y que en el segundo de dichos testamentos reiteró esos nombramientos en los siguientes términos: "Conforme a la autorización que me da el art. 283 del C. C., le nombro curador de la menor María del Carmen Hernández, a la Sta. Sofía Gómez Sánchez, y en cuanto a los que puedan corresponderle a Cristóbal Barbosa Herrera, la administración de los bienes queda a cargo de Víctor Manuel Bobadilla Betancur". En tales circunstancias, dice el recurrente, los dos menores mencionados no podían ser representados en este juicio sino por conducto de la Sta. Gómez Sánchez y del Sr. Bobadilla B., entre tanto no se excusaran y la excusa fuera aceptada por el Juez; pero que ello no ha ocurrido así, y por lo tanto la actuación está viciada por tal motivo. Que en efecto, si bien la curadora de María del Carmen Hernández se excusó de aceptar el cargo, a tal excusa no se le dio el trámite legal previsto para el caso por el art. 612 del C. C.; por lo cual, visto el art. 526 del C. C., es ilegal la designación que de curador hizo la menor en la persona del Dr. XX, e ilegal la representación que luego asumió el esposo de aquella para ejercer una función que no tenía y otorgar poderes sin facultad legal a quien posteriormente ha venido representando a dicha menor. Y en cuanto al menor Cristóbal Barbosa, en la demanda no se señaló a Víctor Manuel Bobadilla B. como su representante, y por esa causa la actuación no se ha venido surtiendo con este como representante de aquel, sino con el curador ad litem designado por el Juzgado, designación ilegal ya que el representante efectivo era el señor Bobadilla B., como curador testamentario, el mismo que ha venido interviniendo en el juicio como albacea.

b) En el segundo cargo se invoca como nulidad la contemplada como tercera en el art. 448 del C. J., o sea la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, causal que se presenta generalmente, dice el recurrente, en los eventos de litis consorcio necesario, de que es ejemplo el caso de autos. Para sustentar la existencia de este motivo de nulidad en el presente juicio, arguye el censor que en el primer testamento aparece constituída como asignataria "Edelmira Duque", y en el segundo "Edelmiro Duque", y que por lo mismo, habiéndose demandado la nulidad de esos dos actos, tanto aquella como este debieron ser citados al juicio; que a la primera ni siquiera se le mencionó en la demanda, y al segundo, que si fue señalado como demandado, no se le notificó el libelo o el auto que lo admitió, pues en autos figura una diligencia de notificación que textualmente dice referirse "al señor Argemiro-Edelmiro figura en la demanda", lo cual no puede tenerse como notificación hecha a Edelmiro, pues falta la prueba de que se trate de una misma persona. Aparte de que esa diligencia de notificación es ilegal y carece por lo tanto de valor, pues conforme al art. 308 del C. J. una diligencia de esa clase debe expresar el nombre y apellido del notificado, y en la comentada sólo se expresó el nombre de Argemiro, omitiéndose indicar el apellido.

CONSIDERA LA CORTE

Desde vieja data y en forma reiterada ha venido sosteniendo la Corte la doctrina de que las causales de nulidad consistentes en ilegitimidad de la personería de una de las partes, y en falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio, no pueden ser invocadas en casación sino por quien ha estado ilegítimamente representado en el juicio o no ha sido citado o emplazado, estando como están tales causales de nulidad previstas en defensa exclusiva de estos, y siendo por consiguiente ellos los únicos en quienes radica el correspondiente interés jurídico para hacerlas valer, conforme se deduce del texto del art. 457 del C. J.

Así, en una de las ocasiones en que la Corte ha tenido oportunidad de sustentar esta doctrina, dijo: "El derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representa-

da. Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excepción, cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería, debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve la razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación (G. J. T. LXIV, pág. 39).

Como el recurso de casación que se decide no fue propuesto o formulado por quien lleva la representación del asignatario Cristóbal Barbosa Herrera, quien según el primer cargo no ha estado debidamente representado en el juicio, o de los asignatarios a quienes según el segundo cargo no se citó o emplazó debidamente, la preceptiva legal a que corresponde la doctrina antes citada proporciona fundamento bastante para que, en lo que a tales personas respecta, los citados cargos deban ser rechazados. No sobrando agregar, en lo atinente a la nulidad que el segundo cargo hace derivar del hecho de que la presunta heredera Edelmira Duque no fue demandada, que tal hecho no constituiría motivo alguno de nulidad por falta de citación o emplazamiento, pues esta causal se refiere a personas que según los términos de la demanda misma deban ser citadas al juicio o a quienes por ministerio de expresa disposición de la ley, independientemente de la demanda, deban ser llamadas al mismo. La circunstancia de no demandarse a quien ha debido serlo, no repercute en la validez de la relación procesal, que es a lo que corresponden o miran las nulidades contempladas en el art. 448 del C. J., sino en la debida integración de la parte demandada (legitimatio ad causam pasiva) como requisito para que pueda sobrevenir una sentencia de fondo.

Queda entonces por ver lo que sucede con el primero de los cargos examinados, respecto a la indebida representación de la menor María del Carmen Hernández, en cuyo nombre precisamente, pero a resultas del mismo defecto de personería adjetiva que en relación con ella menciona el cargo, figura presentada la demanda de casación. Pues bien, a ese propósito también tiene la Corte adoptado al criterio de que "La personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tanta trascendencia como es la invalidación de lo actuado" (G. J. T. XLVII, pág. 232). En sentencia de 7 de diciembre de 1965, juicio de Rosa Elena Bulla de Peñuela contra la sucesión de Mariano Emeterio Rodríguez y otra, no publicada aún, dijo la Corte a este respecto: "Mas, si la consideración que antecede no fuera la pertinente en la especie de este negocio, tendríase que tampoco sería admisible la acusación, por falta de legitimación procesal del recurrente, en la hipótesis de que existiera la nulidad invocada. Porque, si se hallara cierto que la demandada María Andrea Rodríguez es incapaz por razón de idiotez, y que, por lo mismo, no pudo ser personalmente emplazada al juicio, ni consecuencialmente dársele el curador ad litem que ha venido gestionando por ella, necesariamente se tendría que este curador no la representa legítimamente. Y es lógico que quien no es legítimo representante judicial de otro carece de ligitimación para pedir la nulidad del juicio por indebida representación de aquel a quien representó de esa manera. La alternativa es ineludible: si quien actuó procesalmente como representante de otro tiene legítimamente tal carácter, no hay lugar a declarar la nulidad; y si no la tiene, entonces carece de personería para alegarla".

Por lo expuesto, se rechazan los cargos.

CARGOS POR LA CAUSAL PRIMERA

Dentro de la órbita de la causal primera formula la demanda tres cargos contra la sentencia acusada, los cuales el recurrente enuncia así: "a) por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea; b) por falta de apreciación de la prueba con que en el juicio se establece el estado de lucidez mental de doña Lucinia Díaz v. de Clavijo, en el acto en que otorgaba los testamentos cuya nulidad se demanda; y c) por los manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió al estimar el contenido y mérito probatorio" de algunas pruebas. Como disposiciones sustanciales violadas se señalan las de los arts. 553, 1061 y 1504 del C. C., comunes a los tres cargos, que se sustentan así:

a) Luego de transcribir el texto de las disposiciones citadas como infringidas, comenta que la ley presume la capacidad, a la vez que prevé las normas y procedimientos para declarar incapaces a quienes adolecen de alguna

enfermedad mental que los prive en absoluto de la aptitud para conocer y discernir, y para determinarse voluntariamente; que la declaración de interdicción hace presumir de derecho la incapacidad de interdicto, aunque se alegue que el acto o contrato se realizó en un intervalo lúcido, y que, en cambio, la falta de interdicción hace presumir legalmente la capacidad.

Transcribe luego el recurrente la opinión de un autor sobre el sentido exacto que al concepto de demencia le asignan las disposiciones citadas como transgredidas: en un primer sentido, como estado habitual de demencia, para efectos de decretar la interdicción; y en un segundo sentido, como enajenación actual de la mente, para calificar el valor de los actos y contratos del que no está sometido a interdicción. De acuerdo con lo anterior, la demencia en el segundo sentido dicho "es necesaria para que pueda declararse la nulidad de los actos y contratos del demente que no ha sido puesto en interdicción. Pero si tal es el recto sentido que en el concepto de la ley corresponde a la palabra demente, resulta entonces, que no habiéndose hallado bajo interdicción doña Lucinia, en ningún momento de su vida, el Tribunal violó directamente la última parte del inc. 2o. del art. 553 del C. C., en cuanto la aplicó a un hecho inexistente cual fue, el que ella estuviera demente en el acto mismo de otorgar los testamentos cuya nulidad se demanda; y quebrantó además, por errónea interpretación, tanto el mencionado art. 553 como los arts. 1504 y 1061 siguientes, en cuanto les dio a su contenido una significación distinta a la que —se ha dicho— jurídicamente les corresponde", pues, agrega el recurso, el Tribunal consideró nulos los testamentos "por haber sido otorgados en la época en que la señora estaba padeciendo de una enfermedad mental orgánica: la arterioesclerosis cerebral. Como quien dice, por haberse otorgado en estado habitual de demencia, que no en estado actual como correspondía. Es obvio que, sin estas violación e interpretación errónea, el sentenciador no hubiera podido llegar a la conclusión, también equivocada, a que llegó, y su decisión hubiera sido absolutoria: pues que, como luego se verá, no solo no se acreditó el estado actual de demencia, sino que se comprobó el positivo contrario, o sea, el de la plena lucidez mental de la señora en el acto en que otorgó los testamentos cuya nulidad se demanda".

Se considera:

I.- Un reparo en el plano de la técnica de casación cabe hacerle al cargo en examen: que no obstante venir formulado por violación directa de los arts. 553, 1504 y 1061 del C. C., el desarrollo y sustentación del mismo culmina en planteamientos propios de violación indirecta de ellos, desde luego que la censura hace depender su infracción del hecho de que el Tribunal los hubiera tomado en cuenta para regular una situación que él consideró establecida en autos, pero que el recurrente estima inexistente en ellos, o sea el de que la testadora estuviera demente en el momento de otorgar los testamentos impugnados como nulos. La discrepancia entre el Tribunal y el censor acerca de la recta aplicación de aquellas normas, empezando como empieza en el campo de los hechos materia del litigio, implica un desacuerdo en torno a la prueba de esos hechos, no a la calificación jurídica de ellos, y por lo mismo para poder dirimir en casación aquella discrepancia sería necesario que el cargo se hubiera planteado en el campo que la origina, que siendo según se dijo el de la prueba, debió ser por violación indirecta, no por violación directa como se propuso.

II.- Haciendo abstracción del defecto de técnica dicho, cabe observar que conforme al art. 1061 del C. C. la capacidad jurídica para testar es especial, y que los principios que la gobiernan no coinciden siempre con los que rigen la capacidad civil en general. En una y otra la regla común es la de la capacidad, y la excepción la incapacidad; pero en materia de capacidad especial para testar, dicha regla común es más amplia, así como también son más amplias o mayores las excepciones. En efecto, si según el art. 1061 sólo son inhábiles para testar las personas que se encuentren en los casos por él contemplados, ello significa que todas las demás son capaces a ese respecto, y entre ellas los púberes y los interdictos por disipación, esto es, personas que son tenidas por la ley como incapaces para efectos de los demás actos y declaraciones de voluntad. Y si de la regla general se pasa a las excepciones, se confirma que efectivamente también allí es más amplio el campo de las incapacidades para testar, pues conforme al mismo art. 1061 citado, ord. 3o., no sólo es incapaz para testar el que ha sido declarado en interdicción por demencia, sino también quien al otorgar testamento no estuviera en su sano juicio "por ebriedad u otra causa", como tan

elocuentemente lo expresa dicho numeral, es decir, aunque no sea por causa de demencia.

Todo esto significa, dice un autor, que la ley es más rigorosa respecto a capacidad para testar que en los demás casos, pues declara inhábiles no sólo a los incapaces que menciona el art. 1504 en sus ords. 1o. y 2o., "sino a los que, teniendo discernimiento, sufran en el acto de testar una alteración de sus facultades que permita afirmar un desequilibrio grave en el juicio. Y esto es exigir más voluntad para los testamentos que para los contratos y demás actos ordinarios, porque no es menester para anular un testamento, como sí lo es para anular un contrato, demostrar, por ejemplo, que el testador sufrió tal perturbación que le quitó completo uso de su razón. El concepto de sanidad de juicio' no requiere tanto; basta para quitarle toda validez al acto testamentario, levantar la prueba de una seria perturbación de las facultades síquicas. Tal es el concepto de sanidad de juicio que da la capacidad de testar". . ("Las Sucesiones", Carrizosa Pardo, pág. 217).

Se trae a cuento lo anterior, para destacar cómo la estructura del cargo no es sólida en cuanto en él se ensaya interpretar el art. 1061, numeral 3o., a la luz de los arts. 553 y 1504 del C. C., haciendo prácticamente de aquel una aplicación particular de estos, no siendo ello así, según se acaba de notar. Y para hacer ver, además, que en un caso como el de que aquí se trata, planteado y básicamente resuelto a la luz del art. 1061, numeral 3o., no cabe hablar de violación de los arts. 553 y 1504 mencionados.

III.- Insinúa el recurrente que como el Tribunal consideró nulos los testamentos impugnados "por haber sido otorgados en la época en que la causante estaba padeciendo de una enfermedad mental orgánica", incurrió en interpretación errónea del numeral 3o. del art. 1061 del C.C., según el cual la sanidad de juicio debe ser actual, es decir, en el momento de otorgarse el testamento.

Acerca del momento a que debe referirse la perturbación mental que pueda afectar un acto jurídico otorgado por quien la sufre, y a la prueba de ella, ha dicho la Corte comentando el art. 553 del C. C., pero en términos igualmente aplicables al caso de autos:

"No hay una prueba teórica invariable que consulte exactamente el alcance del adverbio de tiempo empleado en el Código. Cada caso concreto y cada acervo de pruebas impondrá una interpretación que se acomode a las características singulares y propias de la enfermedad que aqueje al sujeto que se pretende incapaz. Habiendo perturbaciones mentales de numerosas y diferentes especies y etiologías, permanentes, progresivas, crónicas e incurables, intermitentes, efímeras, cada caso judicial en que se pretenda que una de estas anormalidades ha abolido la capacidad civil de un contratante, solicitará lógicamente una manera especial de comprobación para dar adecuada y práctica aplicación al precepto legal que ampara a los incapaces. Si se trata de demostrar la existencia de una psicosis de naturaleza permanente o de desarrollo progresivo o de ciclos determinados y precisos, el 'entonces', desde el punto de vista de su prueba, no será el minuto fugaz en que se cumple la acción, como sí ha de serlo cuando el acto atacado de nulo se haya cumplido en un 'entonces' único, pasajero, que desapareció de la vida del incapaz sin dejar huella porque obedeció a una causa transitoria que dejó de actuar. La clase de enfermedad condiciona la prueba" (XLVII, 457).

Doctrina esta claramente inspirada en la francesa sobre el particular, y que en punto de la prueba de falta de lucidez mental que a efecto de nulidad una donación o un testamento, es expuesta así por Planiol y Ripert: "Tal prueba es particularmente difícil, por lo que la jurisprudencia ha aceptado ciertas atenuaciones. Si se demostrare que el donante o testador se hallaba en un estado permanente o habitual de imbecilidad o de demencia durante el período en que realizó la disposición, o en una época muy cercana a ella, la Corte de Casación admite que basta con justificar ese estado permanente o habitual sin que sea necesario evidenciar que en el minuto mismo en que se realizó el acto su actor carecía de lucidez mental; corresponde en este caso a la parte demandada la prueba de que el acto se realizó en un intervalo lúcido. Tal solución, respaldada por gran parte de la doctrina, es consecuencia del principio según el cual en esta materia los jueces pueden fallar basándose en simples presunciones de hecho. De la existencia demostrada de un estado permanente o habitual de demencia, los jueces pueden perfectamente deducir la falta de lucidez mental del disponente en el momento de efectuar la liberalidad y de redactar el documento correspondiente" ("Tratado", T. V. número 181. Igual tesis en el T. I. número 725).

En el caso de autos es cierto que el Tribunal consideró que la testadora se encontraba mentalmente perturbada "en la época" en que otorgó los testamentos. Pero tal consideración la hizo teniendo en cuenta que según el dictamen siquiátrico obrante en autos, la Sra. Díaz v. de Clavijo desde tiempo anterior al otorgamiento de los testamentos venía sufriendo de una arterioesclerosis cerebral que ya para entonces había producido una disminución permanente, progresiva e irreversible en sus facultades mentales. En estas circunstancias, tratándose de una perturbación mental con tales características, que en virtud de ella misma tenía que existir en los momentos mismos en que la causante otorgó los testamentos impugnados, la expresión "en la época" empleada por el Tribunal no implica en el caso de autos una interpretación equivocada del numeral 3o. del art. 1061, sino una manera de aludir indirectamente al hecho de que la causante estaba afectada por dicha perturbación en el momento en que otorgó los testamentos.

Por lo dicho, se rechaza el cargo.

b) *El segundo cargo,* que como ya se dijo se formula por falta de apreciación de las pruebas que según el censor acreditan el estado de plena lucidez mental en que se encontraba la testadora al otorgar los testamentos cuya nulidad se demanda, lo sustenta el recurrente empezando por decir que aunque la presunción de capacidad basta para la defensa de los derechos de quienes apersona, por no estar ella desvirtuada en el caso de autos, para patentizar aún más de injuricidad la sentencia del Tribunal "me ocupo brevemente en este cargo, de comprobar los términos como se omitió apreciar en ella, los medios positivos con que en los autos aparece ratificada esa presunción. Forman esa prueba los testimonios de Fidel Pachón, Jesús Antonio Díaz Amaya, José Luis Silva Barrios, Marco Eliécer Cruz y Rafael Vélez". Transcribe al efecto apartes de dichos testimonios, así: el del testigo Pachón, quien dice que conoció a la testadora por más de diez años y hasta su muerte, y que después de haber viajado ella en junio de 1954 a ser atendida en una clínica de Bogotá, regresó y siguió atendiendo personalmente los trabajos propios del campo "gozando de buena salud y sin que le notara enfermedad mental"; el del testigo Dr. Jesús Antonio Díaz Amaya, quien afirma que fue médico de cabecera de la Sra. Díaz v. de Clavijo desde junio de 1954 hasta la fecha de su muerte, que la examinaba cada ocho o quince días, y que durante ese tiempo no observó cuadro clínico de perturbación mental alguna sufrida por ella, y que "conservaba su memoria anterógrada y retrógrada, el juicio y el razonamiento estaban en perfectas condiciones"; y los testigos Silva, Cruz y Vélez, quienes afirman, el primero como Notario que atendió al otorgamiento de los dos testamentos, y los últimos como testigos instrumentales de dichos actos, que al otorgarlos la Sra. Díaz v. de Clavijo se encontraba sana de mente, sin que diera muestras de perturbación mental.

Estas declaraciones, comenta el censor, demuestran "que para la época, y más concretamente, para los momentos mismos del otorgamiento de las memorias testamentarias.... el estado de doña Lucinia salía, probatoriamente, del simple campo de la presunción en que la ley tenía colocada su capacidad civil, para situarla en el de la más absoluta realidad. El Tribunal, sin embargo, se abstuvo de considerar esa prueba, y por haber incurrido en esa falla, violó los arts. 553, 1061 y 1504 del C. C. para llegar a la declaración de nulidad que su fallo contiene, y que sin dicha omisión, no hubiera podido producirse.

Se considera:

La cuestión de hecho básica que en el campo del presente juicio se planteó a los jueces de instancia, fue la de decidir si la Sra. Lucinia Díaz v. de Clavijo se encontraba sana de mente en el momento de otorgar cada uno de los testamentos impugnados de nulos. Cuestión cuya decisión dependía de que, a la luz de las pruebas obrantes en el proceso, el sentenciador considerara desvirtuada o no la presunción legal de capacidad de la testadora, presunción que la parte demandada pretendió reforzar con las pruebas que el cargo que se examina señala como no estimadas, y cuya finalidad fue establecer que la testadora se encontraba realmente en su cabal juicio al otorgar los aludidos testamentos.

En la sentencia acusada el Tribunal estimó, fundado ante todo en el dictamen científico rendido dentro del juicio por peritos siquiatras, que había quedado demostrado que efectivamente la testadora se encontraba afectada por una perturbación mental al otorgar los mencionados testamentos, y que por lo mismo se había destruído así la presunción de capacidad de aquella.

Bien es cierto que en su sentencia el Tribunal no hizo consideraciones especiales en torno a las pruebas que la parte demandada hizo practicar para demostrar la sanidad de juicio de la testadora al otorgar los testamentos. Mas de ello sólo no cabe deducir que hubiera omitido tenerlas en cuenta al decidir lo que decidió, pues aparte de que no cabe presumir que un sentenciador pase por alto pruebas relacionadas con el litigio que resuelve, es natural entender que cuando en un proceso obran pruebas opuestas respecto de un mismo hecho, si el fallador acoge y forma su convicción con las que tienen un determinado sentido, ello indica ya, aunque así no se exprese, que rechaza las que tienen sentido contrario, es decir, que las ha apreciado o tenido en cuenta, pero que las ha hallado de mérito inferior al de aquellas.

En un caso como el que presenta el cargo que se estudia, no basta para formular una acusación por error de hecho en la apreciación de pruebas con afirmar que se han dejado de estimar tales o cuales de ellas; sino que es preciso demostrar el error mismo y la contraevidencia a que él da lugar, lo cual supone hacer palmario que el Tribunal dio por probado un hecho sin haber objetivamente en los autos medio probatorio que lo acredite, o no obstante mediar en los autos evidencia de que ese hecho no ha tenido existencia. No hacerlo, así, como aquí se ha hecho, equivale a pretender que en casación se haga un nuevo análisis general de la prueba, con la amplitud y libertad en que es ello posible en las instancias, y es bien sabido que pretensión semejante es totalmente extraña a la naturaleza y a los fines del recurso extraordinario de casación.

Por lo dicho, el cargo se rechaza.

c) *El tercer cargo* acusa la sentencia recurrida por errores de hecho y de derecho "en la estimación del informe extrajudicial del Dr. Luis Jaime Sánchez y del dictamen de los peritos Beltrán Cortés y Taborda Palacio, en que primordialmente se funda la sentencia".

En sustentación de este cargo afirma el recurrente que entre los elementos de juicio que el Tribunal tuvo en cuenta para proferir su decisión, "ocupa lugar importantísimo y hasta decisivo el informe que particularmente le fue solicitado al Dr. Luis Jaime Sánchez. Pero sucede que conceptos de esta naturaleza, como destinados 'a la comprobación de hechos que exigen conocimientos y prácticas especiales' (art. 705 del C. de P. C.), apenas sí podría asemejarse —entre los distintos medios que la ley reconoce para acreditar la verdad en juicio— al del dictamen pericial; y en ese carácter no puede reconocérsele mérito probatorio de ninguna clase, por haberse producido fuera de juicio, esto es, sin audiencia ni contradicción de la parte a quien se opone, y sin observancia de ninguna de las formas que la ley previene para su eficacia en juicio. Luego si las decisiones judiciales han de fundarse, precisamente, en 'alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título' o sea en el XVII del Libro 2o. del C. de P. C., y entre esos medios no figura el de las informaciones rendidas a la manera de la del Dr. Sánchez, el fallo de la segunda instancia que la acogió, incurrió en error de derecho al apreciarlo como prueba, y como consecuencia, quebrantó las disposiciones sustanciales 553, 1504 y 1061 del C. C. en que se funda la decisión que él contiene".

Dice luego que también incurrió en "manifiestos errores de derecho y de hecho" al estimar el mérito del dictamen pericial rendido por los médicos Drs. Luis Ma. Beltrán Cortés y Horacio Taborda Palacio, y que por ello violó las mismas disposiciones citadas. En efecto, expresa, el art. 722 del C. J. le da mérito de plena prueba al dictamen pericial uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos, y a los que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda y como consecuencia de aquellos hechos; pero en el caso de autos los peritos mencionados no tuvieron en cuenta, ni podían tenerlo, hecho alguno susceptible de ser percibido por los sentidos relacionado con la testadora, pues cuando dictaminaron esta había ya fallecido, y tuvieron que estar a lo manifestado por el Dr. Luis Jaime Sánchez en el concepto, a la historia clínica siquiátrica de la testadora, levantada en la Clínica del Perpetuo Socorro de Bogotá, y a declaraciones de testigos, para deducir de tales fuentes de información que la Sra. Díaz v. de Clavijo padeció de un síndrome arterioesclerótico cerebral durante los últimos años de su vida, y que su juicio estaba necesariamente limitado por cierto grado de deterioración mental. Entonces, arguye el censor, si el concepto de los peritos no se fundó en hecho alguno que hubiera estado sujeto a sus sentidos, ni lo expuesto por ellos puede ser consecuencia de hechos de esa clase, y si estas son condiciones que el art. 722 del C. J. exige para que el dictamen pericial tenga el carácter de plena

prueba, resulta manifiesto el error de derecho en que incurrió el Tribunal al darle al aludido peritazgo la fuerza de plena prueba, y fundar en él la declaración de nulidad que el fallo contiene.

Pero, además del error de derecho mencionado, el Tribunal incurrió también en errores de hecho manifiestos en la apreciación del mismo peritazgo, que lo llevaron a quebrantar las disposiciones sustanciales ya citadas. En efecto, expresa el recurrente, los peritos no dictaminaron que la Sra. Díaz v. de Clavijo se encontraba incapacitada civilmente al otorgar sus testamentos, sino que conceptuaron que si para ellos era indudable el estado demencial de aquella, instaurado progresivamente desde el comienzo de su enfermedad, al mismo tiempo les era imposible con los elementos de juicio que tuvieron a su disposición "determinar el grado de esta demencia en el momento de otorgar los testamentos, pero tenemos que concluir que su juicio estaba limitado". O sea que según el dictamen comentado, dice el censor, "doña Lucinia estuvo en estado demencial progresivo desde el principio de su enfermedad; pero se ignora en absoluto cuál fuera el grado de esa enfermedad en el acto de otorgar los testamentos... y por lo mismo cuál el influjo que ella hubiera podido ejercer sobre sus facultades de discernimiento y libre determinación en dicho tiempo. Porque, desde el punto de vista del derecho civil, demente no es, como lo sostiene el Tribunal, el insano de la mente", pues la alienación mental consiste en el trastorno general y persistente de las funciones síquicas, y que por eso en la sicosis progresiva, como la determinada por una arterioesclerosis cerebral, es de la esencia del estado de incapacidad que de ellas pretenda deducirse, conocer el grado de la enfermedad. Termina diciendo el recurrente que por haber identificado la sentencia acusada el estado demencial progresivo, en que según los peritos estuvo la testadora desde el comienzo de su enfermedad, con un grado de ese mismo estado "suficiente para determinar su incapacidad civil en el acto de testar, y que los propios peritos declaran expresamente no haber podido establecer, el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la estimación de esta prueba, y como consecuencia quebrantó por indebida aplicación los arts. 553, 1061 y 1504 del C. C.".

Se considera:

I.- El aspecto del cargo relacionado con la errónea valoración del que el recurrente denomina "informe extrajudicial del Dr. Luis Jaime Sánchez", está mal planteado desde el momento en que, de un lado, parte de la base que fue producido fuera de juicio "sin audiencia ni contradicción de la parte a quien se opone", y, de otro, de considerarlo formalmente como una prueba pericial practicada "sin la observancia de ninguna de las formas que la ley previene para su eficacia en juicio". En efecto, si bien el informe en referencia tuvo un origen privado, en cuanto el Dr. Sánchez lo produjo mediante carta que dirigió a un tercero, al ser incorporado a este juicio dentro del término probatorio y luego ratificado en todos sus términos por su autor, bajo la forma de testimonio, asumió la categoría de este medio de prueba. Categoría de prueba que no se ve afectada por el hecho, atinente no a su forma, sino a su mérito probatorio, de que algunos apartes conceptuales de su contenido no correspondan a la naturaleza de la prueba testimonial sino a la pericial.

Entonces, si la prueba en mención tiene la forma propia de la testimonial, para todos los efectos susceptibles de probarse con ella, debía ser tratada como tal por los jueces de instancia y por las partes. Y si, como en la demanda de casación se dice, fue equivocadamente valorada por el Tribunal, el cargo tenía que construirse en el terreno de la prueba testimonial, lo que aquí no hizo el recurrente. Por no haber procedido en el modo indicado, por haber estimado el censor que por razón de su contenido (perdiendo de vista su forma, que era lo importante para el caso) el aludido informe del Dr. Sánchez no encajaba dentro de ninguno de los medios probatorios a que alude el art. 593 del C. J., señaló esta disposición como objeto de la violación medio que la naturaleza del cargo le imponía señalar. Violación medio esta que no pudo producirse, porque como se dejó demostrado, la prueba vetada tiene la forma de testimonial, y como tal obviamente está incluída entre las que el citado art. 593 contempla.

Es de observarse, por lo demás, que si bien es cierto que la sentencia acusada transcribe apartes del informe del Dr. Sánchez, en realidad el fundamento de la decisión con que culmina no fue ese informe sino el dictamen siquiátrico de los Drs. Luis Ma. Beltrán C. y Horacio Taborda P. No otra cosa cabe deducir del hecho de que el Tribunal haga especial énfasis en que, como textualmente dice la sentencia, "La doctrina jurídica y los tratadistas están de acuerdo

en que la prueba de la enfermedad mental es de carácter técnico. Procesalmente hablando, significa esto que se requiere una prueba pericial. El Juez debe auxiliarse del dictamen de especialistas en "psiquiatría", preferible expertos en "Psiquiatría Forense"... En cuanto al mérito del dictamen, el Juez goza de amplias facultades para valorarlo". Y de que más adelante, al dar por establecida la enfermedad mental que aquejaba a la Sra. Díaz P. v. de Clavijo, diga: "Esta enfermedad mental de la señora Lucinia fue corroborada mediante el dictamen de peritos psiquiatras, producido en forma legal".

Así que si el Tribunal hubiera errado, como lo sostiene el recurrente, en la apreciación probatoria del informe del Dr. Luis Jaime Sánchez, el error carecería de trascendencia por no haber sido tal informe el fundamento probatorio decisivo del fallo.

No sobra, por lo demás, tener aquí en cuenta que en alguna ocasión la Corte dijo: "Si bien la prueba testimonial no es adecuada para establecer hechos cuyo esclarecimiento proviene de los principios de alguna ciencia o arte, nada impide al Juez acogerla para reforzar el dictamen de los expertos. Pues los jueces tienen amplitud para apreciar las exposiciones de los peritos, en armonía con los otros elementos de convicción que figuren en el expediente" (XXII, 339).

II.- En cuanto al aspecto del cargo relacionado con el error de derecho en que se dice incurrió el Tribunal al haberle dado al dictamen pericial de los Drs. Beltrán Cortés y Taborda Palacio la fuerza de plena prueba, no obstante que conforme al art. 722 del C. J. un dictamen no hace plena prueba sino cuando versa sobre hechos sujetos a los sentidos de los expertos, se observa:

Efectivamente, el art. 722 del C. J. le da fuerza de plena prueba al dictamen pericial uniforme de dos peritos "sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos". Pero también es cierto que en virtud del art. 723 ibídem, fuera de las hipótesis de valoración probatoria del dictamen pericial regulados en los arts. 721 y 722, "la fuerza probatoria del dictamen pericial en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñan el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Ahora bien: teniendo en cuenta que en el caso de autos es indudable que el peritazgo de los Drs. Beltrán y Taborda no podía ser apreciado a la luz del art. 722 del C. J., puesto que ellos no pudieron examinar directamente a la testadora; que el Tribunal en su sentencia no citó disposición legal alguna en la cual dijera apoyarse para darle la fuerza de plena prueba al dictamen pericial aludido; y que no se presume que un juzgador haya decidido un caso con apoyo en normas que no eran aplicables al mismo, sino, por el contrario, presumir que lo resolvió con total acierto y en vista por lo mismo de las disposiciones legales pertinentes, procede concluir entonces que cuando el Tribunal valoró el dictamen pericial de los Drs. Beltrán y Taborda practicado en este juicio, lo hizo haciendo uso de amplios poderes de apreciación que para el efecto le confería el art. 723 del C. J. O sea, en conclusión, que cualquier cargo por error de derecho en la apreciación del aludido dictamen que pudiera hacerse contra la sentencia acusada, tendría que haberlo sido dentro del ámbito del art. 723 del C. J.; no en el art. 722 ibídem que, en las circunstancias dichas, no puede considerarse aplicado por el Tribunal, ni por lo mismo quebrantado con violación medio que lo llevara a la infracción de otras disposiciones sustanciales.

III.- Y en cuanto al error de hecho en que según el cargo incurrió el Tribunal al apreciar el dicho dictamen pericial, que se hace provenir de que conforme al mismo dictamen los peritos dijeron no estar en capacidad de expresar cuál era el grado demencial de la Sra. Díaz v. de Clavijo en el momento de otorgar los testamentos objeto del juicio, se considera:

En la conclusión final de su dictamen, los peritos expresaron: "Ahora bien, si es indudable el estado demencial padecido por doña Lucinia, instaurado progresivamente desde el comienzo de su enfermedad, nos es imposible con los elementos de juicio de que disponemos, determinar el grado de esta demencia en el momento de otorgar los testamentos, pero tenemos que concluir que su juicio estaba necesariamente limitado por cierto grado de deterioración mental y que dada la labilidad emocio-

nal propia de su estado podía ser fácilmente influenciada por personas a las cuales estuviera predispuesta favorablemente, e inversamente su voluntad podía inclinarse en contra de aquellos contra los que tuviera algún rencor".

Se ve claro de la anterior transcripción que en verdad los peritos expresaron que se encontraban en incapacidad de determinar el grado del estado demencial en que se encontraba la testadora al momento de otorgar los testamentos; pero también se lee allí que de todas maneras los peritos conceptuaron que el juicio de dicha testadora se encontraba en esos momentos "necesariamente limitado por cierto grado de deterioración mental", vale decir que no estaba sana de juicio, y esto era suficiente, aunque no se hubiera determinado el grado del mal, para que el Tribunal pudiera deducir del dictamen, sin alterar su contenido, ni ver en él algo distinto a lo que realmente dice, o sea, sin incurrir en error manifiesto de hecho alguno, la prueba de que efectivamente la Sra. Díaz P. v. de Clavijo no se encontraba en su sano juicio cuando otorgó los testamentos, que fue precisamente lo que en la demanda inicial del juicio se afirmó por la parte actora para solicitar la nulidad de esos actos, con fundamento en el numeral 3o. del art. 1061 del C. C.

Como consecuencia de todo lo dicho, el cargo no prospera por ninguno de los aspectos por los cuales fue planteado.

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 de fecha veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior de Fusagasugá en este juicio ordinario de Fausto Díaz Posada y otros contra María del Carmen Hernández y otros.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad extracontractual en que incurren las personas jurídicas es directa y no indirecta; su acción indemnizatoria prescribe en veinte años y no en tres; debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante; el daño puede causarse con o sin intención de producirlo.

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

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

(Aprobación: noviembre 14/69.- Acta No. 88).

El señor Julio E. Caicedo C. demandó a la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se hicieran estas declaraciones:

"*Primera.*- Que la sociedad 'Archila Briceño & Cía., Ltda.' en su condición de constructora de la Carretera Central del Norte, en el trayecto comprendido entre el 'Puente del Común' (Estación La Caro, kilómetro 31, aproximadamente) y Villapinzón (kilómetro 103, aproximadamente), está obligada a pagar a mi mandante el valor de ochenta mil doscientos treinta y siete metros cúbicos (80.237 m) de materiales de relleno que la citada Compañía, por intermedio de sus agentes, extrajo o sacó de la finca denominada 'El Rincón', de propiedad del señor Julio E. Caicedo C., ubicada en jurisdicción del Municipio de Chía, Departamento de Cundinamarca, y a pagarle igualmente el valor de las cercas de piedra, árboles, acequias, tanques y puertas que destruyó con motivo de la ampliación de la Carretera central del Norte, en el trayecto antes mencionado y en la parte que da frente a la propiedad de mi mandante.

"*Segunda.*- Que como consecuencia de la declaración anterior, la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.' debe pagar a mi mandante, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, la suma de dinero en que sean apreciados pericialmente tanto el valor de los materiales extraídos como el valor de las cercas, árboles, acequias, tanques y puertas destruídos dentro de la finca de 'El Rincón', con ocasión de los trabajos de ampliación de la Carretera Central del Norte, en el trayecto mencionado en la petición anterior.

"*Tercera.*- Que se condene a la sociedad demandada en las costas del presente juicio".

Los hechos que constituyen la *causa petendi* pueden compendiarse así:

1. En la sucesión de Paulina Caicedo de Calvo, cuyo juicio se protocolizó por la Escritura No. 28, extendida en la Notaría Segunda de Bogotá el nueve de enero de 1918, se adjudicó al señor Julio E. Caicedo C., a títulos de herencia y de legado, un lote de terreno que hizo parte de la antigua hacienda de 'El Rincón', situada en jurisdicción del Municipio de Chía, integrada tal porción por los potreros llamados 'Yerbabuena', 'El Confín', 'El Común' y 'La Salina', y además otra porción de terreno de seiscientas cuarenta y ocho fanegadas (648 fgds,) y siete mil cincuenta varas cuadradas (7.050 v^2), porciones que tienen los linderos que se indican en la misma demanda.

2. Mediante contrato que se celebró el 12 de abril de 1955 entre el Gobierno Nacional y la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.", esta última entidad se encargó de construir, "a precios unitarios fijos", el trayecto de la Carretera Central del Norte comprendido entre el Puente del Común (Estación La Caro, kilómetro 31 aproximadamente) y Villapinzón (kilómetro 103, aproximadamente).

3. La sociedad nombrada realizó la obra de construcción de la carretera aludida en el trayecto dicho y recibió del Gobierno Nacional el pago de lo que le correspondía, de acuerdo con los precios fijados en el contrato.

4. Por la cláusula octava de la convención mencionada el Gobierno Nacional se obligó a pagar y efectivamente pagó a la compañía constructora de la carretera los precios unitarios

que allí se estipularon, entre ellos los siguientes: los "préstamos de tierra", a $ 1.10 el metro cúbico; "conglomerado", a razón de 1.80 el metro cúbico, más la suma adicional de 0.25 por el acarreo de materiales por cada kilómetro que excediera de 150 metros del lugar de la obra; compactación de terraplenes con materiales sin clasificar provenientes de cortes o préstamos, a razón de 0.75 por metro cúbico, y construcción de bases compactadas, con materiales seleccionados, a $ 5.00 el metro cúbico.

5. En cumplimiento del contrato mentado, la sociedad de "Archila Briceño & Cía., Ltda." extrajo o sacó de la nombrada finca de "El Rincón", de propiedad del demandante Caicedo, la cantidad de 80.237 metros cúbicos de materiales de relleno que utilizó en los trabajos de construcción y ampliación de la Carretera Central del Norte, en el trayecto referido, y destruyó además, con ocasión de la misma obra, las siguientes mejoras de la finca dicha: siete puertas amplias, para acceso de carros y tractores a varios de los potreros de la hacienda; 1571 metros lineales de acequias para distribución de aguas, de 1.20 metros de ancho por 50 centímetros de hondo; dos tanques para almacenamiento de aguas; 2.500 metros de cerca de piedra que separaba la finca de las carretera, piedra que utilizó en la misma calzada, y cuatro árboles de eucalipto de treinta años de existencia.

6. Cuando el señor Caicedo reclamó de la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." el pago tanto del material de relleno extraído de su finca "El Rincón" como de las obras allí mismo destruidas y de los demás perjuicios causados, dicha compañía "insinuó que se nombraran peritos ante el Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución No. 221 de 1942 del mismo Ministerio, para efectos del avalúo correspondiente, y al efecto fueron designados los doctores Ernesto Ponce de León, Víctor Leal Jara y José Gregorio Ortiz, quienes avaluaron tanto los materiales de relleno extraídos como los bienes destruídos, en una cantidad superior a los cien mil pesos m/cte. ($ 100.000.00)", pero el Ministerio aludido se abstuvo de aprobar este justiprecio.

7. "De acuerdo con la cláusula décimaprimera del contrato de construcción, tratándose de daños no indemnizados previamente, el contratista demandado asume la responsabilidad en el pago de ellos, y en cuanto a préstamos de materiales para relleno, según la cláusula octava del mismo, estos deben ser pagados por el contratista".

8. Como propietario de la finca de "El Rincón", el señor Caicedo fue gravado con la suma de $ 76.740.00 por concepto de impuesto de valorización con motivo de la construcción y ampliación de la Carretera Central del Norte.

El mismo libelo expone la formación de la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.", y en capítulo que titula "Causa y razón de esta demanda" repite algunos de los hechos ya expuestos y afirma que la compañía demandada es responsable de la extracción de los materiales de relleno de la finca del señor Caicedo y de los perjuicios allí ocasionados y que con esa extracción de materiales obtuvo un enriquecimiento sin causa.

La sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." contestó la demanda, negando la mayoría de los hechos expuestos en ella, diciendo que lo único cierto es que el demandante Caicedo se acogió a lo dispuesto por la Resolución No. 221 de 1942 y proponiendo las excepciones de inepta demanda, de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, de cobro de lo no debido y de inexistencia de las obligaciones que se exigen. Alega además la misma parte demandada que, conforme a la cláusula décimaprimera del contrato celebrado con la Nación, el Gobierno se obliga a hacer por medio de un interventor los arreglos tendientes a resarcir los daños causados con motivo de la realización de la obra contratada.

La primera instancia del juicio culminó con el fallo de dos de julio de 1962, en el cual se declararon no probadas las excepciones propuestas, se condenó a la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.", a pagar al demandante Caicedo los valores correspondientes a 80.237 metros cúbicos de materiales de relleno extraídos de la hacienda "El Rincón", a 2.500 metros de cerca de piedra, a siete puertas que fueron destruídas, a 1.527 metros lineales de acequia, a dos tanques de almacenamiento de agua, a cuatro árboles de eucalipto y a las costas del juicio, y se dispuso que los valores dichos se regularían en la forma prevista por el art. 480 del C. J.

LA SENTENCIA ACUSADA

Surtido el segundo grado por apelación que interpusieron ambas partes litigantes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de cinco de octubre de 1964, por la cual se confirmó parcialmente la decisión apelada, se condenó en concreto a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de

$ 80.237.00 por concepto del material de relleno sacado del predio "El Rincón", se ordenó regular el valor de los demás perjuicios en la forma prevista por los arts. 480 y 553 del C. J. y se le impuso también el pago de las costas.

La motivación del fallo del Tribunal relaciona los términos y el desarrollo del litigio, expresa que en este aparecen satisfechos los presupuestos procesales, hace referencia a los elementos probatorios allegados y dice en seguida:

"Queda visto que fue demostrada la calidad de dueño por parte del actor y que en su propiedad se produjo un daño, por lo que están satisfechos o establecidos dos de los elementos estructurales de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual, los cuales son señalados unánimente por los doctrinantes y la jurisprudencia. En el inmueble determinado en la demanda se produjo extracción de materiales de cierta naturaleza y hubo destrucciones, luego se hace incuestionable la existencia de verdaderos perjuicios sufridos por el accionante en su patrimonio, que quedó o vino a ser lesionado de modo concreto en su materialidad, sin que pueda pensarse en su desconocimiento, ya que el señor Caicedo C. no aparece vinculado por alguna relación de derecho indicativa de que se hubiera allanado y sin facultad de reclamación o exigencia de indemnización, a que tuvieran cumplimiento los hechos de que se queja. Aparece en el expediente un quebranto a un interés legalmente protegido, el menoscabo de un derecho amparado legalmente, y de allí que haya completa certidumbre para afirmar la existencia de perjuicios (art. 1613, concordantes, C. C.).

"Los hechos dañosos antes mencionados aparecen realizados por la sociedad opositora, como resultado del obrar suyo, y de allí entonces que en principio aparezca su obligación de indemnizarlos, conforme a las previsiones legales, precisamente por culpa extracontractual. Bien se sabe que una de las fuentes de las obligaciones es la culpa (arts. 63, 1494, concordantes, C. C.) y que quien 'ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización' (art. 2343, concordantes, C. C.)".

La sentencia admite estar demostrado que la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." ejecutó la construcción y ampliación de la Carretera Central del Norte en el sector señalado en la demanda y que con motivo de esa obra extrajo materiales de relleno de la finca "El Rincón" y causó otros daños en el mismo fundo, y concluye que así quedan establecidos los tres elementos de la acción de responsabilidad extracontractual, cuales son el hecho dañoso, el perjuicio causado y la relación de causalidad entre el hecho y el daño, de modo que aparece comprobada la obligación de la compañía de reparar los perjuicios inferidos. Comparte el concepto de la parte demandada de que el libelo inicial no es un modelo de técnica, pero afirma que de tal pieza sí se desprende que el demandante ejercita una acción de responsabilidad extracontractual y que, en el supuesto de que se vieran propuestas dos acciones en dicha demanda, la acumulación de estas sería viable en este caso.

La sentencia acomete luego el análisis de las excepciones propuestas por la parte demandada, y, refiriéndose a la primera de ellas, o sea a la de inepta demanda, dice que no prospera, porque el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda" no es oponible al demandante Caicedo y en consecuencia este tiene derecho de exigir la reparación de los perjuicios de quien en forma inmediata se los causó, es decir, de la compañía constructora de la carretera. Dicha sociedad se obligó a ejecutar la obra a precios fijos y, aunque obró en interés de la Nación, esta circunstancia no la libera de la obligación de responder de los daños ocasionados como autora directa e inmediata de tales perjuicios. A continuación agrega el fallo: "De nitidez es que quien padece un daño en su patrimonio está en aptitud de reclamar su resarcimiento a su autor próximo e inmediato o a la persona por quien este haya obrado, a uno de los dos, en mérito de que no aparece una razón sólida para que únicamente sea exigible la respectiva prestación a la persona que comprometa su responsabilidad de modo indirecto, por gracia del comportamiento del agente. Existe el principio común de que quien ocasione un daño carga con el deber de resarcirlo, lo que permite concluir en la forma apuntada. En otras palabras, resulta viable la acción propuesta contra la persona que figura como demandada en el presente litigio, sin perjuicio del derecho que ella pueda tener contra la Nación para alcanzar un reembolso, sobre lo que naturalmente no cabe en esta providencia hacer estudio y decisión algunos, como tampoco en cuanto a ulterior posición que el actor asumiera en frente de la Nación".

Se refiere también la sentencia a la alegación de la parte demandada de que el actor se acogió al procedimiento de nombrar peritos avaluadores de los perjuicios que consagra la Resolución No. 221 de 1942 para arreglar con la Nación el pago de daños y expresa a este respecto: "En el

numeral sexto de la demanda está manifestado que cuando el actor reclamó a la sociedad opositora para las correspondientes prestaciones, ella insinuó que se nombraran peritos ante el Ministerio de Obras Públicas, los que efectivamente fueron designados y que el Ministerio citado se abstuvo de aprobar el avaluó. La Sala no encuentra en lo expuesto en la demanda acto de la trascendencia que sostiene la parte demandada, pues no concreta una voluntad del actor en el sentido de reconocer que sólo estuviera obligado para con él el Estado y no la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.". Además, se trajo al expediente copia de la respectiva exposición pericial, pero su texto no es demostrativo de la voluntad de la parte actora con el alcance que pretende la opositora, la que tampoco aportó la Resolución que cita, que tal vez pudiera apoyar su punto de vista, pues ello era de cargo suyo. Cabe agregar que existe confesión ficta de que la solicitud de avalúo referida fue hecha por la parte demandada. De suerte que el planteamiento de la última y que se examina, no la favorece realmente".

Como la parte demandada alegó también la excepción de prescripción de la acción propuesta, con base en que la demanda se instauró después de transcurridos tres años desde la construcción y ampliación de la carretera mencionada, la sentencia se pronuncia así sobre tal excepción: "Está dispuesto en la ley que las acciones ejercitables contra terceros por determinados daños prescriben en tres años (art. 2358, C. C.), pero debe observarse que la norma legal a que se alude no hace referencia a obligaciones derivadas del obrar directo de las personas y que la sociedad directamente aprovechó el material de relleno tomado del inmueble del actor y ejecutó determinadas destrucciones, por lo que su responsabilidad no es indirecta, lo que es de fácil comprensión. De consiguiente, no quedó establecida la prescripción alegada con apoyo en el artículo 2358 del C. C y tampoco conforme a otras normas de la legislación (art. 2512 y siguientes del C. C.), sobre lo que es innecesario insistir".

El fallo estudia por último el dictamen pericial sobre avalúo de los perjuicios y recuerda que tal peritación fue desechada como prueba en la primera instancia, porque no se adujo el comprobante de pago de los honorarios de los peritos, pero que dicho comprobante fue allegado en segunda instancia, dando así lugar a examinar el mencionado dictamen. Sobre la misma peritación expresa que ella no es muy convincente respecto del valor de los daños, salvo en cuanto al justiprecio de los materiales de relleno, debido a que en autos obra una constancia de la parte demandada de que la cantidad de tales materiales ascendió a la cifra de 80.237 metros cúbicos. Los peritos apreciaron estos materiales a razón de un peso ($ 1.00) por metro cúbico, dando en consecuencia un valor total de $ 80.237.00. Acoge este justiprecio y dice que el fallo de primera instancia debe ser modificado en el sentido de condenar a la sociedad demandada a pagar esta cantidad de dinero al actor y de disponer que el valor del resto de los perjuicios se regule por el procedimiento que señalan los arts. 480 y 553 del C. J.

EL RECURSO DE CASACION

La parte demandada recurrió en casación y, situándose en el campo de la causal primera, formula contra la sentencia del Tribunal los siguientes seis cargos que la Corte procede a exponer y examinar.

Primer cargo.- Se hace consistir en el quebranto directo, por interpretación errónea, del art. 2358 del C. C.

La sustentación de este motivo se inicia con la transcripción del precepto citado y con el argumento de que la demanda inicial de esta litis se propuso en septiembre de 1959 y de que los hechos en que se pretende fundarla ocurrieron antes de 1956, esto es, mucho más de tres años antes de promoverse dicho libelo. La sentencia, sin embargo, no declaró probada la excepción de prescripción, por distinguir entre hechos propios y hechos ajenos en punto de responsabilidad aquiliana y por considerar que la prescripción de tres años que consagra la norma sobredicha, se refiere a la acción surgida de hechos ajenos y no de los propios, como son los ejecutados en este caso por la sociedad demandada en el predio del demandante. Según el recurso, el título 34 del Libro 4o. del C. C. alude tanto a hechos propios como a hechos ajenos, de modo que la prescripción alegada extingue las acciones que nacen de unos y otros hechos; la distinción que a este respecto hace la sentencia constituye una interpretación equivocada del inciso segundo del art. 2358 del C. C.

Dice también el recurso que la demanda expone hechos tanto propios como ajenos de la sociedad, esto es, hechos ejecutados por los agentes de la misma compañía; reproduce varios pasos del fallo acusado en que se afirma que se trata en este caso de una acción de responsabilidad extracontractual, y apunta el mismo recurso: "Las circunstancias y criterio del H. Tribunal Superior

que he dejado expuestos y ligeramente comentados, llevan a la evidencia de que con la doctrina sentada en el fallo recurrido y que he dejado transcrito arriba, se interpretó equivocadamente, cometiendo un grave error de derecho, el segundo inciso del art. 2358 del C. C.".

Insiste el recurso en que esta disposición se refiere a hechos tanto propios como ajenos y aún de los animales y de las cosas y que constituye una interpretación errónea de la misma norma contraer la prescripción de tres años a la acción nacida de los solos hechos ajenos. "Finalmente —expresa dicho recurso— si no se hubiera interpretado erróneamente el art. 2358 del C. C., en su inciso segundo, el fallo de la segunda instancia, lejos de confirmar el de primera dictado por el Juzgado del Circuito, lo habría revocado, aceptando la excepción de prescripción, por cuanto los hechos en que la demanda se basó los tuvo siempre el actor como resultado de una culpa extracontractual, que caen bajo el imperio del referido art. 2358".

Segundo cargo.- Versa sobre la violación directa de los arts. 1620 y 1621 del C. C. y 12 de la Ley 153 de 1887.

El recurso transcribe estas normas, así como el texto de la Resolución No. 221 de 17 de abril de 1942 del Ministerio de Obras Públicas, sobre el sistema de avalúo pericial de los daños causados con ocasión de trabajos públicos, y alude al contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." para la construcción y ampliación de la Carretera Central del Norte, a fin de recordar que por la cláusula décimaprimera de tal convención se estipuló que "los arreglos necesarios para el pago de perjuicios a terceros, cuando estos perjuicios no se deban a negligencia o descuido del contratista", se harán por el Interventor con la cooperación de este y la aprobación del Gobierno. Dice que el actor Caicedo formuló unos reclamos a la sociedad demandada por los daños que le había causado en su finca y que, al aceptar el nombramiento de peritos para el avalúo de esos perjuicios, el mismo Caicedo se sometió a lo dispuesto por la citada Resolución No. 221 y se allanó a dirimir su diferencia con el Gobierno por medio del justiprecio pericial. El fallo expresa, sin embargo, que no encuentra demostrada la voluntad del demandante de admitir que sólo el Gobierno Nacional estaba obligado a repararle los daños y que, por el contrario, aparece establecida la obligación de la compañía demandada de resarcir tales perjuicios. De esta manera la sentencia quebrantó el art. 12 de la Ley 153 de 1887, por falta de aplicación, al no descartar la responsabilidad de la compañía demandada, ni declarar que el obligado a indemnizar era el Gobierno Nacional, de acuerdo con el sistema señalado por la mentada Resolución No. 221 que el demandante aceptó. "Si el H. Tribunal —sostiene el recurso— hubiera tenido en mente el art. 12 de la Ley 153 de 1887 y aceptado su aplicabilidad para el caso *sub judice*, en cuanto a que había que admitirle obligatoriedad a la Resolución 221, como acto ejecutivo del Gobierno con fuerza obligatoria, su fallo no habría sido condenatorio. Hubo error de interpretación, cuando no un perfecto olvido de la norma citada, y por eso los términos del fallo que arriba transcribí, con la consecuencia resolutoria que negó toda defensa de los demandados y los condenó al pago de $ 80.237.00 m/cte. y las demás prestaciones que el fallo recurrido contiene".

Según el mismo recurso, la sentencia violó también los arts. 1620 y 1621 del C. C. al desconocer que el demandante Caicedo manifestó su voluntad de aceptar el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." y al no entender que, por tratarse de la ejecución de una obra pública, le era aplicable al mismo Caicedo la cláusula décimaprimera de dicho contrato, que fija el modo de avalúo y pago a terceros de los perjuicios que se les causen con los trabajos contratados. Por eso "afirmo —dice el recurso— que con la sentencia se violaron directamente los arts. 1620 y 1621 del C. C. El primero, porque la sentencia lo dejó de aplicar, creyendo que la cláusula décimaprimera no incidía para nada en la reclamación del señor Caicedo y que nada importaba que estuviera vigente y aceptada por él; el segundo, porque, no habiéndose dicho lo contrario en el contrato entre la Nación y los señores Archila Briceño, la cláusula décimaprimera debió interpretarse por el H. Tribunal en el sentido de cuadrarla con la naturaleza del trabajo contratado y con el paso que los interesados en la indemnización habían dado al acatarla".

Cargo tercero.- Consiste en la violación directa del art. 1613 del C. C. a causa de interpretación errónea.

En apoyo de esta censura, el recurso transcribe un paso de la sentencia en que se afirma ser incuestionable que del predio de Caicedo se sacaron unos materiales, que se causaron allí unos perjuicios y se lesionó un interés legalmente protegido y que dicho demandante no renunció a reclamar la indemnización correspondiente, citando entre paréntesis al art. 1613 del C. C.

como para señalar el fundamento jurídico de tal concepto. A este propósito sostiene el mismo recurso que el precepto aludido se aplica a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual y que el fallo lo interpretó erróneamente al considerarlo aplicable al caso de autos. "Si esto es verdad —afirma el recurrente— el rechazo que la sentencia hizo a reconocer la excepción de inexigibilidad de la obligación que alegaron los demandados en contra del actor, violó por la vía directa el art. 1613 del C. C., como quiera que quiso regular un caso de incumplimiento de una obligación, o de su cumplimiento imperfecto o de retardo en el mismo, puesto que cita la norma en apoyo de los antecedentes que da, o sea extracción de materiales, etc., cuando ninguno de esos antecedentes provinieron (sic) de un contrato que existiera previamente entre los demandados y el demandante. Concretándose el art. 1613 a ese no cumplimiento contractual, para obligar a la indemnización, y no versando el pleito presente en obligaciones bilaterales previas, surge con toda claridad la violación de dicha norma, por haberla entendido equivocadamente el H. Tribunal Superior a lo largo del fallo, pero muy especialmente en la presentación y doctrina que aparecen en los párrafos que he transcrito arriba".

Cuarto cargo.- Se funda en el quebranto de los arts. 1494 y 1502 del C. C. por falta de aplicación.

El recurso sustenta esta censura expresando que en la demanda inicial del presente negocio se dice que los demandados extrajeron más de ochenta mil metros cúbicos de materiales de relleno de la hacienda "el Rincón" y que todos estos materiales se aprovecharon en la construcción de la carretera. Esta aseveración indica el uso que se les dio a los mismos materiales, es decir, que se los incorporó a una obra pública, construída por cuenta y en beneficio de la Nación. Sin embargo de esto, la sentencia sostiene que la extracción y el aludido uso de los materiales no confieren al demandante acción contra la Nación, y que distinto sería el caso de que con la carretera se hubiera ocupado una faja de terreno del demandante. Lo que vale decir, que la apropiación de una zona de terreno daría acción contra la Nación, pero no la apropiación de la enorme cantidad de material de piedra que se sacó de la finca y se depositó en la carretera mencionada. "Se cometió entonces —dice el recurso— por parte del fallador de la segunda instancia, un error de hecho protuberante y de modo manifiesto, al deducir dos cosas distintas, dos consecuencias diferentes, de unas mismas disposiciones legales que cita expresamente el fallo, o sean los arts. 1494 y 1502 del C. C.".

Sostiene el recurso que la sentencia incurrió en una contradicción, repite la forma como se extrajeron los materiales de relleno y se incorporaron y utilizaron en la carretera y continúa exponiendo así el cargo: "Siendo esta la verdad topográfica, por decirlo así, que se une al concepto del dominio de la Nación sobre sus carreteras, la distinción que hizo el H. Tribunal constituye un error inocultable. Habiéndose basado la sentencia, para negar que hubo improcedencia de la acción, como alegaron los demandados, en el párrafo transcrito se llevó de calle los arts. 1494 y 1502 del C. C., que citó inadecuadamente y con los cuales quiso libertar al actor de la obligación de continuar la vía administrativa, que iba contra el Estado, para aceptar la acción judicial contra los constructores Archila Briceño & Cía.

"No se puede sostener el mismo día, en una misma página de un fallo, que la invasión de una faja de terreno sí daría acción contra la Nación y que más de ochenta mil metros cúbicos de piedra extraídos de ese mismo predio y puestos en la carretera de uso público, no fueran base para una demanda contra el Estado. Con la aseveración del ejemplo de la faja inmobiliaria, se destruye la doctrina de los arts. 1494 y 1502, que sientan las bases de los vínculos jurídicos por la vía contractual; con la deducción del fallo sobre el material extraído se les quita a esas mismas normas civiles su aplicabilidad al caso, cuando la sentencia les asigna fuerza para su respaldo.

"Y no solamente se acusa, en este capítulo, por error de hecho, según lo ya argumentado, sino que hubo error de derecho en la apreciación que el Tribunal hace allí mismo del contrato celebrado entre la Nación y los demandados, en cuanto a la cláusula decimaprimera, que indicó cómo toda responsabilidad de indemnización por perjuicios la asumía el Gobierno, con la sola excepción allí mismo establecida. Ese artículo del contrato, sumado a la Res. 221 de 1942, que conoció y acató el Sr. Caicedo, designando perito y allanándose en principio a lo que dijesen posteriormente los expertos, tiene un valor definitivo en favor de las excepciones propuestas por los demandados, y fueron desestimadas en el fallo, a pretexto de aplicar los arts. 1494 y 1502 del C. C.".

Repite el recurso que el demandante Caicedo aceptó el contrato celebrado entre la Nación y

"Archila Briceño & Cía., Ltda.", que por tanto su acción de resarcimiento de daños debió dirigirla, no contra la sociedad nombrada, sino contra la Nación, y que, al no admitirlo así, la sentencia infringió, por falta de aplicación, las normas legales que se han dejado citadas.

Quinto cargo.- Versa sobre el quebranto de los arts. 63 y 2343 del C. C. por aplicación indebida.

Con el ánimo de fundar este motivo, el recurso dice que la sentencia se apoyó en las dos disposiciones mencionadas para condenar a la sociedad demandada a resarcir perjuicios al demandante. El fallo afirma, en efecto, que están probados la extracción de materiales de la finca "El Rincón" y los otros daños que allí mismo se causaron y que, en consecuencia, la compañía cometió una culpa que la obliga a reparar esos perjuicios, según los artículos citados. "Es decir —expresa el mismo recurso— que la extracción del material la tuvo el H. Tribunal como un hecho culposo, al cual había que aplicarle los arts. 63 y 2343 del C. C. Pero resulta que para que haya culpa, es indispensable que haya falta de cuidado, carencia de ánimo prudente, omisión de diligencia, porque cuando se causa un perjuicio con la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, sobreviene el dolo. El fallo, ni la demanda se ocupan del dolo, pero sí de la culpa. La sentencia a todo lo largo de su texto, también gira y se desenvuelve alrededor de la culpa".

Observa el recurso que la demanda inicial de este juicio y los alegatos del actor se encaminan a obtener la condena de la compañía demandada por culpa en la producción de los daños y que la sentencia acogió esa posición del demandante, violando así los arts. 63 y 2343 del C. C., cuando ha debido aplicar los arts. 735 y 738 ibídem. En seguida añade:

"La aplicación indebida de los arts. 63 y 2343 del C. C., llevó al H. Tribunal al error de derecho de condenar por falta de diligencia, por culpa extracontractual, cuando las normas en que debió fundamentarse el H. Tribunal y decidirlo así con toda claridad como lo ordena el Código del Procedimiento, fueron los arts. 735 y 738 del C. C.

"Es decir, que el H. Tribunal dedujo que debía aplicarse y aplicó dos normas jurídicas a los hechos de la demanda, pero no regulados por aquellas, ya que esos hechos caen exclusivamente bajo el imperio de los arts. 735 y 738 del C. C., que el H. Tribunal pasó por alto, los desechó y no los aplicó.

"Y digo así porque las expresiones de la demanda arriba mencionadas, así como las de los alegatos del actor y los párrafos del fallo copiados al comenzar este capítulo, están indicando que, de haberse admitido por el H. Tribunal que no había habido culpa, sino extracción voluntaria del material, transporte de él a otra parte y utilización posterior en áreas de la carretera que se construía, no habría citado ni respaldado el fallo condenatorio en los arts. 63 y 2343 que hablan de la culpa, sino los arts. 735 y 738, que se refieren concretamente al caso sub judice".

Cargo sexto.- Se hace consistir en el quebranto del ordinal tercero del art. 209 del C. J.

Se sustenta este cargo diciendo que la parte demandada propuso varias excepciones, que en su alegato de bien probado sostuvo que en la demanda se incoaron dos acciones incompatibles, como son las de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento sin causa y que el fallo no admitió este argumento, sino que dijo, por el contrario, que, aunque fuera cierto el ejercicio de tales dos acciones, su acumulación se ajustaba a lo prescrito por el ordinal tercero del art. 209 del C. J.

El recurso insiste en que se promovieron dos acciones incompatibles, expone varios argumentos y hace algunas citas de jusrisprudencia en pro de tal punto de vista y afirma por último sobre este cargo:

"Leyéndose el libelo de demanda se concluye que sólo tuvo tres pedimentos, los dos primeros sobre lo principal de lo que se aspiraba con las acciones de culpa y enriquecimiento sin causa y la tercera (sic) sobre costas. No hubo, pues, peticiones subsidiarias, ni remedios y condenas alternativas.

"Con estos antecedentes, hechos y doctrinas de la H. Corte, se viene en conocimiento de que la sentencia recurrida que desechó la defensa de petición de modo indebido por acumulación ilegal de acciones, violó el numeral tercero del art. 209 del C. J. Esta violación fue directa por cuanto se creyó por el H. Tribunal que la naturaleza de la acción por culpa y la de una demanda por enriquecimiento sin causa, no eran incompatibles ante la voluntad del sujeto que fue negligente y el que voluntariamente extrajo un material para usarlo en provecho propio. La justicia que se pide contra quien causa un daño sin quererlo, no puede acumularse a la justicia contra una persona que quiso el acto y lo cumplió a plenitud. La incompatibilidad salta a la vista.

"De haber meditado mejor el H. Tribunal so-

bre la viabilidad de las acciones acumuladas y fusionadas, pero en lamentable confusión y sin técnica, como lo reconoce el mismo Tribunal sentenciador, no habría condenado a los demandados, sino que habría revocado el fallo de la primera instancia por petición de modo indebido. No lo hizo así, luego el art. 209 del C. J. se quebrantó por interpretación errónea de derecho".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- El primer cargo que se formula contra el fallo consiste en haber este violado, por interpretación errónea, el inciso segundo del art. 2358 del C. C., al no decretar la prescripción de la acción propuesta en la demanda inicial de esta litis. Como la sentencia sostuvo que la prescripción de tres años sólo es aplicable a la acción de responsabilidad derivada de hechos ajenos, el recurso afirma por el contrario que la norma citada se refiere tanto a hechos propios como a hechos ajenos y que constituye una interpretación errada del mismo precepto afirmar que distingue entre unos y otros hechos para consagrar que la prescripción sólo corre respecto de la responsabilidad por hechos ajenos.

En sentencia de 30 de junio de 1962, proferida en el juicio de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planella contra el Municipio de Bogotá y aún no publicada en la Gaceta, la Corte realizó un detenido estudio sobre la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia relacionadas con la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, aclaró varios aspectos de su propia jurisprudencia y llegó a algunas conclusiones de marcado interés en esta materia, de las cuales vale destacar ahora estas dos: primera, que la responsabilidad en que incurren dichas personas jurídicas es directa y no indirecta y tiene por fundamento el factor de la culpa, probada o presunta, de acuerdo con lo prescrito por los arts. 2341 y 2356 del C. C.; segunda, que la responsabilidad derivada de culpa civil prescribe en veinte años; que la responsabilidad que dimana de hechos punibles se extingue en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del art. 2358 ibídem, y que "la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el art. 2347, esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente de ilícito penal".

En la especie de esta litis se trata de una responsabilidad directa de la sociedad demandada por hechos que ejecutaron sus propios agentes y no de la responsabilidad indirecta de que trata el art. 2347 del C. C., y en consecuencia la prescripción de la acción en ejercicio no se produce en tres años, como lo dispone el inciso segundo del art. 2358 ibídem, sino en veinte años. De acuerdo con esta doctrina, ya establecida por la Corte, la sentencia acusada no interpretó erróneamente, sino en forma correcta, el precepto que se acaba de citar, y por tanto el primer cargo que se examina carece de fundamento.

II.- En el segundo cargo se le imputa a la sentencia el quebranto, por falta de aplicación, de los arts. 1620 y 1621 del C. C. y 12 de la Ley 153 de 1887. Afirma el recurso que el demandante Caicedo reclamó por los daños que se le habían causado y que aceptó el nombramiento de peritos para el avalúo y pago de esos perjuicios, pero que el Gobierno no acogió el dictamen pericial. Según el mismo recurso, la aceptación de este procedimiento implica que Caicedo se sometió al contrato celebrado entre el Gobierno y la compañía demandada, que por tanto ha debido promover su acción contra la Nación y no contra la citada sociedad y que, al no admitirlo así, el fallo quebrantó las normas mencionadas, por falta de aplicación.

El art. 12 de la Ley 153 de 1887 dispone que "las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en ejercicio de la facultad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal más probable".

Los arts 1620 y 1621 del C. C. consagran reglas concernientes a la interpretación de los contratos.

Ninguna de las tres disposiciones anteriores establece un derecho subjetivo, ni todas en conjunto forman una proposición jurídica completa. Por tanto, la violación de tales normas, en el supuesto de que hubiera llegado a producirse, no sería por sí sola suficiente para determinar la infirmación del fallo impugnado.

III.- En el cargo tercero se acusa la sentencia de violar el art. 1613 del C. C., por interpretación errónea. Dispone el inciso primero de este precepto que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

El inciso segundo de la misma norma prescribe que de lo establecido por el inciso primero, se exceptúan los casos en que la ley limita expresamente la indemnización al daño emergente.

Cierto es que la sentencia, después de recordar los perjuicios que en su predio se le causaron al demandante Caicedo y la obligación de la sociedad demandada de reparar esos daños ocasionados por ella, cita entre paréntesis el art. 1613 del C. C. como para denotar los alcances patrimoniales de tal responsabilidad. Esta cita, sin embargo, no tiene la trascendencia que el recurso le atribuye ni incidencia alguna en el fallo, por estas razones: porque en materia de la misma responsabilidad extracontractual es indemnizable todo perjuicio que se cause, así corresponda al daño emergente o pérdida sufrida como al lucro cesante o ganancia frustrada, según el art. 2341 del C. C., y porque este mismo principio es el que aparece consagrado en materia contractual por el mentado art. 1613, con las excepciones a que alude su inciso segundo. La cita de este precepto no entraña, pues, en este caso ninguna interpretación errónea de la misma norma.

IV.- En cuarto lugar se acusa también la sentencia de violar los arts. 1494 y 1502 del C. C., por falta de aplicación derivada de errores de hecho y de derecho. El supuesto yerro de hecho consiste en que la sentencia no admitió la tesis de que el demandante debía exigir de la Nación y no de la compañía demandada al pago del valor de los materiales de relleno que fueron extraídos de la finca del mismo actor. Y el presunto error de derecho radica también en que, según el recurso, habiendo Caicedo aceptado el contrato convenido entre el Gobierno Nacional y la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda." y sometiéndose a dicha convención, debió promover su acción de resarcimiento contra la Nación y no contra la sociedad nombrada. Estos dos yerros, que se basan en las mismas circunstancias, dieron lugar, en opinión del recurrente, al quebranto de los preceptos citados, por falta de aplicación.

Fuera de la manifiesta falta de técnica de que se resiente el cargo, basta para desecharlo con recordar y tener en cuenta que los arts. 1494 y 1502 del C. C. señalan en abstracto las fuentes de las obligaciones y los factores necesarios para que surja en concreto un derecho o una obligación. Estos preceptos no consagran derechos subjetivos determinados y en consecuencia no forman una proposición jurídica completa, de modo que la alegación de su hipotético quebranto, no sería por sí sola suficiente para lograr la casación del fallo. El cuarto cargo carece por tanto de fundamento.

V.- El quinto motivo consiste en la violación de los arts. 63 y 2343 del C. C. Según el recurso, no cabía en este caso dar aplicación a estos preceptos, sino a los arts. 735 y 738 ibídem, debido a que no hubo culpa de la compañía demandada, desde luego que los materiales se extrajeron voluntariamente del fundo del actor y no por negligencia o descuido. No existiendo tal culpa, Caicedo carece de acción contra la compañía demandada y sólo la tendría frente a la Nación para que esta le restituyera o le pagara los materiales que se sacaron de su finca.

El art. 63 del C. C. distingue tres especies de culpa y define cada una de tales especies. El art. 34 de la Ley 57 de 1887 establece que las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la Ley o del hecho voluntario de las partes. Si este hecho es lícito, constituye un cuasicontrato; si es ilícito y se ejecuta con la intención de dañar, es un delito, y si se realiza sin intención de perjudicar, constituye un cuasidelito o culpa.

El art 2341 del C. C. preceptúa que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización", y el art 2343 ibídem dispone que "es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos".

De acuerdo con los preceptos anteriores, puede causarse un daño con o sin intención de producirlo. Si el hecho dañoso es ilícito y se ejecuta con el propósito de perjudicar, configura un delito; pero si se efectúa sin intención nociva, constituye una culpa. Así, pues, cuando en punto de responsabilidad extracontractual la ley habla de culpa, está significando que se ha ejecutado un acto ilícito sin la intención de dañar; y de la misma manera cuando, en este caso, la sentencia, tras de examinar las pruebas y hallar demostrado el daño causado al demandante, expresa que esa lesión patrimonial se produjo por culpa de la compañía demandada, está diciendo que tal daño es imputable a dicha sociedad, es decir, que ella realizó unos hechos no lícitos que afectaron al patrimonio del señor Caicedo. De lo cual se concluye que la sentencia no aplicó aquí en forma indebida, sino correctamente los preceptos que el recurso considera violados.

Y a propósito del mismo cargo quinto, no sobra recordar también que, según el contrato

celebrado entre "Archila Briceño & Cía., Ltda." y el Gobierno Nacional para la construcción y ampliación de la calzada en referencia, aquella sociedad se obligó a suministrar por su cuenta los materiales de relleno que fueran necesarios, que sacó apreciable cantidad de esos materiales de la finca del señor Caicedo y como suyos los empleó e incorporó en la carretera y que por este motivo y en cumplimiento del contrato aludido, la propia compañía recibió de la Nación el pago del valor de dichos materiales. En estas circunstancias, es obvio que el demandante Caicedo sólo tenía acción contra la sociedad nombrada para obtener que ella le reparara los daños que le causó en su fundo con la extracción y apropiación de los materiales expresados.

La censura, no tiene, pues, fundamento.

VI.- En el sexto y último cargo se le atribuye a la sentencia la infracción del ordinal tercero del art. 209 del C. J. Según el recurso, esta violación se funda en que la demanda contiene la acumulación de dos acciones incompatibles entre sí.

Acerca de este motivo vale anotar que, inicialmente la jurisprudencia le asignó carácter sustancial al citado art. 209 del C. J., más tarde recogió este concepto y llegó a la conclusión de que tal precepto no consagra un derecho subjetivo, sino que regula un fenómeno estrictamente procesal, y que en consecuencia no tiene la calidad de norma sustancial, sino de disposición simplemente instrumental (XC- 2210, 343). De lo cual resulta que la infracción del mismo precepto no es por sí sola suficiente para determinar la infirmación de una sentencia. Para que esta infirmación pueda llegar a producirse, se requiere que, además del quebranto del art. 209, se haya producido como consecuencia de tal infracción, la violación de una norma sustancial. Aquí no se ha alegado el quebranto de ningún precepto sustancial, sino del solo art. 209, y por tanto el cargo resulta inane, por fuerza de su formulación deficiente.

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 cinco de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario propuesto por Julio E. Caicedo C. contra la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.".

Las costas del recurso extraordinario 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, Flavio Cabrera Dussán, Ernesto Cediel Angel, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava.

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

ABUSO DEL DERECHO EN EL DENUNCIO PENAL

Sólo hay responsabilidad civil extracontractual cuando al denunciar penalmente se abusa del derecho. La aplicación de la teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta a los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasidelictual en nuestro Código Civil.

Fruto natural del espíritu de reacción que informó la Revolución Francesa, fue la concepción individualista de los derechos subjetivos, inspirada en la máxima: *neminem laedit qui iure suo utitur*. A esta concepción extrema de los derechos individuales vino a oponerse la teoría de la relatividad de los mismos, de acuerdo con la cual cada uno de tales derechos se encamina a un fin del cual no puede desviarlo su titular; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son relativos y no absolutos. Han de ejercitarse, por tanto, de acuerdo con su espíritu y finalidad, pues de lo contrario el titular que les de una dirección falsa abusa de ellos comprometiendo su responsabilidad para con la víctima de esa desviación. De esta suerte, un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo, *facultas agendi*, puede estar en conflicto con el derecho objetivo, con la *norma agendi*. Conflicto este que ya había sido previsto por los romanos, según lo evidencia la conocida máxima: *summum ius, summa injuria*.

Para algunos autores, entre los cuales se destaca Ripert, sólo hay abuso del derecho cuando se ejercita con la intención de perjudicar a otro, con *animus nocendi*. Es este el criterio intencional que, por lo demasiado rígido, ha sido hasta cierto punto abandonado, para ser reemplazado por el funcional o del motivo legítimo, propugnado por Josserand, según el cual cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; y quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho, susceptible de comprometer su responsabilidad. Este último criterio, sin embargo, ha sido rechazado por los hermanos Henri y León Mazeaud, no sólo por la dificultad que existe para determinar la función de los distintos derechos consagrados por el legislador, sino porque fácilmente puede conducir a la arbitrariedad. "Un juez obligado a absolver cuestión tan compleja dicen tendría que traspasar el dominio del derecho y caer en el de la política. He aquí el peligro del criterio: ¿se forma un socialista, del fin para el que se ha conferido el derecho de propiedad y el derecho de coalición, el mismo concepto que un adversario de las doctrinas de Carlos Marx? Evidentemente no. Ciertamente defender la doctrina del fin social de los derechos no es caer en el socialismo, pero sí es obligar a los jueces a estudiar el problema de la responsabilidad desde el punto de vista de la política. Es, pues, indispensable suministrar a los Jueces un criterio más preciso, so pena de tener que retroceder a la intención de perjudicar". (Compendio del tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. II, pág. 253). Ese criterio, según ellos, no es otro que el de la aplicación de la noción de culpa.

"Es posible, en efecto exponen, encontrar un criterio del abuso, capaz de calmar todos los recelos de los más feroces individualistas, con la condición de estudiar el problema desde el verdadero punto de vista, el de la culpa. Nadie discute a los Tribunales la facultad de precisar si ha habido o no culpa, y nadie limita el dominio de la culpa a la intención de perjudicar, a la culpa delictuosa. ¿Por qué habría de ser de otra manera cuando el autor del perjuicio ha ejercido un derecho definido? El abuso de un derecho constituye una culpa delictuosa cuando obedece a la intención de perjudicar; si falta esa intención, puede constituir una culpa cuasidelictuosa. Cualquier acto del hombre puede ser imprudente o negligente. ¿Cómo admitir que un acto ejecutado con ocasión del ejercicio de un derecho nunca pueda constituir ni imprudencia ni negligencia? Nada justifica la creación de semejante terreno reservado en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil. Así, no solamente hay abuso de un derecho cuando el ejercicio de ese derecho

constituye una culpa delictuosa, sino también cada vez que constituye una culpa cuasidelictuosa. Tal es el verdadero criterio del abuso". (Ibidem, pág. 255).

De esa suerte, la aplicación de la teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta a los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasidelictual en nuestro Código Civil. Así lo ha entendido la Corte en numerosos fallos fundados en las disposiciones de los arts. 2341 y 2356 de aquel estatuto. La primera de estas normas, en efecto, no distingue si el hecho allí previsto ha sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño implica ausencia de derecho en quien lo cause. No son incompatibles las nociones de culpa y de ejercicio de un derecho. Y el precepto del 2356, por otra parte, tiene un alcance muy general, que bien puede abarcar los actos ilegales, las omisiones no ilegales y los actos abusivos que acarrean perjuicios. Es un precepto que sin mayor esfuerzo interpretativo permite la sunción del ejercicio perjudicial de un derecho.

"En síntesis ha dicho la Corte, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando su titular los ejerza dolosa o culposamente, o sea cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al Juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta". (T. LXXX, pág. 655).

Y tocante al abuso del derecho motivado por denuncias criminales, ha expresado que el derecho de formularlas constitutivo también de un deber legal, no es de por sí un acto que compromete la responsabilidad civil del denunciante, pero que puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido realizado con un objetivo serio, de buena fe, y sobre hechos reales. "Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncia, no se procedió temerariamente y con torcidos fines". (G. J. LIV Bis, pág. 207). Incumbe al actor, en el proceso civil de responsabilidad por tal denuncia, la carga de probar las circunstancias constitutivas de la culpa del denunciante, y al sentenciador deducir su existencia a través de los elementos de convicción aportados al proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: noviembre 21/69. - Acta No. 89).

Mediante sentencia fechada el 2 de septiembre de 1964, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió las demandas con que se iniciaron los procesos acumulados de Leonidas Alzate López contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., y la de reconvención que la sociedad demandada promovió contra aquel.

De dicha sentencia recurrió en casación la parte demandante, recurso que por haber sido legalmente concedido y debidamente tramitado, procede la Corte a resolverlo.

LA PRIMERA DEMANDA

En libelo repartido al entonces Juzgado 7o. Civil del Circuito de Bogotá, solicita Leonidas Alzate López que con audiencia del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., representado por su Gerente, doctor Vicente de la Cuesta, se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que en el mes de diciembre de 1941 se hallaba vigente el contrato celebrado entre el demandante y la sociedad demandada, de que da cuenta el documento suscrito por ellos en la ciudad de Armenia el 23 de mayo de 1931.

2. Que la sociedad demandada violó dicho contrato al apropiarse por medio de sus representantes o empleados, el 22 de diciembre de 1941, todas las existencias, documentos, valores dineros y libros que el demandante tenía en sus locales distinguidos con los números 15-35 y 15-39 de la calle 20 de Armenia.

3. Que por el solo hecho de haber firmado el demandante los documentos que se titularon

"Corte de cuentas de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día veintidós (22) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941)", no se perfeccionó la transacción que había acordado con la sociedad demandada, por cuanto esta, por orden expresa de la junta directiva, no aceptó tal transacción; subsidiariamente, que al firmar esos documentos hubo vicio en el consentimiento del sector, determinado por grave coacción moral ejercitada permanentemente por parte de los representantes o empleados de la sociedad demandada.

4. Que, en consecuencia, no es válida el acta que bajo la denominación a que se refiere la petición anterior, firmó el demandante.

5. Que son de propiedad del actor las mercancías y efectos que se encontraban en sus depósitos y almacenes, en la ciudad de Armenia, el 22 de diciembre de 1941, y de los cuales le despojó la sociedad demandada, a saber: 17.760 docenas de cerveza marca Poker; 661 docenas de cerveza Maltina; 10.236 docenas de cerveza Costeña, de las cuales 5.736 se encontraban en los almacenes del demandante, y 4.500 se hallaban en camino para ser entregadas a aquel; 31.793 docenas de envase vacío para cerveza; 4.416 sacos vacíos; y 275 kilos de gas carbónico.

6. Que la sociedad demandada está obligada a restituir al actor las mercancías y efectos enumerados en la petición anterior, y a pagarle los intereses legales del valor de dichas mercancías y efectos desde el 22 de diciembre de 1941, hasta el día de la restitución.

7. Que la sociedad demandada está obligada a restituir al demandante la cantidad de $ 36.503.97, que diversos clientes del segundo le debían por concepto de ventas de cerveza, que dicha sociedad cobró y percibió, y a pagarle los intereses legales de esa suma desde el día en que el Consorcio la cobró indebidamente, hasta el de la restitución.

8. Que la sociedad demandada está obligada a restituir al actor la cantidad de $ 1.551.80 que existía en dineros y cheques en las cajas de este y que el Consorcio se apropió el 22 de diciembre de 1941, y a pagarle los intereses legales de esa suma desde esa fecha hasta el día de la restitución.

9. Que la sociedad demandada está obligada a restituir al demandante la cantidad de $ 97.000.00, representada en documentos, pagarés, vales y cartas de reconocimientos de deudas, que tenía Alzate López en su local de la ciudad de Armenia y que el consorcio se apropió el 22 de diciembre de 1941, y a pagarle los intereses legales de esa suma desde aquella fecha hasta el día del pago.

10. Que no son verdaderos los saldos deducidos contra el demandante por la sociedad demandada en los documentos denominados "Corte de cuentas de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día veintidós (22) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941)" y "Reconciliación de saldos".

11. Que la sociedad demandada debe pagar al actor el valor de los perjuicios que le causó por la violación del contrato firmado por ellos en la ciudad de Armenia, el 23 de mayo de 1931, en la cuantía que se demuestre en este juicio o en el incidente de ejecución de la sentencia. Y

12. Que se condene a la sociedad demandada en las costas del juicio.

Acerca de los hechos alegados por el actor como fundamento de su pretensión, se destacan las siguientes afirmaciones del mismo:

1. A comienzos del año de 1931, Leonidas Alzate López celebró negocios con el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., en virtud de los cuales el primero le compraba al segundo cerveza para venderla en la región del Quindío y, especialmente, en Armenia. Tales negocios culminaron con la celebración del contrato de que da cuenta el documento de 23 de mayo de 1931, suscrito en Armenia por Domingo Jiménez, en su condición de apoderado del Consorcio, y por Leonidas Alzate López y Ricardo Angel G.

2. Aunque en este contrato se hizo figurar a Ricardo Angel G., como comprador, en realidad era fiador solidario de Leonidas Alzate López como el mismo Consorcio lo reconoció en varias ocasiones. Y aunque dicho señor, con el consentimiento del Consorcio, dejó de ser fiador en el año de 1933, el convenio de 23 de mayo de 1931 siguió rigiendo las relaciones entre el Consorcio como vendedor y Alzate como único comprador.

3. En desarrollo de dicho contrato, Alzate compró permanentemente cervezas al Consorcio, desde el 23 de mayo de 1931 hasta el 22 de diciembre de 1941, las que fue pagando en bonos sucesivos, dando lugar a un movimiento constante de activos y pasivos, de cargos y descar-

gos entre las partes contratantes, características de la cuenta corriente. El Consorcio vendía la cerveza a Alzate sin envase ni empaques, siendo de cargo del comprador los riesgos por pérdidas de cerveza, rotura y extravíos de envases, lo cual daba lugar a que en los libros del Consorcio se le hicieron a aquel los cargos y descargos del caso.

4. Desde antes de 1931 Alzate López tenía establecidas sus oficinas en los locales distinguidos con los números 15-35 y 15-39 de la calle 20 de Armenia, en las cuales atendía otros negocios, tales como transportes, compra y venta de cementos, cigarrillos, abarrotes, etc., y en las cuales mantenía sus libros, correspondencia, dineros, documentos y demás efectos relacionados con su negocio. Tanto el arrendamiento del local como el sueldo de los empleados y demás gastos del negocio, los pagaba Alzate de su propio peculio, como dueño del mismo, siendo la venta de la cerveza que le compraba al Consorcio uno de los renglones de sus múltiples actividades comerciales.

5. Los negocios entre Alzate y el Consorcio fueron creciendo progresivamente, gracias a la habilidad y eficiencia del comprador, como lo pone de manifiesto el hecho de que el promedio anual del movimiento fuera de $ 400.000.00; que el 31 de julio de 1941 el Consorcio le formulara a aquel una nota débito por despacho de cerveza en cuantía de $ 87.223.33; y que el 29 de noviembre siguiente le formulara otra por valor de $ 51.990.76. Lo cual significa que era tal la confianza que al Consorcio le merecía el comprador, que las ventas a plazos no se limitaron a los $ 10.000.00 pactados en el documento del 23 de mayo de 1931, sino que se le daban tácita y voluntariamente plazos por cantidades muy superiores a las que estaba obligado el Consorcio.

6. Así las cosas, estando en plena vigencia el contrato de 23 de mayo de 1931 por virtud de la prórroga indefinida del mismo, "en los días veintiuno (21) y veintitrés (23) de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y uno (1941) se presentaron a la ciudad de Armenia, en el departamento de Caldas y especialmente a los locales números quince treinta y cinco (15-35) y quince treinta y nueve (15-39) de la calle veinte (20) de esa ciudad, donde Leonidas Alzate López tenía sus negocios, los señores Julio Jiménez, Vicepresidente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., Vicente de la Cuesta, revisor fiscal del mismo, Alfonso Ramírez M., Gerente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., en la Fábrica o Agencia de dicho Consorcio en la ciudad de Pereira, Santiago Vélez, Gerente del mismo Consorcio en la ciudad de Manizales, Roberto Ceballos Duque alto empleado del mismo Consorcio, Victoriano Rodríguez empleado del mismo Consorcio, y Ricardo Gómez Carmona empleado también del mismo Consorcio, y todos, o algunos de ellos, y en ausencia del dueño de los almacenes y establecimientos señor Leonidas Alzate López, quien se hallaba en la ciudad de Bogotá, procedieron, con pretexto de que allí funcionaba la Agencia de Bavaria, a allanar los locales, y arbitrariamente se posesionaron de ellos y de todos los elementos, mercancías y efectos que allí se encontraban, despidiendo también los emplados de Alzate, a excepción del contador señor Antonio Mejía, cambiando las cerraduras y candados que su legítimo dueño usaba para la seguridad de su establecimiento, violando las cajas de seguridad donde mi mandante tenía sus dineros, sus valores y todos sus instrumentos, violando, examinando y seleccionando, para tomar la que les convenía, la correspondencia de mi cliente y apropiándose, alegando propiedad del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.", las mercancías y los efectos determinados en las peticiones quinta a novena de la demanda.

7. El demandante Alzate López, no obstante las gestiones que realizó ante el Alcalde de Armenia para evitar que se consumara el atropello, no pudo lograrlo, y, en consecuencia, no puede atribuirse a culpa ni descuido suyos los perjuicios que le causó el Consorcio con las apropiaciones indebidas a que se hizo referencia. Los hechos se sucedieron tal como lo querían los señores del Consorcio: Leonidas Alzate López, "llamado urgentemente a Bogotá, llegó a la ciudad de Armenia, encontró sus almacenes, depósitos y oficinas allanados; que gentes extrañas, en nombre del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., se habían apropiado de todo lo suyo, que a pesar de esa apropiación le llamaban públicamente desfalcador, y que desde su llegada lo coaccionaban pública y privadamente, de manera continua, con la amenaza de una denuncia criminal, si no aceptaba sus condiciones, que en ese momento solo fueron de rendición incondicional".

8. En tales circunstancias, y con el propósito de salvar su reputación, entró Alzate en con-

versaciones con los Agentes del Consorcio, dispuesto a satisfacer todas las exigencias que le hicieron, y fue así como llegó a un acuerdo con los señores Julio Jiménez y Vicente de la Cuesta, quienes decían obrar en nombre del Consorcio, y con el señor Alfonso Ramírez, gerente del mismo en la ciudad de Pereira, en virtud del cual Alzate "entregaba sus existencias, las mismas que ellos se habían apropiado indebidamente, y aceptaba provisionalmente el saldo que afirmaban los del Consorcio debía, para pagar parte con esas existencias, parte con el traspaso de unos bienes de su propiedad, y el saldo con hipoteca que debía firmar él, su señora doña Sofía Castaño de López y el señor Eladio Rey". En cumplimiento de este acuerdo o transacción, Alzate aceptó provisionalmente los saldos deducidos en su contra, firmó el acta donde se hizo figurar como entregados voluntariamente al Consorcio existencias y mercancías que este se había apropiado por conducto de sus agentes, y se ordenó extender, por cuenta del Consorcio, las escrituras de traspaso de bienes y de hipoteca a que se hizo referencia. Tal acta denominada "Corte de cuentas de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día veintidós (22) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941)", complementada con la llamada "Reconciliación de saldos", elaborada por los agentes del Consorcio y, especialmente, por los señores Roberto Caballero y Ricardo Gómez C., el día de los atropellos, no fue firmada por Alzate López en esa fecha sino días después, y contiene un cúmulo de falsedades por cuanto no corresponde a la realidad contable de los negocios existentes entre el demandante y la sociedad demandada

9. Los directores del Consorcio no concurrieron al otorgamiento de las escrituras mencionadas alegando que la Junta de Bogotá no había aceptado lo pactado, pues lo único que a ellos les interesaba era la firma del acta por parte de Alzate, obtenida con engaños y con dolo, a fin de salvar las apariencias de honestidad, quedar bien con el incumplimiento, y justificar los atropellos cometidos. Y "después de no aceptar lo pactado con sus agentes, no sólo no les ordenaron devolver lo que aparentemente se les había entregado en esa actá y que confesaron que no era de ellos al aceptar la entrega, sino que se quedaron con esas mercancías, y el instrumento ladino y maliciosamente obtenido, no sólo no cumplió su objeto para que se había redactado cual era transar un negocio, sino que lo utilizaron como prueba en una denuncia criminal".

10. El Consorcio ha venido sosteniendo que en el mes de diciembre de 1941, cuando ocurrieron los atropellos, Alzate López no era un comprador de acuerdo con el contrato de 23 de mayo de 1931, sino un empleado suyo, y que, por lo mismo, la deuda que pudiera haber existido era un alcance o desfalco, y las existencias y valores que se encontraban en los locales de Alzate eran de propiedad del Consorcio. Tal afirmación, sin embargo, es totalmente falsa, pues el citado contrato de 23 de mayo se hallaba en todo su vigor el 22 de diciembre de 1941, como reiteradamente lo ha reconocido la sociedad demandada en varios de los documentos presentados con la demanda. La tesis de que el contrato en cuestión terminó el 3 de junio de 1935, y que de esa fecha en adelante Alzate López fue su empleado, pretende fundarla el Consorcio en la correspondencia cruzada unilateralmente entre las distintas oficinas del mismo. Pero "tan cierto es que Leonidas Alzate López nunca fue empleado del Consorcio, que así lo certifica el Vicepresidente y Secretario del mismo Consorcio, señores doctor Vicente de la Cuesta y doctor Jorge Sánchez Núñez", en documento que también se allegó con la demanda.

El personero de la parte demandada, al contestar aquella, manifestó:

"En el libelo de demanda se desoyen las previsiones imperativas de los arts. 205 y 737 del C. J. por cuanto en él ni se expresan 'con claridad los hechos u omisiones', ni se presentan debidamente clasificados. Cada numeral de los en que se contiene la relación de hecho, en realidad es un comentario personal del actor a determinadas circunstancias, muchas de las cuales se presentan agrupadas en forma tal que sería casi imposible establecer separación entre unas y otras.

"Por tal razón, la respuesta a cada uno de esos numerales, implicaría en el hecho un alegato destinado a esclarecer la veracidad y discriminación de lo afirmado por el actor; en tales condiciones no es posible responder el libelo como si estuviera normalmente concebido, por lo cual me abstengo de contestar su relación de hecho, ateniéndome a lo que resultare probado en el juicio".

LA SEGUNDA DEMANDA

Mediante esta segunda demanda, repartida al entonces Juzgado 2o. Civil del Circuito de

Bogotá, Leonidas Alzate López citó a juicio ordinario de mayor cuantía al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., a fin de que se declarase que la sociedad demandada es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por el actor a causa del denuncio criminal que, en representación del Consorcio, formuló contra él Alfonso Ramírez M., ante el Alcalde Municipal de Armenia, el 29 de diciembre de 1941, y se le condenase, en consecuencia, a pagar al demandante el valor de tales perjuicios en la cuantía que se pruebe en el juicio o en el incidente de ejecución del fallo.

Setenta y un hechos constituyen la *causa petendi* de esta demanda. Empero, como gran parte de los mismos es sustancialmente igual a los que sirven de fundamento a la primera, la Corte da por reproducido el resumen que de ellos hizo y procede a sintetizar los restantes, así:

1. "Sabiendo el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. que Leonidas Alzate López era su comprador y no su empleado, que estaba vigente el contrato de veintitrés (23) de mayo de mil novecientos treinta y uno (1931); y a pesar de la transacción que había celebrado con el mismo Alzate López, y que no tenía otro objeto sino engañarlo para obtenerle la firma en la famosa acta de conciliación de saldos, el día veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (29 de diciembre de 1941) el señor Alfonso Ramírez M., gerente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., en la fábrica que dicha compañía tenía y tiene en la ciudad de Pereira, presentó en nombre y representación de dicho Consorcio, ante el señor Alcalde Municipal de Armenia (Caldas), denuncia criminal contra el señor Leonidas Alzate López por los delitos de abuso de confianza y otras defraudaciones".

2. El representante del Consorcio afirmó en su denuncia, entre otros, los siguientes hechos falsos: "A) 'El Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., firma social que tiene por domicilio principal la ciudad de Bogotá, entre otras, cuenta con las Agencias en esta ciudad de Armenia, Caldas, para la distribución de sus productos. B) La expresada Agencia de Armenia ha estado a cargo del señor Leonidas Alzate López desde hace algunos años, y con este señor la fábrica de Pereira a mi cargo, se venía entendiendo directamente en todo lo tocante a la forma y distribución de los productos; le daba la norma para la apertura de cuentas a la clientela, y, en fin, le asignaba el valor que como comisionista para vender, devengaría por su trabajo. El valor o mejor, los emolumentos del comisionista Alzate López, consistían en la diferencia entre el precio a como el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., fábrica de Pereira, le facturaba la mercancía y el precio corriente a como en el mercado se factura esta a los revendedores de la misma". El Consorcio incurrió, por tanto, en culpa al formular su denuncia con base en hechos falsos o tergiversados, culpa que se agravó al constituirse aquel en parte civil dentro del proceso penal.

3. El Alcalde de Armenia le dio curso a la denuncia, le recibió indagatoria al sindicado Leonidas Alzate López y le dictó auto de detención, el cual fue revocado por el Juzgado Penal del Circuito de Armenia. Después de los trámites de rigor, el informativo fue calificado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con auto de sobreseimiento definitivo en favor de Alzate López. Pero el Consorcio logró, antes de que quedara ejecutoriada dicha providencia, que mediante un rápido cambio de radicación pasara el sumario al conocimiento del Tribunal Superior de Bucaramanga, el cual revocó el sobreseimiento proferido por el Tribunal de Pereira y, en su lugar, llamó a juicio a Alzate López por los delitos de abuso de confianza y otras defraudaciones, y ordenó su detención. "Llenados todos los trámites de la causa, los jueces del pueblo dieron veredicto absolutorio por unanimidad, y por dos veces, ya que el Tribunal de Bucaramanga encontró el primer veredicto contrario a la evidencia de los hechos". La sentencia absolutoria del Juzgado Superior de Bucaramanga fue confirmada por el Tribunal de ese Distrito mediante sentencia de 6 de mayo de 1952.

4. "Por culpa del Consorcio, el sumario y la causa, o mejor, la persecución contra Leonidas Alzate López por parte del mismo Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. duraron el pequeño lapso de diez (10) años, cuatro (4) meses y siete (7) días, y el señor Alzate López sufrió detención preventiva de 16 meses, hasta cuando fue libertado por pena cumplida de un delito que según la justicia penal no había cometido". A lo cual se agrega que a consecuencia de la denuncia criminal le fueron embargados al demandante Alzate López los bienes inmuebles y muebles que se relacionan en los hechos 50 a 54 del libelo; que al producirse el desembargo y levantamiento del secuestro de tales bienes, sólo pudo recuperar aquel 22 acciones del Con-

sorcio de Cervecerías Bavaria S. A.; que, por consiguiente, el daño emergente sufrido por Alzate, consiste en la pérdida de los bienes a que se refieren los hechos 56, 57 y 58, y en el pago de honorarios a los abogados que lo defendieron a través de 11 años, y el lucro cesante en las ganancias que dejó de obtener de acuerdo con lo que se expresa en los hechos 58 a 61; que los perjuicios materiales causados al demandante Alzate López en virtud de la denuncia criminal formulada contra él por el Consorcio, valen $ 3.282.000 moneda corriente, y que "si eso valen los perjuicios materiales, precisa saber, y lo dirá el juzgador, cuánto valen los perjuicios morales que se le causaron, en virtud de la misma denuncia criminal, y de todas las actuaciones posteriores de los representantes del Consorcio, hasta que se obtuvo la sentencia absolutoria".

La sociedad demandada, por conducto de su apoderado, negó "la totalidad de los hechos pues algunos de ellos no tuvieron ocurrencia y otros se presentan desfigurados para hacerlos fundamento o razón de una solicitud que es en extremo temeraria". Acepta sí "que don Alfonso Ramírez M. presentó denuncia criminal ante el señor Alcalde de Armenia en 1941, cuando en documentos fehacientes se comprobó con abundancia que el señor Leonidas Alzate López se había apropiado de mucha parte de lo que constituía la Agencia de la Compañía en aquella ciudad", y propuso la excepción de prescripción.

LA DEMANDA DE RECONVENCION

La sociedad demandada contrademandó a Alzate López a fin de obtener la declaración de que este debe a aquella la cantidad de $ 89.316.86 y sus intereses.

Como fundamento de su pretensión afirmó que en el mes de diciembre de 1941 Alzate López entregó al Consorcio la Agencia de dicha empresa en Armenia; que en el acta respectiva consta que queda un saldo a cargo de Alzate de $ 89.316.86 que no ha entregado a la sociedad reconviniente; que no existe razón para que aquel no haya reintegrado el monto de esa suma al Consorcio; y que esa suma debe pagarse con los intereses respectivos.

El personero judicial de Alzate manifestó no ser ciertos los dos primeros hechos en la forma como están concebidos; que si tiene razón aquel para no pagar lo que no debe, y que no contesta el 4o. por no tratarse de un hecho.

Acumulados estos dos juicios y surtido el trámite de la primera instancia, cerróse esta con sentencia mediante la cual se decidió:

"*Primero.*- Deniéganse las demandas formuladas por el señor Leonidas Alzate López contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.

"*Segundo.*- Declárase que el señor Leonidas Alzate López es deudor del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., de la suma de ochenta y nueve mil trescientos diez y seis pesos con ochenta y seis centavos ($ 89.316.86), y sus intereses legales a partir del 22 de diciembre de 1941.

"*Tercero.*- Condénase al demandante en las costas del juicio".

Recurrido este fallo en apelación por el demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 2 de septiembre de 1964, lo confirmó.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de transcribir la relación de los numerosos hechos que sirven de fundamento a las dos demandas promovidas por Alzate López contra el Consorcio de Cervecerías Bavaría S. A., y a la de reconvención, procede el Tribunal a examinar, en capítulos separados, cada una de ellas así:

Primera demanda:

Estudia el sentenciador, en primer término, las peticiones primera, segunda y undécima, mediante las cuales pretende el actor "que en el mes de diciembre de 1941 estaba vigente un contrato celebrado por él con la sociedad demandada el día 23 de mayo de 1931, que tal sociedad lo violó y que por ende debe resarcir perjuicios".

Transcribe, a tal efecto, el contrato celebrado en esa fecha entre el señor Domingo Jiménez, como apoderado del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., y los señores Leonidas Alzate López y Ricardo Angel G.; y observa, en resumen, que a lo largo del proceso el demandante ha insistido en que dicho contrato se hallaba vigente en el mes de diciembre de 1941; que el documento respectivo no contiene nota alguna de cancelación o de prórroga; que la pretensión del actor se sustenta primordialmente en la cláusula cuarta del convenio precitado, según la cual el plazo de seis meses fi-

jado en él "podrá ampliarse y así quedará entendido por el hecho de que la cuenta de los compradores... haya continuado en movimiento después de vencido el término"; que es cierto que las relaciones de las partes litigantes en lo tocante al negocio de cervezas existieron desde mayo de 1931 hasta diciembre de 1941, pero no que el contrato primitivamente celebrado hubiera continuado rigiendo hasta esta última fecha en forma inmodificable; que entre las partes litigantes no existió contrato de cuentas corrientes; y que de los medios de convicción aportados al proceso se concluye que el contrato primitivamente celebrado se extinguió por novación. "De todo lo dicho —expresa— infiérese que el contrato innominado que comenzó a regular la actividad comercial entre el demandante y la entidad demandada fue novado, pues, como se ha visto en la relación precedente, tanto el uno como la otra realizaron negocios que no podían encajar en las estrechas y rígidas cláusulas del contrato de mayo de 1931".

Niega, en consecuencia, las peticiones primera, segunda y undécima de la demanda.

Procede, luego, a examinar las súplicas tercera y cuarta. Nota que en la tercera "el actor pretende la declaratoria de que no fue perfeccionada una transacción en virtud de la cual él suscribió un documento de fecha 22 de diciembre de 1941, por el que se legalizaba la entrega de unas mercancías, y, subsidiariamente a ella, que hubo vicio del consentimiento porque firmó bajo grave coacción moral"; y que en la cuarta "deprecó el interesado la declaratoria de que el acta suscrita por él carece de validez". Se refiere al documento denominado "corte de Cuentas de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día 22 de diciembre de 1941" y a otras de las pruebas allegadas al juicio, para advertir que de tales medios se infiere que, efectivamente, las partes litigantes quisieron realizar una transacción, pero que no pudo llevarse a cabo por cuanto la junta directiva del Consorcio no le dio su aprobación; que no puede, sin embargo, hacerse la declaración solicitada en la súplica tercera porque no se demostró que la existencia y validez del documento de 22 de diciembre de 1941 se hubiera hecho depender del perfeccionamiento de la transacción.

Al examinar la petición subsidiaria manifiesta el sentenciador que no aparecen probados en el juicio "hechos indicativos de amenaza de la sociedad al señor Alzate López en el sentido de promover contra él denuncia de carácter penal para el caso de que no firmase el cuestionado documento", o de una grave coacción para compelerle a suscribirlo; y que, de otra parte, el contenido de dicho documento encuentra respaldo en los libros del Consorcio y en las declaraciones del antiguo contador de Alzate López, señor Antonio Mejía.

Con base en estas consideraciones negó el Tribunal las peticiones tercera, tanto principal como subsidiaria, y cuarta del libelo.

Por lo que atañe a las peticiones quinta y sexta, mediante las cuales pretende el demandante reivindicar los bienes que allí se relacionan, advierte el sentenciador que como ellos encuentran su fundamento próximo en la ineficacia del acto contenido en el documento de 22 de diciembre de 1941, deben ser denegadas, vista la validez del mismo; y que, como por otra parte, el valor de esos bienes se abonó a la deuda existente en esa fecha a favor de la sociedad y a cargo del demandante, no puede pretender este que se le restituyan.

En relación con las peticiones séptima y octava mediante las cuales pretende el actor que la sociedad demandada le restituya unas sumas que, según el libelo, esta se apropió el 22 de diciembre de 1941, expresa el Tribunal:

"Estas peticiones deben correr igual suerte que las anteriores, en atención a que esos valores quedaron comprendidos en la liquidación que fue hecha. Agréguese que tampoco demostró el accionante que fueran independientes por completo de esa liquidación. Conviene advertir que ante el hecho cierto de que el corte de cuentas es válido, es claramente improcedente la petición anotada".

Finalmente, por lo que respecta a las súplicas novena y décima, dice el fallador de segundo grado:

"Con la novena petición fue perseguida la declaratoria de que la demandada está en la obligación de pagar la suma de $ 97.000.00 representados en documentos, pagarés, instrumentos negociables, facturas a plazo, vales y cartas de reconocimiento de deudas, que tenía Leonidas Alzate López en sus cajas". (fls. 117 C. 1o.).

"Nada difícil es comprender que esta petición tampoco está en condiciones de alcanzar éxito, lo que demuestran dos consideraciones bien concretas. En primer término, cabe observar que los valores a que se refiere el peticionario

no aparecen excluídos en la entrega que fue legalizada, lo que de suyo hace desnuda de base la pretensión referida. En segundo lugar, procede destacar que tampoco acreditó el interesado que en verdad fueran suyos los documentos a que aludió, fuera de que no los individualizó debidamente. Añádase a lo expresado que no logró establecer el señor Alzate López la ocultación de que habla por parte de la sociedad o sus empleados y que provinieron de ventas de la clientela de Alzate López... de artículos y mercancías distintos de cerveza".

"La décima petición tiende a obtener el pronunciamiento de que no son verdaderos los saldos deducidos contra el actor, en el documento de corte de cuentas y reconciliación de saldos. Ello no es procedente y será estudiado más adelante, de modo conjunto con la demanda de reconvención".

Segunda demanda:

Con ella, dice el Tribunal "pretende el actor que se condene a la sociedad demandada a solucionarle perjuicios morales y materiales que sufrió a causa de la investigación penal que contra él fuera avanzada por denuncios del señor Alfonso Ramírez, y por la actividad cumplida dentro del proceso por los apoderados de ella".

En lo atinente con los hechos en que se funda, observa el sentenciador que se encuentra probado en los autos que Alfonso Ramírez, como apoderado de la parte demandada, formuló denuncia penal contra Leonidas Alzate López el día 29 de diciembre de 1941, ante el Alcalde de Armenia; que el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió, el 11 de abril de 1946, auto de enjuiciamiento contra Leonidas Alzate López, "por abuso de confianza y otras defraudaciones", el cual fue revocado por el Tribunal Superior de ese Distrito, el 26 de octubre de 1956; que por virtud del cambio de radicación del proceso penal, el Tribunal Superior de Bucaramanga revocó la decisión del de Pereira, y, en su lugar, confirmó el auto de proceder proferido por el Juzgado Superior; que el jurado decidió que Alzate López no era responsable, pero el Tribunal Superior de Bucaramanga declaró contraevidente el veredicto y dispuso la convocatoria de otro jurado; que con base en el nuevo veredicto el Juzgado Superior de Bucaramanga, mediante sentencia de 31 de enero de 1952, confirmada por el Tribunal, absolvió al procesado; que el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. se constituyó parte civil dentro del proceso penal; que sus apoderados llevaron a cabo varias actuaciones en relación con la libertad del procesado y solicitaron la declaración de contraevidencia del primer veredicto; que Alzate fue detenido y sus bienes embargados y secuestrados.

Transcribe algunas de las doctrinas que sobre responsabilidad civil por el abuso del derecho de formular denuncias penales ha sentado la Corte en diversos fallos, para advertir que "la absolución que favoreció al señor Alzate López por sí sola no basta para sostener la responsabilidad por culpa de la parte opositora"; y que de las pruebas que obran en el proceso no aparece que la sociedad demandada hubiera obrado con el propósito primordial de lesionar al denunciado, ni que se hubiera valido de testimonios o documentos falsos, o de otros medios ilícitos para obtener las providencias dictadas contra Alzate López. De donde concluye: "En resumen, era de cargo de la parte demandante acreditar por los medios legales y de manera fehaciente la culpa que atribuyó a la sociedad opositora (art. 1757 ss. C. C.; 593 ss. del C. J.) y como no lo hizo, de claridad es que no cabe acceder a sus pedimentos. Lo integrante de este expediente no contiene la aludida demostración en forma exenta de dudas, por lo que es forzoso denegar lo pretendido (art. 234, 601 del C. J.)".

Tercera demanda (La de reconvención)

Nota el sentenciador que la petición formulada en ella para que se declare que Alzate López debe a la sociedad reconviniente la suma de $ 89.316.86, tiene respaldo en la copia del documento denominado "Corte de cuentas de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día 22 de diciembre de 1941", suscrita por él, y del cual aparece que el saldo total a su cargo y a favor de la sociedad asciende a esa suma.

Agrega que de los elementos de pruebas que obran en el proceso se desprende que el reconocimiento hecho por Alzate tiene causa cierta, que no está afectado por ilicitud de la misma o del objeto, y que, en consecuencia, "es fundado lo pedido en la reconvención en estudio, como lo reconoció el Juzgado de primera instancia"; que al estudiar las peticiones tercera y cuarta de la primera demanda quedó estable-

cida la eficacia jurídica del documento mencionado, "lo cual basta para concluir que la excepción de invalidez formulada está ayuna de respaldo"; que quedó asimismo establecido que el acta suscrita por Alzate no dependió ni se vinculó de modo directo o indirecto a la existencia de una transacción, y, por consiguiente, "esta alegación de la parte reconvenida no es portadora de eficacia"; que varias relaciones de cuentas aportadas al juicio corroboran la liquidación hecha en ese documento y que Alzate rechaza alegando que no son ciertos los saldos deducidos a su cargo; que como este no demostró las inexactitudes en que, según, él, se incurrió, ni la extinción de la obligación por alguno de los modos señalados en la ley, hay que "reconocer el crédito en beneficio de la sociedad".

LA DEMANDA DE CASACION

Ocho son los cargos que el recurrente formula a la sentencia de segundo grado, todos dentro del ámbito de la causal primera, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

Primer cargo:

Se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de derecho en la apreciación de las sentencias del Juez 2o. Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y del Tribunal Superior del mismo Distrito, fechadas el 31 de enero y el 6 de mayo de 1952, respectivamente, ambas absolutorias de Alzate López. Error que indujo al sentenciador "a la violación indirecta, por falta de aplicación, del art. 28 del C. de P. P. y de los arts. 473 y 474 del C. J., normas sustantivas sobre la cosa juzgada y sus efectos".

El error que se imputa al Tribunal se hace consistir: a) En "no haber dado a dichos fallos que se presentaron como prueba, el valor, alcance y efectos de sentencia definitiva ejecutoriada"; y b) en "no haber tenido como probados e inmodificables los hechos debatidos en el proceso penal que constituyeron el juicio del juzgador y que fueron no solo determinantes sino la esencia misma de esas sentencias; y por el contrario, haber dado fuerza probatoria a hechos que carecieron de ella en las mencionadas sentencias".

Desenvuélvese la censura en relación con el alcance de los arts. 28 del C. de P. P. y 473 y 474 del C. J., y sobre su necesaria aplicación en el caso sub lite, para concluir que "la sentencia en el juicio civil dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, objeto de este recurso, al considerar nuevamente los hechos que ya habían sido valorados, que se dieron por acreditados y que fueron determinantes de la sentencia absolutoria en el juicio penal, apreció indebida y erróneamente dicha sentencia y como consecuencia de ese error, la dictada en el juicio civil, es abiertamente contradictoria con la primera". Agrega que "si el art. 28 del C. de P. P. dice que 'la acción civil no podrá proponerse ante el Juez Civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que están ejecutoriados, que la infracción en que ella se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima', nos está también diciendo, por argumento a contrario sensu, que tampoco ese denunciante puede hacer valer los hechos ya juzgados en sentencia o auto de sobreseimiento definitivos, para proponerlos como excepción al sindicado, pues ello violaría el precepto universalmente admitido, de que "donde no hay acción, tampoco hay excepción'".

Transcribe pasos de algunas de las sentencias de la Corte sobre el recto entendimiento del art. 28 precitado y de los arts. 473 y 474 del C. J., para expresar que "en el presente caso, no por ser indirecto el efecto que se busca con las declaraciones impetradas en este juicio, reconocido ya en la misma forma en la sentencia penal, deja de concurrir la triple identidad subjetiva, objetiva y causal con que los arts. 473 y 474 estructuran la cosa juzgada, ya que las partes son las mismas, se trata de una misma causa, o sea la calidad que tuvo Alzate López en sus relaciones o negocios con el Consorcio aunque ahora con finalidad o consecuencia distinta, y del mismo objeto o sea el reconocimiento judicial de la conducta del demandante y de sus vínculos contractuales con el demandado, si bien es diverso pero absolutamente causal el efecto que se busca en el presente juicio".

La Corte considera:

La misión de la Corte, en el ámbito de la causal primera de casación, es la de velar por la recta inteligencia y debida aplicación de las leyes sustanciales, y no la de revisar libremente, como si se tratara de una tercera instancia, todas las cuestiones debatidas en los grados an-

teriores del juicio. Ese objeto primordial de la casación excluye, en principio, del examen de la Corte, lo concerniente a la cuestión de hecho, cuya definición ha quedado encomendada al poder discrecional del sentenciador. Empero como al quebranto de la ley sustancial puede llegarse por razón de una deformación de los hechos que han de quedar subsumidos en la hipótesis legal, bien sea por error del Tribunal sobre la presencia objetiva de un medio probatorio en el proceso o bien por error acerca de su valor probativo, excepcionalmente se le permite a la Corte penetrar en los problemas de la prueba. A estas razones obedece el precepto de nuestro ordenamiento procesal civil que autoriza la censura por violación de la ley, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, "demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (D. 528-1964, art. 50).

La ley de procedimiento civil brinda a las partes la posibilidad de impugnar una sentencia proferida en segunda instancia por un Tribunal Superior, a través de causales expresas, separadas y claras, y la Corte sólo puede entrar a juzgar de esa sentencia dentro de los estrictos límites que le trace el impugnante y en el preciso campo en que se reclame su intervención. De ahí la exigencia de que la demanda de casación exprese "la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas", y de que "si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una". (Decr. 528-1964, art. 63). Y de ahí también que al aplicar estos principios a la causal primera de casación, en su primera parte, haya dicho la Corte: "La primera causal de casación... es siempre la de violación de la ley sustantiva, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa, por errónea interpretación y por aplicación indebida, y como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor mérito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese, con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado a sostener que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar". (G. J. LXI, 398).

Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse este, ha de señalarse la norma que fija su valor, demostrarse la existencia del error y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es admisible —ha dicho la Corte— demostrar el error de derecho en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. Ello está en ajustada correspondencia con el 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 los fundamentos 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". (Auto de noviembre 3 de 1966, aún no publicado, proferido en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelista Hernández y otra).

Cuando la acusación se funda en error de hecho en la apreciación de una prueba trascendente, incumbe al censor individualizar el medio mal apreciado y demostrar el error en que incurrió el Tribunal por no haber visto la prueba que obra en el juicio, o por haber supuesto la que no existe en él, hipótesis estas que comprenden la desfiguración de la prueba, cercenando su contenido o haciéndole decir lo que no expresa.

No es dable acusar en un mismo cargo la sentencia de segunda instancia por error de hecho y de derecho en la estimación de un mismo medio probatorio, puesto que dada su naturaleza se excluyen entre sí: si hubo error en la valoración de la prueba no es posible el error de hecho ya que el sentenciador estableció su presencia material en el proceso; y si hubo error de hecho, porque supuso la prueba o no vió la existente no pudo incurrir en yerro de valoración. Tampoco es admisible la censura que se formule a través del planteamiento global del

problema probatorio, en busca de que la Corte se forme una convicción diferente de la que el sentenciador de instancia se formó, ya que en el campo probatorio sólo procede la acusación que se refiera a la apreciación errónea o falta de apreciación "de determinada prueba".

Frente a estas exigencias que la técnica prescribe para la viabilidad del recurso extraordinario de casación, el cargo que se estudia tiene que ser desechado por adolecer de una falla fundamental que lo hace ineficaz, cual es la de no haber señalado la norma de valoración probatoria que se habría conculcado como consecuencia del error imputado al sentenciador, y que "por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto". El error de derecho en la valoración de un medio probatorio entraña una discordancia entre el mérito demostrativo que a dicho medio le asigna la ley y el que le atribuyó o desconoció el sentenciador: y como esa discordancia sólo se puede establecer mediante la confrontación del respectivo precepto legal con la apreciación valorativa del juzgador, resulta imperioso para el censor indicar concretamente el precepto respectivo, pues de lo contrario carecería la Corte de uno de los extremos de comparación indispensable para determinar la existencia del yerro de valoración.

Se desestima la censura.

Segundo cargo:

Se acusa la sentencia por haber incurrido el Tribunal "en error de derecho al apreciar las siguientes pruebas demostrativas del contrato existente entre el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A. y Leonidas Alzate López, a saber: "a) El documento privado contentivo de dicho contrato debidamente reconocido por las partes, que lleva fecha 23 de mayo de 1931 y que obra a folios 16 del cuaderno principal; b) los recibos 31122 de septiembre 31 de 1941, por doce mil pesos ($ 12.000.00); 31447 de octubre 31 de 1941, por quince mil pesos ($ 15.000.00) las notas de débito No. 274 de julio 31 de 1941, por ochenta y siete mil doscientos veintitrés pesos con treinta y tres centavos ($ 87.223.33) y la No. 613 de noviembre 24 de 1941 por cincuenta y un mil novecientos noventa pesos con setenta y seis centavos ($ 51.990.76), todas firmadas por el cajero pagador de la Fábrica del Consorcio en su fábrica de Pereira, señor Alfonso Ramírez, que lleva fecha diciembre 17 de 1940 y que obra al fl. 77 del cdno. ppal. errores de derecho consistentes en que no dio a dichos documentos el valor de plena prueba que les asigna el art. 637 del C. J., lo que indujo al Tribunal a la violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1602, 1603, 1625, 1761 y 1763 del C. C.

Agrega el censor que al negar el Tribunal la petición primera de la demanda con fundamento en la afirmación de que en diciembre de 1941 ya se había extinguido el contrato original, por haber surgido entre demandante y demandado nuevos vínculos contractuales, se contradice notablemente "ya que niega la petición, con el argumento de que sí había vínculo contractual, pero distinto"; que el sentenciador no dice cuál era el contrato vigente en ese mes, sino que se limita a afirmar que el primer contrato era innominado; que no cita prueba alguna del nuevo contrato y, en cambio, no ignora pero sí desconoce todo valor probatorio a los documentos que acreditan el contrato inicial; que no señala el modo mediante el cual se extinguieron las obligaciones emanadas del mismo; que no sólo desconoce el contrato a pesar de que está plenamente probado, sino que modifica arbitrariamente sus términos y cambia sus elementos, violando así los preceptos legales invocados; que las obligaciones del contrato inicial estaban vigentes en diciembre de 1941, aunque modificadas, por consenso de las partes, en lo atinente a la cuantía de las compras y al plazo, pero sin que tales modificaciones formen un nuevo contrato ni impliquen la extinción del primero; que el Tribunal acepta como cierto que desde 1931 y hasta diciembre de 1941 existieron relaciones contractuales entre las partes, pero se equivoca cuando dice que para el mes de diciembre mencionado tales relaciones no se regían por el contrato primitivo; que el sentenciador sustenta su tesis en las pruebas presentadas por la parte demandada, tales como la declaración del presidente de Bavaria, Julio Jiménez, la indagatoria del sindicado, los testimonios de Bernardo Ochoa, Luis Angel Gómez y otros, que configuran meras presunciones, y les ha dado prevalencia sobre documentos auténticos reconocidos, con lo cual violó el art. 637 del C. J.

Se considera

El Tribunal no incurrió en el error de derecho que le imputa el recurso, pues de la sentencia recurrida aparece que aquel le dio a los documentos señalados en el cargo el valor proba-

torio que les asigna el art. 637 del C. J., o sea el de plena prueba. Es así como después de transcribir el documento suscrito por las partes el 23 de mayo de 1931 y de hacer referencia a los documentos que obran a los fls. 52 a 76 del cdno. 1o., entre los cuales figuran los relacionados en el cargo bajo el literal b), expresa el sentenciador, con base en tales pruebas, que "en de certeza... que del año de 1931 hasta el mes de diciembre de 1941 continuaron relaciones entre las partes litigantes sobre el negocio de cervezas, *como lo acreditan* varios recibos y notas de cargo expedidos por la sociedad opositora y que figuran originales en el expediente (fls. 52 a 76 c. 1o.), fuera de otros elementos de convicción. Empero —agrega—, *si existe certidumbre* sobre lo anotado, de ello no surge fatalmente la inferencia de que el contrato del mes de mayo de 1931 hubiera continuado en su existencia hasta el mes de diciembre de 1941, en forma inmodificable y capaz de producir únicamente los efectos previstos en las respectivas cláusulas, como se desprende de lo que se observa en seguida". (Subraya la Corte).

Tiénese, entonces, que si, como reiteradamente se expresa en el paso de la sentencia que se dejó transcrito, tales documentos produjeron certeza en el Tribunal acerca de la continuidad de las relaciones contractuales existentes entre las partes en el lapso comprendido entre mayo de 1931 y diciembre de 1941, fue porque aquel les dio el valor de plena prueba que el art. 637 del C. J. asigna a los documentos privados reconocidos. Otro tanto acontece con la carta que obra al fl. 77 del cdno. ppal. a que se refiere el literal c) del cargo: sólo que en ella no encontró el sentenciador la prueba de que el contrato de 23 de mayo de 1931 estaba vigente en diciembre de 1941, como lo ha pretendido la parte demandante. En efecto: después de expresar, con base en las pruebas aportadas al proceso, que para diciembre de 1941 "no estaba operando con sus diversas cláusulas el contrato del mes de mayo de 1931", agrega: "antes de seguir adelante conviene detener la atención en que la comunicación del 17 de diciembre de 1940, relativa al promedio mensual de la cuenta del demandante contiene constancia... de que durante los ocho años que usted ha manejado nuestros cuantiosos intereses en la zona del Quindío lo ha hecho con toda pulcritud y corrección" (fls. 77 c. 1o.). "Este documento privado es concurrente a establecer que el señor Alzate López no estaba vinculado para con la parte contraria por un simple contrato de compraventa, pues si ello no fuera así carecería de toda explicación que la sociedad aludiera al manejo de los intereses de ella. Vale observar que tal documento mal podría tomarse sólo en lo favorable a la accionante con demérito del principio de indivisibilidad".

No incurrió, por tanto, el Tribunal en el error de derecho que se le atribuye. Pero si, como se desprende del desarrollo del cargo, este se funda en que al sentenciador tergiversó el contenido de los documentos mencionados, en que le dio al contrato recogido en el documento de 23 de mayo de 1931 una denominación que no es la que corresponde, en que "modifica arbitrariamente sus términos y cambia los elementos de esa convención", la sentencia no sería entonces censurable por error de derecho en la apreciación de la prueba documental, puesto que el valor que le asigna la ley no ha sido alterado, sino bien por error de hecho en cuanto que al tergiversar el contenido de tales documentos hubiera incurrido en contraevidencia, o bien por error jurídico en la determinación de la naturaleza del contrato, en cuanto hubiera llevado al sentenciador a aplicar indebidamente a ese convenio preceptos que regulan otro distinto y dejado de aplicar los que realmente lo gobiernan.

"Tiene enseñado la doctrina... que la interpretación, en el aspecto fáctico, de un contrato por el Tribunal de instancia es cuestión confiada a su autonomía de criterio o discrecionalidad, por lo cual esa interpretación prevalece, aunque pudiese haber otras aceptables, salvo que incurra en error evidente de hecho, error este que sólo cabría, o bien cuando el sentenciador supone estipulaciones que no existen, o niega o ignora las que existen, o sacrifica su sentido con deducciones absurdas por opuestas a la lógica elemental o al sentido común". (G. J. XCII, 435).

De esta suerte, al decidirse el cargo en el terreno en que lo planteó el recurso, impónese su rechazo, puesto que el Tribunal sí le dio a los documentos en él relacionados el valor que les correspondía de acuerdo con la ley; y porque si la censura se asienta en la tergiversación del contenido de aquellas o en la errada denominación del contrato celebrado por las partes, el cargo por error de derecho en la apreciación de esos documentos resulta manifiestamente improcedente.

Tercer cargo

Su fundamento se hace consistir en que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas: "a) de las escrituras número 1.223, 1.224, 1.225, 1.226 y 1.228 de fecha 26 de diciembre de 1941 extendidas en la Notaría Primera del circuito de Armenia, cuyas copias se encuentran en los fls. 26 a 33 del cuaderno No. primero; b) de las declaraciones de don Julio Rendón Notario primero de Armenia en ese entonces y de don Tomás Duque secretario de la Notaría; c) de las declaraciones de los representantes de la parte demandada que reconocieron que se habían fijado unas bases de transacción con Alzate López, sin que ella se hubiera realizado por cuanto la Junta Directiva de la sociedad no la aprobó; d) del propio documento denominado 'Corte de Cuentas' que lleva fecha 22 de diciembre, día en que el firmante Alzate López no estaba en la ciudad de Armenia, errores estos de apreciación, que llevaron al Tribunal a no reconocer en su sentencia que esa transacción no se perfeccionó, violando con ello los arts. 637, 697 y 702 del C. J. lo que indujo al mismo Tribunal a la violación indirecta, por indebida aplicación, de los arts 2.469, 2.471 y 2.476 del C. C.".

Añade el recurso que frente a los testimonios de Julio Jiménez, Vicente de la Cuesta, Alfonso Ramírez, Roberto Ceballos Duque, Victoriano Rodríguez y Ricardo Gómez Cardona, según los cuales Leonidas Alzate López se hallaba en Bogotá en los días 21, 22 y 23 de diciembre de 1941, no es posible darle valor probatorio al documento titulado "Corte de Cuentas", visible al fl. 49 del cdno. 1o., el cual aparece suscrito por Alzate, en Armenia, el 22 de diciembre de ese año; que ello demuestra que el documento, a más de encarnar una falsedad virtual, "fue elaborado en fecha posterior a la indicada, cuando ya Alzate López había llegado a Armenia, y que su firma debía tener alguna finalidad"; que esa finalidad fue la de celebrar el acuerdo o transacción a que se refieren los hechos 24 a 27 de la primera demanda; que si la transacción no se perfeccionó, como lo confiesa la sociedad demandada, "es obvio que Alzate López no estaba obligado a cumplir las prestaciones u obligaciones de un contrato que no se cumplió, y por lo tanto, el contenido del famoso documento titulado 'Corte de Cuentas', no obliga a Alzate López ni tiene consecuencias jurídicas para él"; que las copias de las escrituras citadas en el cargo como mal apreciadas por el Tribunal, reforzadas con las declaraciones de los en ese entonces titular y secretario de la Notaría Primera de Armenia, señores Julio Rendón y Tomás Duque, "forman, las primeras, grave presunción, y las segundas plena prueba de que la transacción no se perfeccionó y así ha debido declararlo el Tribunal"; que careciendo el mandatario del Consorcio, señor Julio Jiménez, de poder especial para transigir (C. C. art. 2.471), "tanto el principio de transacción como la transacción misma, no podían tener existencia legal por falta de capacidad de una de las partes para celebrar dicho contrato"; y que el error en la apreciación de las pruebas enunciadas en el cargo, llevó el sentenciador a dar como cierta la fecha del 22 de diciembre de 1941 para el documento denominado "Corte de Cuentas", aceptando así un imposible físico ya que en esa fecha no se encontraba Alzate López en la ciudad de Armenia, y afirma que ese documento había sido anterior a todo principio de transacción.

Se considera:

El cargo parte de la base de que entre el demandante Alzate López y la sociedad demandada se sentaron las bases para una transacción, en virtud de la cual se suscribió el 22 de diciembre de 1941 el documento denominado "Corte de Cuentas"; y que debido al yerro de valoración en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas señaladas por el censor, no hizo la declaración impetrada en la súplica tercera del libelo, referente a que no se perfeccionó esa transacción "por cuanto el Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., por orden expresa de su Junta Directiva no aceptó tal transacción, y por lo tanto no cumplió con las obligaciones estipuladas para su validez".

El Tribunal, teniendo en cuenta las copias de los instrumentos distinguidos con los números 1.223, 1.224, 1.225, 1.226 y 1.228, de 26 de diciembre de 1941, extendidas en la Notaría Primera de Armenia, pero que se quedaron sin firmar; los testimonios del Notario de ese entonces y de su secretario, señores Julio Rendón y Tomás Duque, según los cuales los instrumentos mencionados se extendieron por orden de la sociedad demandada; y el documento de 22 de diciembre de 1941, denominado "Corte de Cuentas", llegó a la conclusión de que "efectivamente se quiso realizar una transacción entre las partes intervinientes en el litigio, lo cual cobra respaldo en manifestaciones de los

representantes de la parte demandada, quienes reconocieron que efectivamente fueron fijadas bases para una transacción con el señor Alzate López, sin que ella se hubiera realizado por cuanto que la junta directiva de la sociedad no le dio su aprobación, la que integraba condición para celebrar el respectivo contrato que finalizara las diferencias existentes, o los negocios pendientes con el señor Alzate López". Y agrega que no se accede a los pedimentos de la demanda "en gracia de que falta la prueba completa de que el documento de fecha 22 de diciembre de 1941 se hubiera depender en su existencia y validez de que se llevara a término la preindicada transacción".

Por manera que el sentenciador no incurrió en yerro de valoración de los medios probatorios relacionados en el cargo, sino que en virtud de esa estimación concluyó que el perfeccionamiento de la transacción proyectada entre las partes quedó condicionada a la aprobación de la junta directiva de la sociedad demandada, aprobación que fue negada por aquella, y que la existencia y validez del documento de 22 de diciembre de 1941 no dependía de esa transacción.

De otra parte, y por lo que atañe al cargo que se le formula a la sentencia de haber apreciado el documento de 22 de diciembre de 1941 no obstante "encarnar una falsedad virtual", toda vez que "fue elaborado en fecha posterior a la indicada", cabe observar que sólo la falsedad material es la que priva de fuerza probatoria al documento respectivo, al tenor de los arts. 649 y 652 del C. J. mas no la inexactitud de lo declarado o su simulación. De manera que cuando por convenio de las partes se antedata o se postdata un instrumento, tal hecho no le resta fuerza probatoria entre las mismas, según se desprende del art. 1762 del C. C. No incurrió, por tanto, el sentenciador en error de derecho al darle al documento de 22 de diciembre precitado el mérito que a ese medio de prueba le asigna el art. 637 del C. J., y consiguientemente, el cargo que por este aspecto se formula a la sentencia debe desecharse.

Agrégase a lo dicho que como a juicio del sentenciador no se perfeccionó la transacción proyectada por las partes, no aplicó al caso de autos las normas que disciplinan tal contrato y, por ende, que ni directa ni indirectamente pudo infringir, *por indebida aplicación,* los arts. 2.469, 2.471 y 2.476 del C. C. citados por el censor.

Cuarto cargo

Se afirma en él que el Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas: "a) De la denuncia presentada por el señor Alfonso Ramírez Gerente de la Fábrica de Bavariá en Pereira contra Leonidas Alzate López el día 29 de diciembre de 1941, una de cuyas pruebas en que basaba la responsabilidad del sindicado, era el famoso documento acta 'Corte de Cuentas', a que se refiere el cargo anterior y que dizque había sido firmado por Alzate el 22 de diciembre del mismo año; b) las declaraciones de don Julio Jiménez, del doctor Vicente de la Cuesta, Alfonso Ramírez, Julio Rendón, Tomás Duque, José María Cárdenas, Luis Gonzaga Osorio, Jesús María Cárdenas (fl. 20 y ss del cdno. No. 4) y Eladio Rey (fl. 39 v. y ss. a 46 cdno. No. 1); c) Y del mismo documento denominado 'Corte de Cuentas' y que lleva fecha 22 de diciembre de 1941, errores consistentes en no tener esas pruebas en su respectivo valor, respecto a que la firma del documento denominado 'Corte de Cuentas' se producía como una transacción para evitar una acción penal por parte de Bavaria, errores de derecho que llevaron al Tribunal a la violación del art. No. 697 del C. J. y con ello a la violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 1.508, 1.513, 1.514 y 1.515 del C. C.".

El Tribunal, dice el recurso, sostiene que del análisis detenido de la manera como se formuló la denuncia penal y de los antecedentes de la misma, no se llega a la conclusión de que el documento denominado "Corte de Cuentas" fuera premisa o condición de una transacción, ni, mucho menos, que lo hubiera firmado Alzate bajo una grave coacción moral o psicológica, cuando las pruebas indicadas como mal apreciadas por el Tribunal producen en cualquier ánimo desprevenido la certeza de que Alzate firmó todo lo que el Consorcio quiso para salvar su nombre y su honor que resultarían manchados con una denuncia criminal, así fuera ella injusta y temeraria; que es de sentido común que nadie tendría la ingenuidad de sanear un atropello como el cometido por el Consorcio contra Alzate, con la firma de un documento con fecha falsa, si no existiera la promesa de evitar al que lo firmaba un mal irreparable como era la denuncia penal inminente, pregonada tantas veces por los representantes del Consorcio; que el Tribunal no encontró la relación de causa a efecto entre las circunstancias constitutivas de la coacción moral y el acta denominada "Corte de Cuentas", debi-

do a la mala apreciación de las pruebas mencionadas en el cargo, pero que esa relación de causalidad sí existe; "El miedo, el pánico, el temor de Alzate de ver derrumbada su vida constituída principalmente por su reputación comercial, por su honor personal y el de su familia, por su posición social que lo hacían mirar espantado el escándalo, fue la causa de la firma del famoso documento, y lo que se pretendió sanear en él y el reconocimiento de saldos fueron sus efectos".

Se considera:

El art. 697 del C. J. que, según el recurso, habría violado el Tribunal al valorar las pruebas relacionadas en el cargo, es el del siguiente tenor: "Dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley"

Es esta una de las normas que en nuestra legislación regulan el grado de convicción de la prueba testimonial y, por consiguiente, sólo puede ser infringida cuando la apreciación del sentenciador recae sobre esa clase de prueba, mas no cuando versa sobre medios probatorios diferentes, como es obvio. Mal podía, por tanto, el Tribunal vulnerar ese precepto al apreciar las piezas a que aluden los literales a) y c) del cargo que se estudia, pues ni la denuncia penal formulada contra Alzate López, ni el documento denominado "Corte de Cuentas", caen bajo el imperio de las normas que disciplinan el valor probatorio de la prueba de testigos. Lo cual significa que, por lo que a tales medios probatorios respecta, el cargo es improcedente.

Y en cuanto atañe a los testimonios de Julio Jiménez, Vicente de la Cuesta, Alfonso Ramírez, Julio Rendón, Tomás Duque, José María Cárdenas, Luis Gonzaga Osorio, Jesús María Cárdenas y Eladio Rey, nota la Corte que el recurso se limita a deducir de ellos unas determinadas conclusiones de hecho para contraponerlas a las acogidas por el Tribunal, procedimiento inadmisible en casación, puesto que no se trata de una tercera instancia, y, por lo mismo, no puede la Corte revisar las pruebas a que se contrae la impugnación para modificar el criterio de apreciación del fallador de instancia o para sustituirlo por otro que estime más acertado. Reiteradamente se ha dicho que el sentenciador goza de autonomía de criterio para formar su convencimiento a través de los medios probatorios allegados a los autos; y acontece, en el caso sub lite, que las pruebas que obran en el proceso no produjeron en el Tribunal la certeza de que "por el proceder de la sociedad hubiera sido forzado, contra la voluntad suya o contra su libre querer, al señor Alzate López, a suscribir el documento memorado". "Ningún declarante —dice el sentenciador— indica que representantes o dependientes de la sociedad hubiesen expresado al señor Alzate López que si no firmaba le sería promovida quiebra o denuncia penal, que él tendría beneficio y evitaría perjuicios con la suscripción del acta". Esa conclusión a que llegó el Tribunal en ejercicio de su función legal de análisis de las pruebas es de suyo respetable, y no puede modificarla la Corte a través de una censura por error de derecho en la apreciación de las mismas. Si tal conclusión fuese abiertamente contraria a lo que expresan los testimonios mencionados, vale decir si estos hubieran sido tergiversados al extremo de resultar la conclusión contraevidente, la apreciación del sentenciador no sería censurable por error de derecho, sino por la vía del error de hecho.

Se desestima la acusación.

Quinto cargo

Se imputa al sentenciador "error de derecho al no apreciar o interpretar debidamente las siguientes pruebas: a) las sentencias absolutorias dictadas por el señor juez 2o. Superior de Bucaramanga con fecha enero 31 de 1952 (págs. 94 y 95 del cdno. ppal.) y del Tribunal Superior del mismo distrito judicial, de fecha mayo 6 de 1952; b) La petición formulada por el doctor Pablo E. Sabogal González apoderado de Alzate de que lo había despojado el Consorcio, y el auto negando lo solicitado, dictado por el Alcalde de Armenia; c) El famoso documento denominado "Corte de Cuentas" de don Leonidas Alzate López y valores que entregó el día 22 de diciembre de 1941, cuya copia obra al fl. 49 del cdno. No. 1; d) las declaraciones de José María Cárdenas, Luis Gonzaga Osorio, Eladio Rey, Jesús María Cárdenas, Roberto Ceballos Duque, Victoriano Rodríguez M. y Ricardo Gómez Cardona, (estás últimas fls. 84 y ss. del cdno. No. 1), en cuanto esa errada interpretación o apreciación llevó al Tribunal a no acceder a la reivindicación de las cosas muebles solicitadas, con lo cual violó los arts. 632 y 697 del C. J., lo que indujo al Tribunal a la violación indirecta, por falta de aplicación de los arts. 946, 947 y 950 del C. C.

A intento de desarrollar el cargo agrega el censor que está demostrado, con las declaraciones señaladas como mal apreciadas, que el 22 de diciembre de 1941 ocupó el Consorcio los locales que tenía Alzate en Armenia y se apropió de todas las mercancías y efectos existentes en tales locales; que en la sentencia absolutoria proferida en el proceso penal adelantado contra Alzate se reconoce, implícitamente, que en la fecha en que se consumaron los atropellos aquel no era dependiente, consignatario, empleado, comisionista comercial, o que tuviera otra calidad semejante que implicara que obraba en nombre y representación del Consorcio, sino un comprador al contado y a plazos de los artículos que producía el Consorcio y que le despachaba periódicamente, haciéndole la tradición de ellos, que el comprador pagaba también periódica y sucesivamente; que formando la cuestión de hecho probada en el proceso penal un todo indivisible con la parte resolutiva, tienen la fuerza de cosa juzgada, y por consiguiente hay que aceptar en este juicio como cierto que "todas las mercancías y elementos que se encontraban en depósitos de Alzate en el momento de los atropellos o allanamientos, y las que se encontraban en tránsito despachadas a su nombre, eran de propiedad de Alzate ya que el Consorcio le había hecho la tradición de ellas, como consta en las facturas que acreditaban los envíos respectivos y ya que Alzate tenía su título como comprador en las relaciones contractuales emanadas en el contrato de mayo de 1931"; que la propiedad de Alzate sobre tales mercancías quedó corroborada con la respuesta negativa que los dos jurados dieron al cuestionario que les fue propuesto en los siguientes términos: "¿El procesado Leonidas Alzate es o no responsable del hecho de haberse apropiado en provecho suyo o de terceros de la suma de noventa mil cincuenta y un pesos con cuarenta centavos m/cte. ($ 90.051.41 m/cte.) valor de las mercancías o especies que para su expendio, y a título no traslaticio de dominio, le hubiere entregado la empresa denominada Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., acto sucedido en la ciudad de Armenia del Departamento de Caldas, en el período comprendido entre el 7 de septiembre de 1933 y el 12 de diciembre de 1941?"; Que si, de acuerdo con el veredicto del jurado, Alzate no era responsable penalmente de haberse apropiado tales mercancías, "la consecuencia lógica, y nadie la podrá discutir, es la de que esas mercancías y elementos, durante el mismo lapso, fueron de su propiedad, tenía la posesión de ellas, y que como fue despojado, tiene derecho a pedir y obtener su restitución".

Se considera:

El cargo, tal como se halla formulado carece de eficacia impugnativa, puesto que el fundamento de la decisión desestimatoria de la acción de dominio ejercitada por el actor, no radica en que este no fuera dueño de los bienes materia de la misma, el 22 de diciembre de 1941, sino, de una parte, en que las súplicas respectivas se basan en la ineficacia del acto contenido en el documento de esa fecha, la cual no fue demostrada; y de otra, en que como "los respectivos bienes fueron valorados en forma de mermar la cantidad a cargo del señor Alzate López", no puede pretender este que se le restituyan. Y acontece que ninguno de estos dos soportes en que descansa la decisión del Tribunal fue atacado por el impugnante, y, por lo mismo, siguen en pie. En tales condiciones resulta superfluo el estudio del cargo, pues aún en el caso de que el sentenciador hubiera incurrido en los errores de hecho que se le atribuyen, los fundamentos del fallo, que no fueron atacados por el censor, tienen consistencia suficiente para impedir en el punto la infirmación de la sentencia.

Se desestima la censura.

Sexto cargo

"El Tribunal sentenciador —dice la censura— incurrió en error de hecho al no estimar, ni siquiera considerar, en el fallo, las siguientes pruebas que obran en el expediente: a) La carta dirigida por el Presidente del Consorcio de Bogotá al Consorcio de Manizales, que lleva fecha 2 de febrero de 1933; b) Carta del Gerente del Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., en su fábrica de Pereira, señor Alfonso Ramírez, dirigida al Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A., que en copia autenticada aparece al folio 60 vuelto del cuaderno principal; c) El punto vigésimo octavo, de la respuesta de los Directores del Consorcio al exhorto que les dirigió el señor Juez Superior de Pereira, documentos que llevan fechas 14 de agosto de 1944, y punto que se encuentra al fl. 61 del cdno. 1o.; d) Las cartas del 3 de junio de 1935 y 25 de agosto de 1936, del Consorcio de Pereira al Consorcio de Bogotá; e) La carta del señor Gerente de la Fábrica del Consorcio en Pereira, dirigida a Leonidas

Alzate López, que lleva fecha diciembre 17 de 1940 y que se encuentra original al fl. 77 del mismo cdno. No. 1o., ppal. Error de hecho que lo indujo a la violación indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 1687 y 1693 del C. C.

Al desarrollarlo manifiesta el censor que aunque en la sentencia se expresa que "de todo lo dicho, infiérese que el contrato innominado que comenzó a regular la actividad comercial entre el demandante y la entidad demandada fue novado, pues como se ha visto en la relación precedente, tanto el uno como la otra, realizaron negocios que no podían encajar en las estrechas y rígidas cláusulas del contrato de mayo de 1931", sin embargo no aparece en parte alguna de la sentencia que esta se refiera para considerarlas, aceptarlas o desecharlas, a las pruebas relacionadas en el encabezamiento del cargo; cita la doctrina de la Corte según la cual "el error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba... consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió", para notar que el Tribunal ignoró deliberadamente y, por lo mismo, no estimó las pruebas mencionadas en el cargo, "y que al haberlo hecho, hubieran barrido totalmente el concepto de la perfección de la novación, o siquiera de intento de un ánimo de las partes de producirla"; dice que el sentenciador no estimó la carta de 2 de febrero de 1933 en la cual la entidad demandada se opone a todo intento de novación, y por no apreciarla sostuvo la tesis sobre existencia de esta; que si el Tribunal hubiera leído la carta que el Gerente del Consorcio en Pereira le dirigió al de Bogotá, fechada el 27 de marzo de 1935, y la respuesta que el Presidente y el Vicepresidente del Consorcio dieron al exhorto librado por el Juez Superior de Pereira, en las cuales se habla de *modificaciones* al contrato que existía con Alzate, no hubiera insistido en la tesis de la novación; y que si hubiera leído las cartas de 3 de junio de 1935 y 26 de agosto de 1936, dirigidas por el Gerente del Consorcio en Pereira al de Bogotá, y la que aquel le dirigió a Alzate López el 17 de diciembre de 1940, no hubiera declarado extinguido el contrato primitivo por novación. De donde concluye el censor: "El Tribunal, al no estimar o apreciar las pruebas que dejo relacionadas, que comprueban, cada una de ellas y máxime, en conjunto, que las partes no tuvieron la intención de novar, antes por el contrario exigieron sumo cuidado en que tal sucediera (sic), cometió un grave error de hecho, que lo llevó fatalmente a la violación indirecta, por indebida aplicación de los arts. 1687 y 1693 del C. C.".

Se considera

El cargo que se estudia, en cuanto en él se afirma que el Tribunal "ignoró deliberadamente y no estimó las pruebas" citadas, es infundado, pues el sentenciador sí se refirió expresamente a ellas como pasa a verse:

La carta que se menciona en el literal a) del cargo obra en copia a los fls. 52 v. y 53 del cdno. 1o., y como se puede apreciar del paso de la sentencia que se transcribió al estudiar el cargo segundo, allí se hace referencia a las pruebas que figuran a los fls. 52 a 76 del cdno. 1o . Y más adelante expresa el Tribunal que "a través de los documentos, *cartas* (se subraya), declaraciones relacionadas atrás, se ve inequívocamente la voluntad de novar, el animus novandi".

Otro tanto ocurre con las cartas a que se alude en los literales b) y c) del cargo, puesto que, en copia, obran a los fls. 60 v. y 61 del cdno. ppal., y ya se vio que el Tribunal hizo referencia a las pruebas visibles a los fls. 52 a 76 del cdno. ppal. Por otra parte, de la circunstancia de que en ellas se hable de "modificaciones" hechas al contrato celebrado con Alzate no se sigue, como lo pretende el cargo en el aspecto que se examina, que la conclusión a que llegó el Tribunal sobre existencia de la novación hubiera sido equivocada, pues aquella la dedujo del acervo probatorio a que se refiere la sentencia, y no aparece que tal deducción peque de contraevidencia.

A las de fechas 3 de junio de 1935 y 25 de agosto de 1936, mencionadas en el literal d), se refiere expresamente el sentenciador en los siguientes términos: "En comunicación del mes de junio de 1935, la entidad opositora dijo confirmar al actor bases de nuevo arreglo, y se refirió a envases y sacos, a la mitad del sueldo de un contador y a la aprobación de las cuentas... En comunicación del 25 de agosto de 1936 la sociedad dijo confirmar el nuevo arreglo..." (fl. 62 v.) Lo cual significa que el Tribunal sí las tomó en cuenta, sin que el hecho de que en ellas se hable de "nuevo arreglo" implique necesariamente que la novación no se produjo.

Finalmente, a la carta de 17 de diciembre de

1940, citada en el literal e), también se refiere expresamente el Tribunal cuando dice: "Antes de seguir adelante conviene detener la atención en que la comunicación del 17 de diciembre de 1940, relativa al promedio mensual de la cuenta del demandante contiene constancia de que durante los ocho años que usted ha manejado nuestros cuantiosos intereses en la zona del Quindío lo ha hecho con toda pulcritud y corrección". De donde dedujo el sentenciador que "este documento privado es concurrente a establecer que el señor Alzate López no estaba vinculado para con la parte contraria por un simple contrato de compraventa, pues si ello no fuera así carecería de toda explicación que la sociedad aludiera al manejo de los intereses de ella". El recurso, por su lado, pretende que de dicha carta se infiere "que el contrato con Alzate, aún con modificaciones que no alteraban su esencia, estaba vigente en diciembre 17 de 1940, y que por propia confesión del Consorcio, se estimaba que ese contrato era uno solo ocho años atrás". Acontece, empero, que la sola contraposición del criterio del recurrente al del fallador, no constituye la manera adecuada para demostrar el error de hecho que se le imputa a este, puesto que la Corte no puede desestimar la conclusión a que llegó el Tribunal, a menos que se le demuestre que dentro de las pautas legales sobre interpretación de los contratos, incurrió aquel en contraevidencia, cosa que no hizo el impugnante.

Se rechaza la censura.

Séptimo cargo.

Fúndase en que el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación de las siguientes pruebas:

"a) Declaraciones y confesiones de don Julio Jiménez, presidente del Consorcio en la época en que las hizo; b) Declaraciones y confesiones, al absolver posiciones, del Dr. Vicente de la Cuesta, Vicepresidente del Consorcio cuando rindió las primeras, y Presidente del mismo, cuando absolvió las segundas; c) Indagatoria de Leonidas Alzate; d) Copias de las declaraciones de renta del demandante; e) Certificado de la Cámara de Comercio de Armenia; f) Carta de Alzate López al Consorcio, de 17 de abril de 1935; g) Declaración de Antonio Mejía; errores de derecho que llevaron al Tribunal a la violación de los arts. 604, 607, 609, 696 y 702 del C. J., y por ello, a la violación indirecta, por indebida aplicación, de los arts. 1687, 1693 y 1708 del C. C.".

Al desarrollar el cargo formula el censor un verdadero alegato de instancia, con desconocimiento de los principios que regulan la técnica del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, la Corte resume lo pertinente, así:

La sentencia de segunda instancia se funda principalmente en la certidumbre del Tribunal de que el contrato de 23 de mayo se extinguió por el fenómeno de la novación. Dice, en efecto, el sentenciador: "Compréndese entonces que se dispone de apoyo para considerar que sí surgió entre las partes el fenómeno de la novación (art. 1687 y ss. C. C.), ciertamente por la prescindencia que ellas hicieron de las cláusulas del contrato de 1931 y que resulta de lo ya mencionado, sobre lo cual nos ocuparemos". Y más adelante agrega: "De todo lo dicho, infiérese que el contrato innominado que comenzó a regular la actividad comercial entre el demandante y la entidad demandada fue novado, pues como se ha visto en la relación precedente, tanto el uno como la otra realizaron negocios que no podían encajar en las estrechas y rígidas cláusulas del contrato de mayo de 1931".

El razonamiento anterior, comenta el recurso, obedece a errónea interpretación de las múltiples declaraciones del Presidente del Consorcio don Julio Jiménez, principalmente de la que se puede leer en el fl. 50 del cdno. 9o, pues si la sentencia le hubiera dado a esa confesión judicial el valor que le corresponde, "ello hubiera sido suficiente para no discurrir en teorías, sin fundamento, sobre novación"; a que el Tribunal no consideró debidamente las declaraciones de Vicente de la Cuesta, cuando era Vicepresidente del Consorcio, con sus contradicciones, vaguedades, etc., puesto que si le hubiera dado el valor de confesión a lo dicho por él en la absolución de posiciones, "bien distinto hubiera sido la suerte de este pleito"; a que tomó en cuenta la indagatoria de Alzate López, cuando por falta de la formalidad del juramento y por obra de la sentencia absolutoria "no es valedera como prueba, mucho menos en contra de él mismo"; a que basó "su concepción de novación en el hecho pueril de que Alzate López dijo en sus declaraciones de renta que era 'comisionista'"; a que transcribió fragmentariamente la carta de 17 de abril de 1935, sin relacionarla con las de junio 3 de 1935 y agosto 26 de 1936; y a que le dio al testimonio de Antonio Mejía el valor de plena prueba.

De donde concluye que "el fallador cometió error de derecho en la estimación o apreciación de las pruebas indicadas, que lo llevó a la convicción de que las obligaciones se extinguieron porque habían sido novadas".

Se considera

Cita el recurso como directamente infringidos por el sentenciador los arts. 604, 606, 607 y 609 del C. J., en cuanto regulan el valor probatorio de la confesión judicial hecha por el representante de una persona natural o jurídica; y los arts. 696 y 702 del mismo estatuto que señalan, respectivamente, el valor probatorio de la declaración de un solo testigo y el de las exposiciones de varios testigos contradictorios entre sí. Por consiguiente, no siendo las declaraciones de renta del demandante, ni el certificado de la Cámara de Comercio de Armenia, ni la carta de 17 de abril de 1935, a que aluden los literales d), e) y f) del cargo, confesiones judiciales ni declaraciones de testigos, mal pudo el Tribunal infringir las normas probatorias citadas por el recurso al apreciar aquellos medios de prueba y, en consecuencia, la censura resulta infundada por lo que a ellos respecta.

En lo atinente con las declaraciones de los señores Julio Jiménez y Vicente de la Cuesta, que el recurso considera mal apreciadas, dice el Tribunal; "En varias declaraciones del doctor Julio Jiménez, quien era presidente de la Sociedad opositora y que falleció, ha pretendido hallar la parte accionante demostración de aquellos hechos que invoca en sustento de sus pedimentos, al igual que en declaraciones y ratificaciones del doctor Vicente de la Cuesta, el que fue luego presidente de dicha sociedad y en posiciones suyas (fls. 20 a 26, c. 1o.; fls. 11, 20 a 29 c. 4o., fls. 36, 37, 240 a 253 c. 9o., fls. 6 a 10 c. 4o. posiciones). Estudiados estos elementos de convicción con el debido detenimiento se tiene en conclusión que los profesionales en cita no han desconocido las relaciones de la sociedad y del actor, en el período antes indicado, pero sí desconocieron que la situación contractual creada entre las partes hubiera permanecido con todos sus elementos hasta el mes de diciembre de 1941. De suerte que la Sala no encuentra acreditado aquello que interesa al demandante en las actuaciones de que se da cuenta; en otros términos, las mentadas exposiciones no acreditan de modo indubitable la continuidad integral del contrato del mes de mayo de 1931, no obstante los esfuerzos que en las laboriosas y respetables alegaciones del señor mandatario del actor aparecen para extraer una conclusión distinta a la anotada".

Como puede verse, el sentenciador sí les dio a tales declaraciones el valor que les corresponde, de acuerdo con la ley, y de ahí que hubiera reconocido la existencia de las relaciones de la sociedad y del actor a partir de 1931. Empero como los declarantes negaron que la situación contractual entre las partes hubiera permanecido inmodificable hasta diciembre de 1941, no podía el Tribunal dar por establecido, con base en tales declaraciones, que el contrato de mayo de 1931 rigiese las relaciones de las partes para aquella fecha. Si, como lo afirma el recurso, la conclusión a que llegó el Tribunal sobre la novación del contrato primitivo "obedece a errónea interpretación de las múltiples declaraciones" de los señores Julio Jiménez y Vicente de la Cuesta, la censura por error de derecho resulta equivocada, puesto que al sacar aquella conclusión no alteró el sentenciador el valor que la ley asigna a tales declaraciones.

Por lo que atañe a la indagatoria de Alzate López nota la Corte que el Tribunal sólo la menciona para advertir que al rendirla reconoció aquel "que usó formularios de la sociedad demandada, con membrete de ella"; que como la presunción de ser verídica que el art. 255 del C. de P. P. le da a la confesión libre y espontánea hecha por el sindicado no fue desvirtuada en el punto a que alude el sentenciador, la declaración hecha al respecto por Alzate estuvo debidamente apreciada; y que en el supuesto de que el Tribunal la hubiera valorado indebidamente, ese error resultaría intrascendente, desde luego que la conclusión a que llegó aquel sobre existencia de la novación tiene sólido respaldo en otros muchos medios probatorios de cuya apreciación por el Tribunal ya se trató en el despacho de cargos anteriores.

Finalmente, se observa que el sentenciador hace alusión al testimonio de Antonio Mejía en los siguientes términos: "Si era existente al final del año de 1941 el contrato de 1931, se desprende de las constancias procesales que el demandante no lo estaba cumpliendo al final de aquel año, como lo prueban el saldo a cargo suyo, la falta de solución de intereses, el no ajuste de los libros de contabilidad a la realidad, lo que quedó establecido con testimonio de Antonio Mejía y exposición pericial, etc.". No aparece que el Tribunal le haya dado el valor de plena prueba al testimonio de Antonio Mejía y que, por ende, haya violado

el precepto del art. 696 del C. J., pues los hechos a que se refiere el paso de la sentencia que se dejó transcrito no los da por establecidos el Tribunal con fundamento exclusivo en el dicho de Mejía, sino en la declaración de este y en el dictamen de peritos. Aquella misma disposición establece que la declaración de un solo testigo constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su exposición, y, por consiguiente, puede, en concordancia con otros medios probatorios, llegar a constituir plena prueba (C. J. art. 594).

Se rechaza la acusación.

Octavo cargo

Se propone por infracción directa de los arts. 2341 y 2356 del C. C., por falta de aplicación al litigio planteado en la segunda demanda.

A intento de desarrollarlo transcribe el recurso el paso de la sentencia donde se expresa que "la absolución que favoreció al señor Alzate López por sí sola no basta para sostener la responsabilidad por culpa de la persona opositora"; observa que ninguna de las partes ha sostenido esa tesis en el presente negocio, y que en sentir del censor, "ni la denuncia, ni la constitución de parte civil, ni la absolución del sindicado, constituyen por sí solas o en conjunto la noción de culpa que obliga a reparar". Dice que la culpa de la sociedad demandada surge de que esta formuló la denuncia penal contra Alzate "a sabiendas de que existía un contrato que no se había extinguido ni novado, y por lo tanto, sabía, o por lo menos suponía, que el delito denunciado no existía; de que engañó premeditadamente a Alzate López con una comedia de transacción que no cumplió y que no tenía más objeto que legalizar en apariencia los atropellos; de que los hechos en que fundamentó la denuncia eran todos falsos, tergiversados o acomodaticios para buscar un fin determinado; de que aquella se formuló con manifiesta intención de causar daño a Alzate López en su patrimonio económico y moral; de que el Consorcio incurrió en culpa civil y quizá en delito penal al negarse a exhibir sus libros de la Fábrica de Pereira, donde se encontraban las pruebas de la inocencia del sindicado; y de que "si el Consorcio tenía algún derecho, abusó de él y ejercitó acciones, deliberadamente, que no eran las adecuadas ni proporcionales al amparo de su derecho, sino las que pudieran causar daño público, perjuicio moral al denunciado".

Agrega que "se encuentran reunidos los tres elementos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para que surja, y muy protuberante, la responsabilidad civil de la sociedad demandada", y transcribe, en apoyo de su tesis, conceptos de algunos autores y doctrinas de la Corte sobre la responsabilidad que genera el abuso del derecho y los elementos que la estructuran.

Se considera

Fruto natural del espíritu de reacción que informó la Revolución Francesa, fue la concepción individualista de los derechos subjetivos, inspirada en la máxima: *neminem laedit qui iure sou utitur.* A esta concepción extrema de los derechos individuales vino a oponerse la teoría de la relatividad de los mismos, de acuerdo con la cual cada uno de tales derechos se encamina a un fin del cual no puede desviarlo su titular; su finalidad está por fuera y por encima de ellos mismos; son relativos y no absolutos. Han de ejercitarse, por tanto, de acuerdo con su espíritu y finalidad, pues de lo contrario el titular que les de una dirección falta abusa de ellos comprometiendo su responsabilidad para con la víctima de esa desviación. De esta suerte, un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo, *facultas agendi,* puede estar en conflicto con el derecho objetivo, con la *norma agendi.* Conflicto este que ya había sido previsto por los romanos, según lo evidencia la conocida máxima: *summun ius, summa iniuria.*

Para algunos autores, entre los cuales se destaca Ripert, sólo hay abuso del derecho cuando se ejercita con la intención de perjudicar a otro, con *animus nocendi.* Es este el criterio intencional que, por lo demasiado rígido, ha sido hasta cierto punto abandonado, para ser reemplazado por el funcional o del motivo legítimo, propugnado por Josserand, según el cual cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; y quien quiera que intente apartarlo de su misión social, comete una falta delictuosa o cuasidelictuosa, un abuso del derecho, susceptible de comprometer su responsabilidad. Este último criterio, sin embargo, ha sido rechazado por los hermanos Henri y León Mazeaud, no sólo por la dificultad que existe para determinar la función de los distintos derechos consagrados por el legislador, sino porque fá-

cilmente puede conducir a la arbitrariedad. "Un juez obligado a absolver cuestión tan compleja —dicen— tendría que traspasar el dominio del derecho y caer en el de la política. He aquí el peligro del criterio: ¿se forma un socialista, del fin para el que se ha conferido el derecho de propiedad y el derecho de coalición, el mismo concepto que un adversario de las doctrinas de Carlos Marx? Evidentemente no. Ciertamente defender la doctrina del fin social de los derechos no es caer en el socialismo, pero sí es obligar a los jueces a estudiar el problema de la responsabilidad desde el punto de vista de la política. Es, pues, indispensable suministrar a los Jueces un criterio más preciso, sopena de tener que retroceder a la intención de perjudicar". (Compendio del Tratado Teórico y práctico de la Responsabilidad Civil. II, pág. 253). Ese criterio, según ellos, no es otro que el de la aplicación de la noción de culpa.

"Es posible, en efecto —exponen—, encontrar un criterio del abuso, capaz de calmar todos los recelos de los más feroces individualistas, con la condición de estudiar el problema desde el verdadero punto de vista, el de la culpa. Nadie discute a los Tribunales la facultad de precisar si ha habido o no culpa, y nadie limita el dominio de la culpa a la intención de perjudicar, a la culpa delictuosa. ¿Por qué habría de ser de otra manera cuando el autor del perjuicio ha ejercido un derecho definido? El abuso de un derecho constituye una culpa delictuosa cuando obedece a la intención de perjudicar; si falta esa intención, puede constituir una culpa cuasidelictuosa. Cualquier acto del hombre puede ser imprudente o negligente. ¿Cómo admitir que un acto ejecutado con ocasión del ejercicio de un derecho nunca pueda constituir ni imprudencia ni negligencia? Nada justifica la creación de semejante terreno reservado en la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil. Así, no solamente hay abuso de un derecho cuando el ejercicio de ese derecho constituye una culpa delictuosa, sino también cada vez que constituye una culpa cuasidelictuosa. Tal es el verdadero criterio del abuso". (Ibídem, pág. 255).

De esa suerte, la aplicación de la teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta a los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasidelictual en nuestro Código Civil. Así lo ha entendido la Corte en numerosos fallos fundados en las disposiciones de los arts. 2341 y 2356 de aquel estatuto. La primera de estas normas, en efecto, no distingue si el hecho allí previsto ha sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño implica ausencia de derecho en quien lo cause. No son incompatibles las nociones de culpa y de ejercicio de un derecho. Y el precepto del 2356, por otra parte, tiene un alcance muy general, que bien puede abarcar los actos ilegales, las omisiones no ilegales y los actos abusivos que acarrean perjuicios. Es un precepto que sin mayor esfuerzo interpretativo permite la sanción del ejercicio perjudicial de un derecho.

"En síntesis —ha dicho la Corte—, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, hay abuso del derecho cuando su titular los ejerza dolosa o culposamente, o sea cuando en el ejercicio de un derecho se causa un perjuicio a otro, bien con intención de dañar o bien sin la diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. La falta en el ejercicio del derecho, la ausencia de interés legítimo o la desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho, sirven al Juez como criterio orientador en la aplicación de la doctrina expuesta". (T. LXXX, pág. 655).

Y tocante al abuso del derecho motivado por denuncias criminales, ha expresado que el derecho de formularlas constitutivo también de un deber legal, no es de por sí un acto que comprometa la responsabilidad civil del denunciante, pero que puede llegar a constituir una culpa cuando no ha sido realizada con un objetivo serio, de buena fe, y sobre hechos reales. "Quien con incuestionable buena fe lleva a conocimiento de la justicia ciertos hechos sospechosos y adecuados para base de investigación, y mejor que sean en propia defensa porque así el conocimiento es más completo, no compromete su responsabilidad aunque la investigación criminal no concluya en la existencia de ningún delito, si los hechos son ciertos y en su denuncia, no se procedió temerariamente y con torcidos fines". (G.J. LIV Bis, pág. 207). Incumbe al actor, en el proceso civil de responsabilidad por tal denuncia, la carga de probar las circunstancias constitutivas de la culpa del denunciante, y al sentenciador deducir su existencia a través de los elementos de convicción aportados al proceso.

En el caso que se examina el Tribunal encontró probado que Alfonso Ramírez, como apoderado de la sociedad demandada formuló denuncia penal contra Leonidas Alzate, ante el

Alcalde de Armenia, el 29 de diciembre de 1941; que Alzate fue detenido y sus bienes embargados y secuestrados; que el consorcio se constituyó parte civil dentro del proceso penal; que el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Pereira profirió auto de enjuiciamiento contra Alzate López "por abuso de confianza y otras defraudaciones", el cual, después de obtenido el cambio de radicación del proceso penal, fue confirmado por el Tribunal Superior de Bucaramanga; que el jurado convocado para juzgar a Alzate dio su veredicto en el sentido de declarar que no era responsable, pero que el Tribunal lo declaró contraevidente y dispuso convocar nuevo jurado; que con base en el veredicto del segundo jurado el Juzgado Superior de Bucaramanga, mediante sentencia confirmada por el Tribunal absolvió al procesado y que los apoderados del Consorcio llevaron a cabo varias actuaciones en relación con la libertad del procesado y solicitaron la declaración de contraevidencia del primer veredicto.

Agrega que de las pruebas que obran en el proceso no aparece que la sociedad demandada hubiera obrado con el propósito primordial de lesionar al denunciado, ni que se hubiera valido de testimonios o documentos falsos, o de otros medios ilícitos, para obtener las providencias dictadas contra Alzate López; que "el recurrir contra el auto de sobreseimiento, el solicitar cambio de radicación del negocio penal y pedir declaratoria de contraevidencia de un veredicto, son hechos legítimos en la materia penal y que por lo mismo no comportan en sí un ánimo doloso o abusivo"; que no encuentra que la sociedad demandada hubiera obrado a la ligera, sin elementales previsiones, sin un fin serio y legítimo, con marcada desviación de la facultad de denunciar y de constituirse parte civil, y, por lo mismo, no aparece que en sus actuaciones obrara "con abuso del derecho"; que las providencias de los funcionarios judiciales y los conceptos de los Agentes del Ministerio Público, adversos a Alzate López, están "pregonando de modo nítido que no era de manifiesta impertinencia la investigación penal con su natural desarrollo", y permiten "inferir que no es imputable a la sociedad un error de conducta generante de responsabilidad civil"; que en la sentencia del Juzgado Superior se expresa que "el problema que se debatió es indiscutiblemente complejo", que presenta aspectos diversos y confusos, pero ellos fueron desatados en conciencia por un jurado selecto"; que en la del Tribunal se dice que "las probanzas fundamentales del auto enjuiciatorio no fueron infirmadas y de ellas se hizo entonces un extenso y cuidadoso estudio para demostrar la configuración del delito de abuso de confianza de que se trata y la responsabilidad penal del procesado Alzate López"; que distinta sería la situación de la sociedad demandada "si otro fuera el contenido de las sentencias de mérito, si en ellas se contuvieran aseveraciones de falta de realidad de los hechos, de aprovechamiento impropio de medios de persuasión, de conducta procesal abiertamente opuesta a normaciones legales y éticas, etc.". De donde concluye el Tribunal que el demandante no acreditó "por los medios legales y de manera fehaciente la culpa que atribuyó a la sociedad opositora".

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

Hase dicho, asimismo, que "la apreciación de las circunstancias que muestren como anormal el ejercicio de este deber ciudadano (denunciar delitos), la extralimitación de los móviles y de los fines que inducen al denuncio, la temeridad y la malevolencia, en una palabra, el abuso del derecho, es cuestión de hecho que corresponde al juez en cada caso deducir de elementos objetivos demostrados en el proceso, por medio de los cuales se llegue al pleno co-

nocimiento de los objetivos que asistieron al denunciante, teniendo en cuenta que la ley requiere el concurso de los particulares, cuya iniciativa no debe restringirse, pero tampoco usarse para fines que satisfagan únicamente intereses o pasiones personales". (XLII, 460; LIV Bis, 208).

Com a la luz de las pruebas que obran en el proceso referentes a la conducta de la sociedad demandada, el sentenciador, en ejercicio del poder discrecional de que goza para la apreciación de las mismas, llegó a la conclusión de que aquellas no procedió con malicia o negligencia al formular el denuncio contra Alzate, ni que al afirmar los hechos en que funda tal denuncio hubiera procedido temerariamente o con torcidos fines, al decidir la Corte el cargo que se estudia en el campo de la violación directa de la ley en que fue planteado, ha de hacerlo teniendo como verdad procesal la apreciación que de los hechos hizo el Tribunal, o sea la de que la conducta de la sociedad en relación con el denuncio prenombrado no fue dolosa ni culposa. Sobre esta base resulta palmario que el sentenciador no infringió, por falta de aplicación al caso sub lite, los arts. 2341 y 2356 del C. C., pues uno de los presupuestos para la recta aplicación de tales preceptos es, precisamente, la culpa de la parte demandada, la cual, como se dejó dicho, no se demostró.

Se rechaza el cargo.

FALLO

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos (2) de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

SEPARACION DE BIENES

Cuando ambos cónyuges incurren en causales de divorcio (separación de bienes) cualquiera de ellos puede demandarlo alegando la culpa del otro, nunca la propia, y sin que haya lugar a compensación de culpas.

Conviene tomar previamente nota de tres puntos que no se discuten:

a) Que organizada originalmente por el Código Civil la simple separación de bienes en beneficio de la mujer, por los motivos señalados en su art. 200 a que se agrega el del art. 1818 ibídem, vino luego el art. 2o. de la Ley 8a. de 1922 a establecer también como causales de separación de bienes "las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el art. 154 del C. C., y la disipación y el juego habitual de que trata el art. 534 del mismo Código", siendo de advertir que el llamado divorcio de la legislación colombiana es el de la mera separación de cuerpos, sin ruptura de vínculo;

b) Que trasladadas a la separación de bienes por el art. 2o. de la Ley 8a. de 1922 las causales de divorcio del citado art. 154, estas en lo tocante con la separación de bienes han de tener el mismo sentido y régimen que si se tratase del divorcio o separación de cuerpos; y

c) Que, como consecuencia del sistema de administración separada con igualdad de condiciones para cada cónyuge, establecido por la Ley 28 de 1932, se hizo extensiva a favor del marido la acción de separación de bienes por motivos imputables a la mujer, conforme a los mismos textos que consagran en pro de esta las causales de separación.

Ahora bien: en armonía con lo dicho en el colon b) del numeral que antecede, el art. 156 del C. C., en cuanto dispone que "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él", es aplicable a la acción de separación de bienes, con el mismo significado que la propia disposición tiene respecto del divorcio.

Y cabe ahora preguntar cuál sea ese significado, porque ciertamente el recurso gira todo sobre la inteligencia del dicho art. 156, del que, estima el recurrente, fluye la conclusión de que, cuando ambos cónyuges han incurrido en faltas, las culpas se compensan, sin que entonces ninguno de ellos tenga derecho, ni a solicitar el divorcio, ni a pedir la separación de bienes.

En otros términos: ¿la disposición del art. 156 consagra, sí o no, la compensación de culpas de los cónyuges o, por el contrario, las desliga reconociendo a cada uno, con base en la falta del otro, el derecho de impetrar la separación, ya de personas, ya de bienes en su caso?

La doctrina de nuestros expositores es uniforme en sentido favorable a la tesis de la "*no compensación*".

Así, Champeau y Uribe, en su Tratado de Derecho Civil Colombiano, expresan: "...Creemos que lo que se ha querido decir es que si uno sólo de los cónyuges ha dado lugar al divorcio, únicamente el otro podrá demandarlo: 'en otros términos, un cónyuge no puede pedir el divorcio fundándose en su propia culpa. Si ambos cónyuges cometen faltas que sean causales de divorcio, *cada cual podrá solicitarlo alegando las faltas de su consorte* (I, No. 334, pág. 219).

Rodríguez Piñeres, en su Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, enseña: "En principio el cónyuge inocente es el único que tiene personería sustantiva para demandar el divorcio, pues no se concibe que al culpable se le consienta su falta, de modo que pueda aprovecharse de ella misma para pedir el divorcio: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

"Ahora, si ambos cónyuges hubiesen sido culpables, *cada uno tendría el derecho de demandarlo por su cuenta*, y claro es que, probadas ambas causales, el dirvorcio se impondría *a fortiori* y no habría cónyuge inocente. —Art. 156— (II, No. 337, pág. 181).

En el mismo sentido Valencia Zea, en su obra de Derecho Civil, dice: "... En el caso de que tanto la mujer como el marido hayan incurrido en cau-

sales de divorcio, pueden pedirlo ya sea la mujer adúltera alegando el amancebamiento del marido, ya sea el marido infiel alegando el adulterio de la mujer". (V. No. 85. pág. 102).

También los chilenos, ya no en relación con la preceptiva de su Código Civil que originalmente confió la materia del divorcio a las regulaciones eclesiásticas, sino frente a su ley de 10 de enero de 1884 sobre "Matrimonio Civil", cuyo art. 24 prescribe que "La acción del divorcio corresponde únicamente a los cónyuges y no podrá deducirse contra el cónyuge inocente", sostienen igual tesis que los autores colombianos.

Así, Claro Solar predica: "La acción de divorcio no puede deducirse contra el cónyuge inocente... El cónyuge culpable no podría aprovecharse de su propio delito o de su culpa para obtener el divorcio... Pero la inocencia o culpabilidad se refiere a la causal alegada y, por tanto, *si ambos cónyuges tienen causales que alegar, no se opone la disposición de la ley a que pidan el divorcio uno y otro, sea separadamente, sea por medio* de una demanda reconvencional o mutua petición" (II, No. 849, pág. 66).

Y en el mismo sentido se manifiesta Somarriva en su Derecho de Familia: "De los cónyuges, solo puede pedir el divorcio el que sea inocente. La inocencia en este caso es relativa: se refiere a la causal que se invoca. De aquí entonces que el cónyuge demandado podría, a su vez, reconvenir solicitando el divorcio por otra causal. Así, por ejemplo, si el marido pide el divorcio por adulterio de la mujer, esta a su vez, podría demandarlo, *bien por la misma causal* o por haber sido condenado el marido por crimen o simple delito" (No. 115, pág. 116, Ed. 1946).

Los subrayados son de la Corte—.

La razón de esta unanimidad doctrinal es obvia: la separación de cuerpos o divorcio no se inspira en el solo criterio de constituir una sanción contra el cónyuge culpable: un *punitur quia peccatum est* , sino también, como blanco final, en el procurar a favor del inocente y de la prole, y entonces en beneficio de la familia misma, algún remedio al conflicto matrimonial producido por la mala conducta del primero, en la forma de cualquiera de las causales del art. 154 del C. C.

Vale decir que, en el sistema del derecho colombiano, los criterios de *sanción* y de *remedio* se acoplan y compenetran para informar la causalidad del divorcio, cuyos motivos lesionan los fines del matrimonio, protegidos por la ley en nombre del interés público. Porque si es propio de este interés el que las uniones matrimoniales se lleven en fidelidad y mutua asistencia de los consortes, cumplimiento por ellos de los deberes resultantes de la procreación, orden y sosiego domésticos, no lo es menos que, cuando esos objetivos, resonantes en la buena organización de la sociedad civil, se frustran en todo o en parte trascendente por culpa de cualquiera de los cónyuges, pueda el otro, como víctima de esa culpa, obtener que se remedien las consecuencias de la misma, haciendo que se ponga valladar al desorden, se eviten nuevos daños y, mediante el reajuste legal de la situación crítica producida, se recobre en lo posible la tranquilidad de la existencia.

De aquí el por qué de que las causales de divorcio ocurrentes en cabeza de ambos cónyuges no hayan de compensarse, sino que la conducta de cada uno, constitutiva de una cualquiera de esas causales, legitime al otro para impetrar la separación.

Sin embargo, coexistiendo con el criterio del remedio el de la *sanción* en la concepción legal de la finalidad del divorcio, es claro que cuando la falta en que haya incurrido uno de los cónyuges sea consecuencia o resultado de la culpa del otro, no podría este apoyarse en aquella falta de su consorte para impetrar la separación, porque ello equivaldría a aprovecharse de su propia conducta ilícita, que fue determinante de la del primero, contrariando, entonces sí, el espíritu de la citada norma del art. 156 del C. C. Así, en este orden de ideas, cuando uno de los cónyuges por quebrantamiento de sus deberes ha colocado al otro en situación que justifica la suspensión del cumplimiento de los suyos, no podría aquel pretender la separación con base en esta circunstancia consecuencial a su propia culpa, como ocurriría en la hipótesis de que el marido dejase de suministrar alimentos a la mujer desertora del hogar, quien mal podría exigir de aquel que la mantuviera en la evasión y en el desorden.

Y cumple advertir que lo expuesto acerca del sentido de este precepto sirve para poner en su punto el entendimiento de la doctrina emanada de anteriores decisiones de la Corte, que por la diversidad de matices podrían dar lugar a pensar que la jurisprudencia ha sido vacilante en la cuestión. Así que en el fondo la tesis del presente fallo armoniza las de los pronunciamientos anteriores.

En efecto:

En sentencia de casación de 4 de junio de

1937, correspondiente a un juicio de separación de bienes intentado por la mujer contra el marido, dijo la Corte: "El art. 154 del C. C. enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales.

...*La culpa de ambos cónyuges no se compensa*" (XLV, pág. 127).

Y en la de casación de fecha 20 de agosto de 1954, dictada también sobre juicio de la misma especie, de la mujer contra el marido, esta superioridad, acogiendo la tesis que allí había sentado el fallador de segundo grado, se expresó así: "...con mucha razón observa el Tribunal que aún suponiendo que la demandante hubiera incurrido en la falta que se le imputa, *esta no compensaría la del marido, ni enervaría la acción de aquella*" (LXXVII, pág. 368).

Pero, refiriéndose a la hipótesis de que el comportamiento culpable de uno de los cónyuges haya determinado la conducta del otro, también la Corte se ha pronunciado en estos términos:

"... *habiendo sido la cónyuge la única* responsable de la turbación de la paz y el sosiego, es imposible ante la ley, la moral y la justicia, que su degradación moral le pueda servir de sustentáculo a una demanda de separación de bienes..." (Casación 5 de junio 1933, XLI, pág. 350).

Después, frente a otro caso en que la mujer demandante de la separación de bienes resultó ser "la primera en contravenir a las obligaciones matrimoniales, fugándose, sin razón, del hogar y entregándose luego a una vida licenciosa y adúltera"; lo que dio como resultado el abandono por el marido de sus deberes de tal, dijo la Corte lo siguiente: "Sobre el particular, téngase presente que no aparece aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes *como consecuencia de una culpa que haya cometido* y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido..." (casación 10 de julio 1934, XLI Bis, No. 1895 C., pág. 31).

E igual criterio acogió la Corte en la sentencia de 13 de julio de 1956, que reproduce pasajes de las dos últimamente citadas, al decidir una especie análoga de las ventiladas en aquellas (LXXXIII, pág. 240).

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

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

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

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

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

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

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: acta No. 90).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha 16 de abril de 1966, en el juicio seguido por Sara Rosa Avendaño de Zutta frente a José Rosendo Zutta.

I

EL LITIGIO

Sara Rosa Avendaño de Zutta, quien el día 14 de marzo de 1925 contrajo matrimonio católico con José Rosendo Zutta, vino el 20 de abril de 1965 a demandar a su marido, ante el Juez 1o. Civil del Circuito de Pasto, para que por la vía del juicio especial, se decretase la separación de bienes y consiguiente liquidación y partición de los haberes de la sociedad conyugal formada entre ellos.

Como *hechos* constitutivos de la *causa peten-*

di, la actora alegó: el trato cruel y ultrajante dádole habitualmente por su cónyuge, que hace imposible la paz y el sosiego domésticos; el vivir el demandado en estado de amancebamiento; y el abandono por el mismo del cumplimiento de sus obligaciones, así de esposo, como de padre de la hija nacida del matrimonio el 6 de noviembre de 1925, llamada María Emma.

El demandado contestó el libelo, oponiéndose "en forma total a las pretensiones de la demandante" y dijo proponer la defensa de "carencia de acción y derecho para demandar o ineficacia de la acción por ineptitud sustantiva de la misma", fundándola en la mala conducta de su esposa, al tenor de los siguientes pasajes, entre otros, de la contestación:

"La demandante no solamente ha sido a través de toda su existencia mujer adúltera, sino que se ha dedicado al ejercicio público, permanente y no interrumpido de la prostitución y el proxenetismo.

"Ha permanecido en estado de amancebía pública con varias personas en la ciudad de Manizales, ello, desde antes de conocerse con el Sr. Zutta; luego después de la ceremonia matrimonial y hasta la presente fecha.

"Como consecuencia de la vida disipada y bastarda que ha llevado, ha sido beoda consuetudinaria, ya que sabido es que la embriaguez habitual es consecuencia natural del género de vida que ha soportado.

"Por todo lo anterior, jamás atendió a los deberes de esposa y madre, y muy por el contrario, todo lo que ha hecho en favor de la hija que dice tener, es el haberla encauzado y guiado en la vida disoluta del burdel y es así como a la fecha la mencionada hija 'administra' una casa de lenocinio de propiedad de la madre conocida esa casa con el nombre de *Japilandia*".

El juicio recibió fallo del juez *a quo*, denegatorio de la separación de bienes impetrada, por cuanto la demandante "no se hallaba exenta de culpa al tiempo de instaurar sus pretensiones". Y en el recurso de apelación interpuesto por ella, el Tribunal Superior de Pasto, mediante la sentencia de 16 de abril de 1966, revocó la del inferior, y, en su lugar, decretó la separación de bienes solicitada, consecuencialmente declaró disuelta la sociedad conyugal formada por el matrimonio de los litigantes y ordenó proceder a su liquidación y partición.

Contra este pronunciamiento ha deducido el demandado el recurso extraordinario de cuya definición se ocupa la Corte en este acto.

II

MOTIVOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Comienza el Tribunal por referirse a la cuestión de hecho tal como la estimó probada el juez *a quo*, de quien dice reconoció que las causales de los ords. 4o. y 5o. del art. 154 del C. C. "habían tenido en el proceso pleno respaldo probatorio, al mismo tiempo que no encontró demostrada la infidelidad durante el tiempo en que alcanzaron a convivir. Pero al examinar a través de pruebas testimoniales la conducta de la demandante después de la separación o del abandono del marido, encontró demostrado el adulterio". Y añade el Tribunal que este cohonesta el examen probatorio que con gran propiedad hizo el juez de "la situación de la demandante en relación con el mal tratamiento que le prodigaba el demandado"; y que "resulta igualmente acertado el análisis de la prueba atinente a la conducta de la demandante en la etapa posterior al abandono del esposo, cuando dice: 'La prueba aportada por el demandado, indica que la señora Sara Rosa de Zutta mantenía en la ciudad de Manizales sucesivamente dos casas de lenocinio. Este hecho lo sitúan los testigos en un tiempo de quince a veinte años atrás, de todas maneras posterior a la separación de los esposos. Surge aquí en este período la imputación grave, especialmente de los testigos Antonio J. Ospina y Gregorio Toro Becerra de que la demandante señora de Zutta convivía en forma permanente con Aristóbulo Jurado, imputación que hacen extensiva igualmente en contra de la hija de la demandante de nombre Emma Avendaño, y afirman que esta última también convivía con el sujeto Danilo Cuervo'".

Comenta luego el *ad quem* que "Con base en la demostración de la disipada conducta de la demandante el Juez la encontró incursa en la causal primera del art. 154 del C. C. y no obstante considerar que era un hecho posterior al hecho de su abandono, le dio categoría de impedimento para la prosperidad de la acción de separación. Pero el estudio de las causales tiene que concretarse a sus orígenes para concretar al responsable". Y luego de referirse a sentencias de la Corte en casos diversos de separación de bienes, expresa que "en síntesis se concluye

que en el examen de los motivos indicados como fundamentos de una demanda de separación, debe hacerse en sus orígenes para determinar sobre quién pesa la responsabilidad inicial porque las conductas posteriores a la separación de hecho pueden ser secuelas de la causa primera. Habrá situaciones en que la conducta desviada y anormal de la mujer sea la que obligue al marido a abandonarla y entonces, demostrado así, 'no es aceptable —dice la Corte— que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes como consecuencia de una culpa que haya cometido y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido'. Pero cuando el marido es el culpable por sus maltratamientos a que se turbe la paz y el sosiego domésticos para terminar abandonando el hogar, la separación de bienes tiene que prosperar... Como bien lo expresa el fallo que se revisa, con las declaraciones de Luis Buitrago Villegas, Julio Bustamante Pérez y Marco Tulio Quintero Arenas, el mal tratamiento y abandono por parte del demandado se demuestra plenamente, y 'no hay razón valedera para descartar la existencia de los ultrajes y malos tratos de que fue víctima la señora Avendaño de Zutta, por parte del esposo, e inclusive el abandono de sus deberes como esposo y padre. Las causales previstas en los ordinales 4o. y 5o. del tantas veces citado art. 154 del C. C., tienen dentro de este proceso pleno respaldo probatorio'. Entonces y como lo anota el fallo del juez a quo al estudiar la conducta de la demandante durante el tiempo que convivió con su esposo en los primeros años de vida matrimonial, hay 'ausencia de culpa por parte de la cónyuge demandante, ya que no está demostrada su infidelidad durante el tiempo que alcanzaron a convivir, pero sí la demostración de los ultrajes de que fue víctima sin que se sepan sus causas o motivos', en atención a esto, y en armonía con los considerandos que en este fallo se hacen, la demanda debe prosperar".

III

LA DEMANDA DE CASACION

A vuelta de una extensa disertación sobre la naturaleza de la doble sociedad de personas y de gananciales que se forma entre los esposos por el hecho del matrimonio, y de los fines y motivos del divorcio y de la separación de bienes, disertación tendiente a sostener, en último término, que solamente puede demandar el divorcio o la separación de bienes aquel de los cónyuges en cuyo favor milite alguna de las causales respectivas, siempre que por su parte no haya incurrido en culpa que diera al otro consorte el derecho para impetrar cualquiera de aquellas soluciones, pues en semejante materia se impondría la compensación de culpas, procede el recurrente a concretar la acusación en los siguientes términos:

"Pero si el Juzgado acertó al adoptar, de conformidad con nuestra ley, la tesis de la compensación de culpas o anulación recíproca de éstas con base en la existencia de causales de divorcio configuradas por la conducta de uno y otro cónyuge, el Tribunal adoptó la tesis contraria, al declarar que la señora Sara Rosa Avendaño de Zutta conserva la acción, a pesar de haber reconocido que ella también había incurrido en causal de divorcio.

"Pero el Tribunal parece haber ido aún más lejos, pues al entrar a determinar desde un punto de vista simplista y cronológico que el señor José Rosendo Zutta fue quien primero dio lugar a la causal de divorcio ha establecido la teoría de la no compensación de culpas en favor de Sara Rosa Avendaño de Zutta...

"De todas maneras es un hecho que el Tribunal acogió en favor de Sara Rosa Avendaño de Zuta la teoría de la no compensación de culpas, al no privarla del ejercicio de la acción de divorcio por haber incurrido, ella también, en la causal de adulterio.

"Como se ve, el Tribunal consagra precisamente la teoría contraria a la que adopta nuestra legislación, que ordena privar de la acción de divorcio al cónyuge cuya conducta ha dado lugar igualmente a la configuración de una causal de divorcio en favor del otro cónyuge, con desconocimiento de lo preceptuado por el art. ciento cincuenta y seis (156) del C. C.

"Lo anterior significa que la sentencia del Tribunal viola la ley sustantiva, de manera directa, porque concede la acción de separación de bienes con base en las causales de divorcio consagradas por el art. ciento cincuenta y cuatro (154) del C. C., al cónyuge culpable, al que no es inocente, violando así de manera directa el art. ciento cincuenta y seis (156) del C. C., por falta de aplicación; y los ordinales cuarto y quinto del art. ciento cincuenta y cuatro (154) del C. C., por indebida aplicación.

"Si el Tribunal hubiera entendido rectamente la ley hubiera tenido que aplicar el art. ciento cincuenta y seis (156) del C. C., lo que automá-

ticamente lo hubiera llevado a la conclusión inmediata de que las acciones derivadas de los ordinales cuarto y quinto del artículo ciento cincuenta y cuatro (154) del C. C. no podían ser atribuídas a la señora Sara Rosa Avendaño de Zutta, porque tales textos no eran aplicables.

"Precisamente, la equivocada falta de aplicación del art. ciento cincuenta y seis (156) del C. C., condujo por medio obligado, a la aplicación equivocada del art. ciento cincuenta y cuatro (154) del mismo estatuto.

"Lo anterior es suficiente para que la Corte case la sentencia del Tribunal; y en su lugar, declare que la señora Sara Rosa Avendaño de Zutta carece de la acción de divorcio y consiguientemente también de la acción de separación de bienes, con base en las causales de divorcio, de conformidad con el art. segundo de la Ley octava de mil novecientos veintidós (1922), confirmando así la sentencia del Juzgado".

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. No se impugna en este recurso la estimación que de las pruebas aducidas al debate hubiera realizado el Tribunal. Así que las cuestiones de hecho sobre que este edificó su pronunciamiento ha de tomarlas la Corte tales como las tuvo en cuenta el *ad quem*.

2. Son, pues, verdades procesales en este juicio las de que José Rosendo Zutta, infringiendo el primero sus deberes conyugales, maltrataba de palabra y de obra, durante los años de 1926 y 1927, a su esposa Sara Rosa Avendaño, insultándola soezmente y golpeándola, aun en la calle, y que finalmente la dejó abandonada; que, "durante el tiempo que convivió con su esposo en los primeros años de vida matrimonial, hay "ausencia de culpa por parte de la cónyuge demandante"; y que, después de la separación o abandono del marido, vino ella a caer en el adulterio y el proxenetismo.

Tal, en síntesis, la realidad de la cuestión litigada, en que se apoyó el Tribunal para dictar el fallo y de que parte el recurrente para formular su acusación.

3. Conviene tomar previamente nota de tres puntos que no se discuten:

a) Que organizada originalmente por el Código Civil la simple separación de bienes en beneficio de la mujer, por los motivos señalados en su art. 200 a que se agrega el del art. 1818 ibídem, vino luego el art. 2o. de la Ley 8a. de 1922 a establecer también como causales de separación de bienes "las que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el art. 154 del C. C., y la disipación y el juego habitual de que trata el art. 534 del mismo código", siendo de advertir que el llamado divorcio de la legislación colombiana es el de la mera separación de cuerpos, sin ruptura del vínculo;

b) Que trasladadas a la separación de bienes por el art. 2o. de la Ley 8a. de 1922 las causales de divorcio del citado art. 154, estas en lo tocante con la separación de bienes han de tener el mismo sentido y régimen que si se tratase del divorcio o separación de cuerpos; y

c) Que, como consecuencia del sistema de administración separada con igualdad de condiciones para cada cónyuge, establecido por la Ley 28 de 1932, se hizo extensiva a favor del marido la acción de separación de bienes por motivos imputables a la mujer, conforme a los mismos textos que consagran en pro de esta las causales de separación.

4. Ahora bien: en armonía con lo dicho en el colon b) del numeral que antecede, el art. 156 del C. C., en cuanto dispone que "el divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él", es aplicable a la acción de separación de bienes, con el mismo significado que la propia disposición tiene respecto del divorcio.

5. Y cabe ahora preguntar cuál sea ese significado, porque ciertamente el recurso gira todo sobre la inteligencia del dicho art. 156, del que, estima el recurrente, fluye la conclusión de que, cuando ambos cónyuges han incurrido en faltas, las culpas se compensan, sin que entonces ninguno de ellos tenga derecho, ni a solicitar el divorcio, ni a pedir la separación de bienes, que según aquel sería la especie de que aquí se trata.

En otros términos: ¿la disposición del art. 156 consagra, sí o no, la compensación de culpas de los cónyuges o, por el contrario, las desliga reconociendo a cada uno, con base en la falta del otro, el derecho de impetrar la separación, ya de personas, ya de bienes en su caso?

6. La doctrina de nuestros expositores es uniforme en sentido favorable a la tesis de la *"no compensación"*.

Así, Champeau y Uribe, en su Tratado de

Derecho Civil Colombiano, expresan... "... Creemos que lo que se ha querido decir es que si uno solo de los cónyuges ha dado lugar al divorcio, únicamente el otro podrá demandarlo; en otros términos, un cónyuge no puede pedir el divorcio fundándose en su propia culpa. Si ambos cónyuges cometen faltas que sean causales de divorcio, *cada cual podrá solicitarlo alegando las faltas de su consorte"* (I, No. 334, pág. 219).

Rodríguez Piñeres, en su Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, enseña: "En principio el cónyuge inocente es el único que tiene personería sustantiva para demandar el divorcio, pues no se concibe que al culpable se le consienta su falta, de modo que pueda aprovecharse de ella misma para pedir el divorcio: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

"Ahora, si ambos cónyuges hubiesen sido culpables, *cada uno tendría el derecho de demandarlo por su cuenta,* y claro es que, probadas ambas causales, el divorcio se impondría *a fortiori* y no habría cónyuge inocente —art. 156—" (II, No. 337, pág. 181).

En el mismo sentido Valencia Zea, en su obra de Derecho Civil, dice: "... En el caso de que tanto la mujer como el marido hayan incurrido en causales de divorcio, puede pedirlo ya sea la mujer adúltera alegando el amancebamiento del marido, ya sea el marido infiel alegando el adulterio de la mujer" (V, No. 85, pág. 102).

7. También los chilenos, ya no en relación con la preceptiva de su código civil que originalmente confió la materia del divorcio a las regulaciones eclesiásticas, sino frente a su ley de 10 de enero de 1884 sobre "Matrimonio Civil", cuyo art. 24 prescribe que "La acción del divorcio corresponde únicamente a los cónyuges y no podrá deducirse contra el cónyuge inocente", sostienen igual tesis que los autores colombianos.

Así, Claro Solar predica: "La acción de divorcio no puede deducirse contra el cónyuge inocente... El cónyuge culpable no podría aprovecharse de su propio delito o de su culpa para obtener el divorcio... Pero la inocencia o culpabilidad se refiere a la causal alegada y, por tanto, *si ambos cónyuges tienen causales que alegar, no se opone la disposición de la ley a que pidan el divorcio uno y otro,* sea separadamente, sea por medio de una demanda reconvencional o mutua petición" (II, No. 849, pág. 66).

Y en el mismo sentido se manifiesta Somarriva en su Derecho de Familia: "De los cónyuges, sólo puede pedir el divorcio el que sea inocente. La inocencia en este caso es relativa: se refiere a la causal que se invoca. De aquí entonces que el cónyuge demandado podría, a su vez, reconvenir solicitando el divorcio por otra causal. Así, por ejemplo, si el marido pide el divorcio por adulterio de la mujer, ésta a su vez, podría demandarlo, *bien por la misma causal* o por haber sido condenado el marido por crimen o simple delito" (No. 115, pág. 116, Ed. 1946) —*Los subrayados son de la Corte.*

8. La razón de esta unanimidad doctrinal es obvia: la separación de cuerpos o divorcio no se inspira en el solo criterio de constituir una sanción contra el cónyuge culpable: un *"punitur quia peccatum est",* sino también, como blanco final, en el procurar a favor del inocente y de la prole, y entonces en beneficio de la familia misma, algún remedio al conflicto matrimonial producido por la mala conducta del primero, en la forma de cualquiera de las causales del art. 154 del C. C.

Vale decir que, en el sistema del derecho colombiano, los criterios de *"sanción"* y de *"remedio"* se acoplan y compenetran para informar la causalidad del divorcio, cuyos motivos lesionan los fines del matrimonio, protegidos por la ley en nombre del interés público. Porque si es propio de este interés el que las uniones matrimoniales se lleven en fidelidad y mutua asistencia de los consortes, cumplimiento por ellos de los deberes resultantes de la procreación, orden y sosiego domésticos, no lo es menos que, cuando esos objetivos, resonantes en la buena organización de la sociedad civil, se frustran en todo o en parte trascendente por culpa de cualquiera de los cónyuges, pueda el otro, como víctima de esa culpa, obtener que se remedien las consecuencias de la misma, haciendo que se ponga valladar al desorden, se eviten nuevos daños y, mediante el reajuste legal de la situación crítica producida, se recobre en lo posible la tranquilidad de la existencia.

De aquí el porqué de que las causales de divorcio ocurrentes en cabeza de ambos cónyuges no hayan de compensarse, sino que la conducta de cada uno, constitutiva de una cualquiera de esas causales, legitime al otro para impetrar la separación.

9. Sin embargo, coexistiendo con el criterio del remedio el de la *sanción* en la concepción legal de la finalidad del divorcio, es claro que cuando la falta en que haya incurrido uno de los cónyuges sea consecuencia o resultado de la cul-

pa del otro, no podría este apoyarse en aquella falta de su consorte para impetrar la separación, porque ello equivaldría a aprovecharse de su propia conducta ilícita, que fue determinante de la del primero, contrariando, entonces sí, el espíritu de la citada norma del art. 156 del C. C. Así, en este orden de ideas, cuando uno de los cónyuges por quebrantamiento de sus deberes ha colocado al otro en situación que justifica la suspensión del cumplimiento de los suyos, no podría aquel pretender la separación con base en esta circunstancia consecuencial a su propia culpa, como ocurriría en la hipótesis de que el marido dejase de suministrar alimentos a la mujer desertora del hogar, quien mal podría exigir de aquel que la mantuviera en la evasión y en el desorden.

10. Y cumple advertir que lo expuesto acerca del sentido de este precepto sirve para poner en su punto el entendimiento de la doctrina emanada de anteriores decisiones de la Corte, que por la diversidad de matices podrían dar lugar a pensar que la jurisprudencia ha sido vacilante en la cuestión. Así que en el fondo la tesis del presente fallo armoniza las de los pronunciamientos anteriores.

11. En efecto: En sentencia de casación de 4 de junio de 1937, correspondiente a un juicio de separación de bienes intentado por la mujer contra el marido, dijo la Corte: "El art. 154 del C. C. enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales. ... *La culpa de ambos cónyuges no se compensa*" (XLV, pág. 127).

Y en la de casación de fecha 20 de agosto de 1954, dictada también sobre juicio de la misma especie, de la mujer contra el marido, esta superioridad, acogiendo la tesis que allí había sentado el fallador de segundo grado, se expresó así: "...con mucha razón observa el Tribunal que aún suponiendo 'que la demandante hubiera incurrido en la falta que se le imputa, *esta no compensaría la del marido ni enervaría la acción de aquella*" (LXXVIII, pág. 368).

Pero, refiriéndose a la hipótesis de que el comportamiento culpable de uno de los cónyuges haya determinado la conducta del otro, también la Corte se ha pronunciado en estos términos:

"... habiendo sido la cónyuge *la única responsable* de la turbación de la paz y el sosiego, es imposible ante la ley, la moral y la justicia, que *su* degradación moral le pueda servir de sustentáculo a una demanda de separación de bienes..." (Casación 5 junio de 1933, XLI, pág. 350).

Después, frente a otro caso en que la mujer demandante de la separación de bienes resultó ser "la primera en contravenir a las obligaciones matrimoniales, fugándose, sin razón, del hogar y entregándose luego a una vida licenciosa y adúltera", lo que dio como resultado el abandono por el marido de sus deberes de tal, dijo la Corte lo siguiente: "Sobre el particular, téngase presente que no aparece aceptable que la mujer obtenga el beneficio de separación de bienes *como consecuencia de una culpa que haya cometido* y que fuera suficiente para ocasionar el divorcio por demanda del marido..." (casación 10 julio 1934, XLI Bis, No. 1895 C., pág. 31).

E igual criterio acogió la Corte en la sentencia de 13 de julio de 1956, que reproduce pasajes de las dos últimamente citadas, al decidir una especie análoga de las ventiladas en aquellas (LXXXIII, pág. 240).

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

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

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

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

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

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

13. *El caso del presente negocio.*- Como lo

muestra la motivación de la sentencia impugnada, fue José Rosendo Zutta el primero en quebrantar sus deberes conyugales, maltratando de palabra y de obra a su esposa y dejándola en el abandono, sin que esté demostrada la mala conducta de la misma durante el tiempo en que ellos alcanzaron a convivir; y que fue solamente después de ese abandono cuando ella cayó en la vida disoluta.

Si, pues, los hechos no se discuten y frente a ellos la sentencia deja ver que el Tribunal entendió ser el demandado el responsable de la crisis del hogar y de la ulterior conducta de su esposa, entonces no resulta, como lo pretende el recurso, que la decisión impugnada hubiera quebrantado los arts. 154 y 156 del C. C., en los sentidos que la acusación señala, al decretar la separación de bienes entre José Rosendo Zutta y Sara Rosa Avendaño, por demanda de la última.

En consecuencia, la decisión del Tribunal debe ser sostenida.

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 dieciséis (16) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

REIVINDICACION

Técnica de casación:

Violación directa de la ley sustancial.

Reiteradamente ha destacado la doctrina de la Corte que la violación directa de ley sustancial, como motivo de casación, implica de suyo, por contraposición a lo que a su turno es supuesto lógico de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y que por lo mismo no exista reparo o tacha que oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión de hecho, y como consecuencia del examen de la prueba, hubiera encontrado el sentenciador. En dicha hipótesis, el error jurídico que se alegue contra la sentencia acusada tiene que haberse cometido a partir del momento en que el Juez, dentro del proceso de su razonamiento, y después de haber determinado a la luz de las pruebas la cuestión de hecho, pasa a elegir y a fijar el alcance de las normas que, a juicio suyo, contiene la voluntad abstracta de la ley llamada a disciplinar dicha cuestión de hecho. Es en ese momento cuando el juez puede violar directamente la ley sustancial, bien porque a la norma que aplique, siendo la pertinente, le dé una interpretación contraria a la indicada por sus mismos términos; bien porque esa norma no sea la llamada a regular la cuestión de hecho contemplada; bien porque deje de aplicar la norma pertinente a tal cuestión.

Consecuencia natural y obvia de lo anterior es que, en la demostración de un cargo por violación directa de ley sustancial, el recurrente no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideran inaplicados, o indebidamente aplicados o equivocadamente interpretados, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que este haya hecho de las pruebas. Y ello tiene que ser así, porque si el recurrente, con el fin de poder demostrar un error jurídico, hace incursiones en el campo de los hechos para deducir de allí sucesos diferentes a los trascendentes que en el mismo terreno haya encontrado el Tribunal, tal circunstancia estará poniendo por sí sola de presente que el censor discrepa de la sentencia acusada no sólo en la cuestión de derecho sino también en la de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad sobre lo segundo; y que, por ende, no se trata de violación directa sino de violación indirecta. Situación esta última que configura un motivo especial de casación, sujeto a un régimen técnico también especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: noviembre 26/69. — Acta No. 90).

Se procede 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 Medellín, de fecha 10 de noviembre de 1966, dentro del juicio ordinario reivindicatorio de Elisa Toro Puerta contra Octavio Londoño Isaza.

EL LITIGIO

Ante el entonces Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Medellín, Elisa Toro Puerta demandó a Octavio Londoño Isaza solicitando que por los trámites de un juicio ordinario se declarase que la actora es dueña de un inmueble situado en el área urbana de la ciudad de Medellín, carrera "Abejorral" números 45-71, 75, compuesto de

un lote de terreno y el edificio en él construído, y encerrado por los linderos que la misma demanda relaciona; que se condenase al demandado a restituir dicho inmueble, con sus frutos naturales y civiles; y que se condenase igualmente al citado demandado a pagar las costas del juicio.

Como hechos de la demanda, adicionados en corrección posterior, se afirmaron los siguientes: Que por medio de la escritura 8393 de 31 de diciembre de 1959, de la Notaría 4a. de Medellín, el Pbro. Eduardo Zuluaga R. dijo vender a Juan de Dios Toro P. el inmueble objeto de la reivindicación de que aquí se trata; que por sentencia de 19 de septiembre de 1963, del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio ordinario de Elisa Toro P. contra la sucesión de Juan de Dios Toro P. y otra, se declaró que el acto o contrato de que da cuenta la citada escritura 8393, fue celebrada por Juan de Dios Toro P. "únicamente en el ejercicio del cargo de apoderado general de la señora Elisa Toro P., o sea, que por medio de tal instrumento adquirió para ella el inmueble singularizado en él", y que en consecuencia tal inmueble es de la exclusiva propiedad de la señora Toro P.; que dentro de juicio ejecutivo adelantado en el Juzgado Cuarto Civil de Medellín por Octavio Londoño Isaza contra la sucesión de Juan de Dios Toro P., el ejecutante Londoño Isaza remató y obtuvo la adjudicación del inmueble a que se viene haciendo referencia, entre otros bienes; que Londoño Isaza es el poseedor actual del inmueble, y lo es de mala fe porque él intervino como coadyuvante de la parte demandada en el juicio ordinario antes mencionado, con invocación de su condición de ejecutante en el juicio ejecutivo también mencionado, y porque remató el inmueble a sabiendas de que ya había sido proferido el fallo del Tribunal que declaró que Juan de Dios Toro P. había adquirido para Elisa Toro P.; y que la sentencia del Tribunal a que acaba de aludirse no pudo ser registrada oportunamente porque el Registrador se negó a hacerlo alegando la vigencia del registro del embargo decretado en el juicio ejecutivo de que ya se habló.

Con la oposición de la parte demandada el juicio siguió adelante, y por sentencia de 30 de marzo de 1966 el Juzgado a quo le puso fin a la primera instancia absolviendo a la parte demandada de todos los cargos de la demanda. Por apelación interpuesta por la parte actora, el juicio subió en segunda instancia al Tribunal Superior de Medellín, el cual decidió el recurso mediante fallo de 10 de noviembre de 1966, revocando en todas sus partes el recurrido, y acogiendo en su lugar las peticiones de la demanda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Examinando la presencia en el caso de autos de las conocidas condiciones axiológicas de la acción reivindicatoria, a propósito del elemento "dominio en el demandante", entra el Tribunal a hacer la comparación entre las titulaciones aducidas por una y otra parte, y tras relacionarlas llega a la conclusión de que conforme al art. 1873 del C. C. debe prevalecer el título más antiguo, para destacar en seguida que la actora adquirió el inmueble reivindicado cuando Juan de Dios Toro P., obrando en su propio nombre pero como mandatario de aquella, compró el bien al Pbro. Eduardo Zuluaga, como lo definió el Tribunal en la sentencia de 19 de septiembre de 1963 dictada dentro del juicio ordinario promovido con tal fin por Elisa Toro P. contra la sucesión de Juan de Dios Toro P., sentencia cuyos "efectos retroactivos se remontan al 31 de diciembre de 1959", fecha en la cual se otorgó la escritura que solemnizó la mencionada compraventa. Consideración esta que el Tribunal funda en el carácter declarativo de la sentencia aludida, y en que las sentencias de tal índole no constituyen derechos sino que tan solo los declaran, de suerte que el derecho preexiste al proceso, y la sentencia apenas viene a definir un estado de incertidumbre respecto a aquel, pero sin crearlo, pues "el derecho queda tal como estaba, con la sola condición de su certidumbre. La cosa juzgada no es sino una derivación natural de ese concepto que la doctrina tiene de la sentencia".

Examinando luego el elemento "posesión en el demandado", el Tribunal recuerda que dentro del juicio ejecutivo de Octavio Londoño Isaza contra la sucesión de Juan de Dios Toro P. se decretó el embargo del inmueble en cuestión, el secuestro de sus frutos, y la designación de un secuestre, hechos sucedidos desde 1962, época desde la cual el secuestre viene ejerciendo el cargo. Refutando la insinuación del Juez a quo de que el secuestre en dicho juicio es el poseedor del inmueble, recuerda el Tribunal que los secuestres son sólo meros tenedores de las cosas secuestradas que reciben como tales, lo mismo que la definición del secuestro y la obligación que pesa sobre los secuestres de restituir el depósito al adjudicatario una vez pronunciada y ejecutoriada la sentencia respectiva, citando a estos efectos los arts. 2263, 2280 y 2281 del

C.C.... Observa luego que si en el juicio ejecutivo mencionado no se dio orden al secuestre de entregar lo rematado al rematante Octavio Londoño Isaza, como correspondía conforme al art. 1051 del C. J., "la orden de entrega se entiende que quedó implícitamente dispuesta en la providencia (alude a la aprobatoria del remate), por ser la consecuencia lógica y obligada del pago del precio del bien subastado". Y concluye finalmente diciendo que la señora Elisa Toro P. "tenía que remover el obstáculo que la inhabilita para ejercer la plenitud de su derecho de dominio..., y tenía que encauzar forzosamente la acción contra el causante de este impedimento que es precisamente el señor Londoño Isaza. Luego bien puede reputársele como el poseedor del bien depositado por su causa en el secuestro... y por lo mismo la acción ha sido dirigida contra el obligado a responder en juicio, como poseedor".

EL RECURSO DE CASACION

Formula el recurrente en casación un sólo cargo contra la sentencia del Tribunal, que enuncia como "violación directa de la ley, por infracción directa de la misma, concretamente de los arts. 946, 950 y 952 del C. C., en concordancia con los arts. 2652, numeral 2o., 2673 del mismo estatuto y del art. 635 del C. J. Al intentar hacer la demostración del cargo, critica el censor las consideraciones que adujo el Tribunal para dar por demostrado el dominio de la actora, de un lado, y de otro la posesión en el demandado.

En lo que respecta a la primera, dice la censura que en la figura del mandato sin representación se hace indispensable un segundo acto por el cual "el mandatario transfiera al mandante los efectos de su actuación. Si el causante (Juan de Dios Toro) obró en virtud de mandato sin representación no es válido afirmar, por este aspecto, que el 'título de adquisición de la propiedad' le perteneciera a la Sra. Elisa Toro Puerta, para dar con ello validez a su actuación. A suplir esta deficiencia se encaminó el juicio ordinario promovido por la demandante en contra de los sucesores del señor Juan de Dios Toro Puerta. En efecto, si la sentencia que declara el derecho de la demandante, dentro del mencionado juicio, se le comunicó al señor Registrador para los efectos pertinentes y el registro se llevó a cabo el día 4 de febrero de 1966, no podía, de ningún modo llegar a pensarse que la acción reivindicatoria, la cual fue instaurada mediante libelo de fecha 20 de enero de 1965, hubiera sido presentada por la persona que en aquella época tenía la legitimación activa, puesto que la validez intrínseca del título-sentencia no podía retrotraerse para el solo efecto de convalidar su actuación. Mediante la acción consagrada en el art. 950 privativamente el propietario puede reivindicar, lo que está evidenciado que uno de los presupuestos procesales, a saber la dominalidad, ha debido ser analizado a profusión por el ad quem en primer lugar para constatar si la accionante era, al momento de incoar la demanda, la propietaria del inmueble y si, como secuela de ello, tenía acción para pedir".

Expresa luégo el recurrente que conforme al art. 2652 del C. C. toda sentencia definitiva está sujeta a registro. Y agrega que si la acción reivindicatoria se concede tanto al propietario como al que está en vía de adquirirlo por prescripción "fuerza es concluir que ninguna de las dos calidades ostentaba la demandante"; que admitir la prosperidad de la acción en estas circunstancias, es permitir procedimientos irregulares "ya que con un título cualquiera carente de registro se lograría éxito jurídico, sea cual fuere la razón que se invocare para la imposibilidad de obtener oportunamente aquella nota esencial de validez del mismo"; que el ordenamiento sustancial de cuyo quebranto se trata, halla aplicación en el art. 635 del C. J., según el cual el título debe presentarse con la correspondiente nota de registro; y que "por la indebida estimación de la falta de registro que acusaba el título exhibido se violó el art. 635 del C. J. y esa violación condujo a la no aplicación del art. 946 del C. C.".

Argumenta a continuación que en casos como el que aquí se trata el sentenciador ha debido tener en cuenta que la acción reivindicatoria la concede la ley al que tiene la propiedad bajo cualquiera de sus formas, que aquí era la plena, derecho que la demandante debía tener al momento de instaurar la acción y no en un momento procesal posterior. El sentenciador ha debido deducir que la actora no era dueña cuando demandó, y en consecuencia desestimar su pretensión. "La prueba de la propiedad radicada en la persona de la accionante sólo podía haber sido acreditada por ésta a través de uno de los modos indicados como idóneos para tal fin por nuestro C. C. Ahora bien, los títulos de adquisición de la propiedad inmobiliaria... deben estar inscritos... La sentencia judicial declarativa del derecho de la de-

mandante... no ostentaba dicho registro al momento de la instauración de la demanda reivindicatoria... Por consiguiente, mal podía dársela a aquella una validez legal que no tenía...".

En lo que respecta a las críticas que la censura trae contra la sentencia acusada por haber dado por demostrada la posesión en el demandado, empieza aquella por expresar que conforme al art. 952 del C. C. la acción reivindicatoria puede ejercitarse "incluso contra el poseedor a nombre ajeno o mero tenedor"; pero si la actora prefirió afirmar que la posesión del inmueble la tenía el demandado "y que una diligencia de remate lo colocaba en condición de tal, inevitablemente esta aseveración está desvirtuada por los hechos... Si bien es cierto que Londoño Isaza obtuvo el bien por medio de remate, esta circunstancia no bastaba por sí solo para situarlo en condición de verificar actos de dominio sobre el mismo, ya que no le fue efectivamente entregado. Siendo la posesión de inmuebles un hecho consistente en la posesión de estos con ánimo de señor y dueño, debe comprender, además del registro, el hecho material o sea la voluntad exteriorizada por actos positivos". Dice más adelante el censor que los elementos de la posesión deben complementarse "luego de ser percibidos por hechos suficientemente demostrados y no presumidos o simplemente deducidos de otros", y cita a propósito un paso de la sentencia proferida por el Juzgado a quo en este negocio, paso en el cual se sostiene que en los autos no hay prueba de que el demandado tenga la posesión del bien reivindicado, además de que en posiciones declaró el demandado reiteradamente no ser poseedor por no habérsele aún hecho entrega del inmueble. Y comenta al respecto que ello tiene que ser así; porque el animus "solo alcanza a percibirse en el mundo exterior al través del ejercicio físico de actos de señorío... Para el caso de comprobar la posesión no basta, pues, la mera voluntad, sino que los dos componentes de la relación posesoria aparezcan ante el examen del juzgador indisolublemente unidos... Necesariamente habrá de concluirse que el buen suceso de la acción reivindicatoria está inexorablemente vinculado a la demostración inequívoca, por parte del accionante, de la posesión material del bien que reclama en manos del demandado".

SE CONSIDERA

I.- Reiteradamente ha destacado la doctrina de la Corte que la violación directa de ley sustancial, como motivo de casación, implica de suyo, por contraposición a lo que a su turno es supuesto lógico de la violación indirecta, que por el sentenciador no se haya incurrido en yerro alguno de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y que por lo mismo no exista reparo o tacha qué oponer contra los resultados que en el campo de la cuestión de hecho, y como consecuencia del examen de la prueba, hubiera encontrado el sentenciador. En dicha hipótesis, el error jurídico que se alegue contra la sentencia acusada tiene que haberse cometido a partir del momento en que el Juez, dentro del proceso de su razonamiento, y después de haber determinado a la luz de las pruebas la cuestión de hecho, pasa a elegir y a fijar el alcance de las normas que, a juicio suyo, contiene la voluntad abstracta de la ley llamada a disciplinar dicha cuestión de hecho. Es en ese momento cuando el juez puede violar directamente la ley sustancial, bien porque a la norma que aplique, siendo la pertinente, le dé una interpretación contraria a la indicada por sus mismos términos; bien porque esa norma no sea la llamada a regular la cuestión de hecho contemplada; o bien porque deje de aplicar la norma pertinente a tal cuestión.

Consecuencia natural y obvia de lo anterior es que, en la demostración de un cargo por violación directa de ley sustancial, al recurrente no puede separarse ni aún en lo más mínimo de las conclusiones a que en la tarea del examen de los hechos haya llegado el Tribunal. El desarrollo dialéctico de aquella labor demostrativa tiene que realizarse necesaria y exclusivamente en torno a los textos legales que se consideren inaplicados, o indebidamente aplicados o equivocadamente interpretados, y en todo caso con prescindencia de cualquier consideración que implique divergencia con el Tribunal en relación con la apreciación que este haya hecho de las pruebas. Y ello tiene que ser así, porque si el recurrente, con el fin de poder demostrar un error jurídico, hace incursiones en el campo de los hechos para deducir de allí sucesos diferentes a los trascendentes que en el mismo terreno haya encontrado el Tribunal, tal circunstancia estará poniendo por sí sola de presente que el censor discrepa de la sentencia acusada no sólo en la cuestión de derecho sino también en la de hecho; que la disconformidad sobre lo primero tiene origen en la disconformidad sobre lo segundo; y que, por ende, no se trata de violación directa sino de violación indirecta. Situación esta última que configura

un motivo especial de casación, sujeto a un régimen técnico también especial y distinto en todo caso del que es propio de la violación directa.

II.- Se han hecho las anteriores consideraciones, porque de la sola lectura del cargo en examen, formulado como ya se dijo por violación directa, se desprende que su sustentación arranca básicamente de que el censor estima que el Tribunal dio por establecido el derecho de dominio de la actora y la posesión por el demandado del inmueble objeto de la acción reivindicatoria de que aquí se trata, no obstante que la misma prueba presentada por la demandante indica que ella no era propietaria cuando presentó la demanda y que no media prueba de que el demandado fuera poseedor del inmueble. Es decir, que el cargo viene cimentado en presuntos errores que habría cometido el Tribunal en la apreciación de las pruebas aducidas para acreditar el dominio de la actora y la posesión del demandado, cimentación que como se dejó explicado atrás no es de recibo tratándose de la formulación de un cargo por violación directa.

III.- Pero no es el que acaba de expresarse el único defecto formal que presenta la demanda de casación en examen. Efectivamente, el cargo de violación directa de ley sustancial que en ella se formula, se localiza en el sector de ese tipo de violación correspondiente a la inaplicación del derecho, referida en este caso a los arts. 946, 950, 952, 2652, ord. 2o. y 1673 del C. C., y al 635 del C.J. Pero ocurre que al menos en relación con las tres primeras de las disposiciones citadas, que serían las fundamentales dentro del recurso dada la naturaleza de las restantes, el concepto de infracción directa, entendido en el sentido de falta de aplicación (LXXIV, pág. 25), no pudo darse en el caso de autos.

Ciertamente, la acción ejercitada en la demanda fue la acción reivindicatoria, reglamentada entre otras por los citados arts. 946, 950 y 952 del C. C., y naturalmente fue esa la acción sobre la cual se pronunció el Tribunal en la sentencia acusada, acogiendo todas las peticiones de la demanda. Consecuencia obvia y lógica de lo anterior es que el Tribunal, aunque expresamente no hubiera citado en la sentencia aquellas disposiciones, necesariamente hubo de tenerlas en cuenta para aplicarlas al caso de autos. Y si ello fue así, salta a la vista que el Tribunal no pudo incurrir en infracción directa por falta de aplicación de dichas normas, y que por lo mismo cualquier acusación que en el campo de la violación directa hubiera podido formularse contra la sentencia recurrida, necesariamente habría tenido que ampararse en las demás variantes que esa forma de violación ofrece, o sea en la aplicación indebida o en la interpretación errónea.

Por las razones expuestas, no procede el estudio del cargo.

RESOLUCION

Con base en lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez (10) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio reivindicatorio de Elisa Toro Puerta contra Octavio Londoño Isaza.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

FILIACION NATURAL

Aporte de pruebas al proceso

Una prueba que haya ingresado a los autos por medios diversos a los contemplados en el art. 597, debe ser considerada como sobrepticia o clandestina, y privada de todo mérito por eso mismo. No podrá el juzgador, entonces, fincar en ella su decisión; si obra de modo contrario y la toma en cuenta para tal fin, su apreciación quedará inficionada de error de derecho de doble manifestación: una, por atribuirle trascendencia a pesar de que en realidad su figuración dentro del proceso tiene carácter sólo aparente, es decir, que jurídicamente no forma parte integrante de él; y la otra, por reconocerle mérito probatorio sin tenerlo, desde luego que cuando la ley le asigna una fuerza de convicción a un medio de prueba, es bajo el supuesto de que su producción haya estado rodeada de la totalidad de los ritos y formalidades exigidos al respecto por la misma ley, entre ellos en primer término el de que haya sido debidamente introducida al juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación civil — Bogotá, tres de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve.

Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada).

(Aprobación: noviembre 28/69. - Acta No. 91).

Se procede a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Espinal, en el juicio ordinario de filiación natural promovido por Angelmiro Parra y otros contra la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán, representada por Vicenta e Isabel Rodríguez Farfán.

EL LITIGIO

Angelmiro, José Ulises, Gustavo, Franquelina y Servando Parra demandaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Cunday a la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán, representada por sus hermanas Vicenta e Isabel, para que por los trámites de un juicio ordinario se les declarase hijos naturales del citado Gustavo Rodríguez Farfán y titulares del derecho a heredar a este conforme a las reglas de la sucesión intestada, y se condenase a la parte demandada a restituir a los actores los bienes de la herencia, con los frutos naturales y civiles producidos desde el día de la muerte del causante hasta la fecha de la inscripción de la sentencia de partición correspondiente, hasta concurrencia de lo que a cada uno toque.

En los hechos fundamentales de la demanda se afirmó que Victoriana Parra concibió y dio a luz a los actores, con indicación de la fecha de nacimiento de cada uno de ellos; que estos nacieron estando Victoriana Parra soltera, y a consecuencia de relaciones sexuales estables y notorias habidas entre ella y Gustavo Rodríguez Farfán, en las circunstancias previstas en el art. 4o., ord. 4o., de la Ley 45 de 1936; que igualmente entre Gustavo Rodríguez Farfán y los actores medió durante más de diez años el tratamiento propio de padre e hijos, habiendo velado aquel por la subsistencia, educación y establecimiento de estos, en forma que el vecindario los tuvo como hijos de Rodríguez Farfán; que el presunto padre falleció en Villarrica dejando bienes de fortuna que la demanda relaciona; y que la herencia está representada por las demandadas, como hermanas del causante, y a quienes el libelo identifica con los nombres de Vicenta e Isabel Farfán. Entre otros documentos, a la demanda se acompañó copia del auto de apertura de la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán. en el cual se hace el reconocimiento de Vicenta Rodríguez Farfán v. de Hernández e Isabel Rodríguez Farfán como herederas de aquel, en su condición de hermanas legítimas suyas.

Vicenta Rodríguez Farfán v. de Hernández e Isabel Rodríguez Farfán comparecieron espontáneamente al juicio por intermedio de apoderado que designaron al efecto, quien con-

testó la demanda negando los hechos y oponiéndose a las peticiones.

Surtidos los trámites pertinentes, practicadas pruebas pedidas por las partes, y fallado en primera instancia por el Juzgado a quo, el negocio subió en apelación al Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, el cual por providencia de 31 de octubre de 1962 declaró nulo todo lo actuado a partir de auto admisorio de la demanda. Repetida la actuación de la primera instancia, el Juzgado le puso fin mediante sentencia en que negó las peticiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora. Por apelación interpuesta únicamente por el demandante Angelmiro Parra, el negocio subió al conocimiento del Tribunal del Distrito Judicial de Espinal, que en virtud de la reforma judicial era ya el competente. Por fallo de 5 de septiembre de 1966 dicho Tribunal desató el recurso revocando el apelado en cuanto respecta al recurrente Angelmiro Parra, y haciendo en su lugar en favor de éste las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Luego de precisar el fallador de segunda instancia que contra la sentencia absolutoria de primera sólo recurrió el demandante Angelmiro Parra, y que por lo mismo únicamente en relación con este procedía el reexamen de la cuestión litigiosa, entra a estudiar las causales de filiación invocadas en la demanda y su prueba, y no encuentra demostrada la primera de ellas, o sea la de relaciones sexuales estables y notorias. Pasando al examen de la segunda, o sea a la de posesión notoria, analiza los testimonios aportados para demostrarla, y en esta tarea llega a la conclusión de que los testimonios de Angel María Sánchez y Román Gaitán Rodríguez son de oídas; que el de Cristóbal Sánchez es vago, de un lado, a más de que no refiere hechos de importancia relativos a la posesión notoria; que el de Arcadio Lozano Morales es contradictorio, y debe por lo tanto ser desechado; pero los de Damiana Rodríguez v. de Patiño, José Vicente Cardozo y Ana María Leal v. de Contreras sí son irreprochables, y configuran el conjunto necesario para demostrar irrefragablemente que Angelmiro Parra tuvo durante más de diez años la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Gustavo Rodríguez Farfán. Con base en estos tres últimos testimonios, pues, revocó la sentencia recurrida en cuanto al apelante Algemiro Parra respecta, y acogió en favor de este las peticiones de la demanda, luego de desechar la tesis aducida por la parte demandada de que, por haber muerto el presunto padre, la acción de filiación había quedado extinguida por falta de legítimo contradictor.

LA DEMANDA DE CASACION

El recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del Tribunal, se sustentó mediante demanda en la cual se formulan tres cargos por la causal primera, el primero por violación directa y los otros dos por violación indirecta.

Primer cargo.- Se hace consistir en que la demanda se dirigió contra la sucesión ilíquida de Gustavo Rodríguez Farfán, representada por sus herederas, lo cual significa que habiendo muerto ya el presunto padre cuando se promovió el litigio, los pronunciamientos solicitados no podían producirse por haber extinguido dicha muerte la pretensión. Se remite el recurrente a lo expuesto por él en sus alegatos de instancia respecto a la falta de legítimo contradictor en este juicio, y afirma que haber el Tribunal declarado la filiación natural demandada, sin tener en cuenta esta circunstancia, violó directamente los arts. 401, 402 y 403 del C. C., y 4o. ords. 5o., 6o., 7o. y 21 de la Ley 45 de 1936, lo mismo que el 370 del C. C. en conjunción con los números 32 y 33 del Decr. 1003 de 1939, así: los arts. 401, 402 y 403 del C. C., y el 4o., ord. 5o. de la Ley 45 de 1936, por haberles atribuído el fallo alcances que no les pertenecen "cual es sustituir al 'legítimo contradictor', en debate de paternidad, que lo es el padre vivo, por los herederos del padre fallecido. Dejando de aplicar los ordenamientos premencionados, debiendo hacerlo". El art. 404 del C. C. "por interpretación errónea, dado que, el sentenciador, aplica un precepto inaplicable al caso ventilado en el litigio, pues, no era aplicable", como quiera que él sólo autoriza a los herederos para representar al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, pero después de la contestación de la demanda, no al fallecido con antelación al establecimiento de la pretensión, caso en el cual dicha pretensión se extingue; por consiguiente "la errónea interpretación de la disposición consistió en aplicar la excepción, como si fuera, sin serlo, la regla general. Esto es, aplicó precepto inaplicable, el art. 404 del C. C., al mismo tiempo que omitió aplicar el art. 7o. y 21 de la Ley 45 de 1936". Y los arts. 4o. ords. 5o., 6o. y 7o. y 21

de la Ley 45 de 1936, al igual que el 370, en relación con los 32 y 33 del Decr. 1003 de 1939, por aplicación indebida al caso del litigio.

Se considera

El cargo en estudio pretende traer nuevamente a discusión ante la Corte un tema que, como es el relativo a la cuestión del legítimo contradictor en materia de juicios de paternidad, fue definitivamente precisado por ella mediante doctrina que se consolidó al través de múltiples sentencias suyas, a partir de la de 1o. de octubre de 1945 (LIX, 682). Ninguna razón encuentra hoy la Corte para variar la línea de pensamiento seguida por ella en la aludida doctrina, ni la incita a hacerlo el cargo que ahora tiene entre manos, cargo que, al pretender sustentar tesis opuesta a aquella, no deduce puntos de vista nuevos sobre el particular, sino los mismos que con igual pretensión le fueron, invocados sin éxito en oportunidades anteriores. Se remite la Corte en la presente ocasión, pues, a la mencionada doctrina suya, la cual, por lo demás, en la forma que saca avante la exactitud con que fueron interpretados los textos legales a que se refiere, fue elevada a la categoría de norma legal, aunque con limitaciones de tiempo, como se ve del texto del art. 10 de la Ley 75 de 1968.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Segundo cargo.- Viene formulado por error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, con la consecuencial violación de ley sustancial. En el intento de demostrarlo hace el censor una extensa exposición, cuya sustancia consiste en síntesis en lo siguiente:

Anticipó el Tribunal que del examen de la prueba excluía la que quedó cobijada por la nulidad procesal decretada dentro del juicio y que en tal virtud sólo tendría en cuenta la practicada a raíz de la reposición de la actuación aludida. Dentro de este planteamiento, analizó los testimonios que obran a partir del fl. 50 del cdno. No. 2, que son siete en total, entre ellos los de Ana María Leal v. de Betancourt, Damiana Rodríguez v. de Patiño y José Vicente Cardozo, únicos que encontró satisfactorios para acreditar la posesión notoria del estado civil de hijo natural invocada por Angelmiro Parra, pues por distintas causas desechó los otros cuatro. En los tres testimonios mencionados, pues, el Tribunal halló el conjunto necesario para establecer de manera irrefragable dicha posesión notoria, y por eso declaró la filiación natural pretendida.

Al apreciar así la declaración de Ana María Leal v. de Betancourt, el Tribunal incurrió en error de derecho, por la circunstancia de que dicho testimonio no fue pedido por ninguna de las partes en el juicio, a raíz de la reposición de la actuación anulada, ni fue por lo mismo decretado, ni quedó incluído en el despacho comisorio librado por el Juzgado a quo como comitente al Juzgado Promiscuo de Villarrica, como comisionado. No obstante todo lo cual el citado Juzgado comisionado, saliéndose de los términos de la comisión y usurpando jurisdicción por lo tanto (art. 135 del C. J.), recibió declaración a la Sra. Leal v. de Betancourt. De esta suerte, el referido testimonio no forma parte integrante del proceso, por no haber sido aportado en ninguna de las oportunidades en que conforme al art. 597 del C. J. debe toda prueba ser allegada al juicio, y no podía por lo mismo ser apreciado por el sentenciador, sin violar los principios de inmediación, contradicción, publicidad y el de la tarifa legal que dominan el régimen de derecho probatorio.

Si con los testimonios de José Vicente Cardozo, Damiana Rodríguez v. de Patiño y Ana María Leal v. de Betancourt configuró el Tribunal el conjunto mínimo necesario para dar por demostrada la posesión notoria, dado que dos de ellos no constituyen a este efecto, conforme a la ley, un conjunto suficiente, al haber de eliminarse por las razones dichas el de la Sra. Leal v. de Betancourt queda roto aquel conjunto mínimo y por lo tanto destruida la prueba de la posesión notoria declarada en la sentencia.

Critica por otra parte el recurrente los testimonios de José Vicente Cardozo y Damiana Rodríguez v. de Patiño, considerándolos faltos de espontaneidad, imprecisos y faltos de responsividad, a más de que no expresan datos denotativos del tractus, ni señalan fechas relativas al período continuo de diez años exigido por la ley al respecto. Ataca en especial el testimonio del declarante Cardozo porque, afirma el censor, se trata de testigo de oídas, según el mismo testigo lo manifiesta expresamente en términos que el sentenciador "no alcanzó a leer", y por serlo no tiene fuerza su dicho.

Al haber dado por probada la posesión notoria de hijo natural a Angelmiro Parra, con base en la prueba testimonial referida, y al haberlo declarado tal con respecto a Gustavo Rodríguez

Farfán, sigue diciendo el recurrente, quebrantó el Tribunal los arts. 135, 593, 594, 596, 597, 696, 697, 698 y 701 del C. J. y 399 del C. C., por haberle conferido mérito demostrativo a la aludida prueba testimonial, siendo ella inestimable e invalorable por las razones antes alegadas. Y al través de estas infracciones, el sentenciador quebrantó indirectamente los arts. 399 del C. C. y 7o. de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida, lo mismo que el 370 del C. C. y los 31 y 32 del Decr. 1003 de 1939, el 398 del C. C., y los arts. 4o., numerales 5o. y 6o. y 21 de la Ley 45 de 1936.

Vuelve el recurrente sobre la demostración del cargo, y expresa que eliminados los testimonios de la señora Leal v. de Betancourt, por no haber llegado debidamente al proceso, y el de José Vicente Cardozo por ser de mera referencia o de oídas, queda sólo el de la Sra. Damiana Rodríguez v. de Patiño, que, en supuesto de que fuera inobjetable, por ser testimonio único no sería estimable y valorable según el art. 696 del C. J., la violación del cual, lo mismo que la del art. 697 ibídem, llevaron al Tribunal a violar los arts. 370, 398 y 399 del C. C., y los arts. 4o., numerales 5o., 6o. y 7o. y 21 de la Ley 45 de 1936, por aplicación indebida.

Sostiene más adelante, con base en transcripción parcial del art. 399 del C. C., que "la exigencia de un conjunto de testimonios fidedignos, irrebatibles, no se integra con meras y solas declaraciones de testigos, sino que han de ir acompañadas de antecedentes escritos, como cartas, instrumentos públicos, presunciones". Y que la posesión notoria de estado civil de hijo debe haber comenzado desde el nacimiento del hijo, y referirse a ambos padres. Circunstancias todas estas que no se satisfacen probatoriamente en el caso de autos.

Tras enunciar de nuevo las disposiciones legales antes citadas como infringidas, termina el censor diciendo que la infracción de los arts. 696, 697, 698, 700 y 701 del C. J., llevó al Tribunal "a romper el sistema vertebral de la administración de justicia, articulado en el precepto 26 de la C. N., que dejó quebrantado, conjuntamente con el art. 343, disposición sustancial contenida en el C. J. También, por vía indirecta y concepto de por falta de aplicación al pleito, siendo de aplicarse".

Se considera

I.- Por aplicación del principio dispositivo que rige el proceso civil, la integración del contenido material de este queda subordinado a la voluntad de las partes tanto en cuanto a la cuestión de hecho respecto de la cual se solicita al pronunciamiento de la sentencia, como también, por regla general, en lo que mira a la instrucción de la causa, y más concretamente a la determinación del material probatorio que a aquella ha de aportarse para efectos del dicho pronunciamiento.

Viene a resultar así, entonces, que la actividad procesal de las partes implica una circunscripción o delimitación de la órbita dentro de la cual el juez puede desarrollar sus facultades y funciones, en diversos sentidos: primero, en el de que él no puede desplegar su actividad jurisdiccional sino a condición de que sea solicitada su intervención mediante demanda debidamente formulada; y, segundo, en el de que su decisión solo puede referirse al material de conocimiento que le hayan suministrado las partes, esto es, únicamente a lo que se le ha pedido y a la causa en razón de la cual se le hayan hecho las peticiones, de un lado, y de otro teniendo en cuenta exclusivamente los elementos de convicción o pruebas traídas por ellas al proceso, salvo respecto a esto último los casos excepcionales en que la ley le concede iniciativa en cuanto a la producción de dichos elementos de convicción.

A las ideas que se acaban de expresar corresponde, resumiéndolas, el conocido aforismo "iudex indicare debet secundum alligata et probata partium". Y constituyen también el contenido doctrinario del art. 593 del C. J., que las condensa en los siguientes términos: "Toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente Título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas".

II:- Como se ha dejado visto, en virtud del principio dispositivo incumbe a las partes aportar la prueba de los hechos afirmados por ellas en apoyo de sus pretensiones. Mas para cumplir con esa carga, no les brinda el proceso libre vía. Sino que por aplicación de otros principios procesales como son los de publicidad y contradicción, la ley regula de manera taxativa los caminos al través de los cuales los distintos medios probatorios contemplados por ella misma necesariamente han de llegar al jui-

cio, so pena de que quede inhabilitada su apreciación. Al regular esas vías únicas de acceso de la prueba al proceso, la ley lo hace procurando ante todo garantizar el derecho de cada parte a impugnar las pruebas producidas por la otra, y aún las decretadas oficiosamente por el juez, cuando es el caso, impugnación que puede tener lugar ya sea en forma mediata, esto es, acudiendo a contrapruebas, ya sea en forma inmediata, o sea atacando la prueba en sí misma, en procura de desvirtuar su fuerza de convicción.

Es así como el art. 597 preceptúa: "Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso. 1o. Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas. 2o. Por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes. 3o. Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión. 4o. Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esta facultad".

III.- Se deduce de todo lo anterior, entonces, que entre los arts. 593 y 597 del C. J. existe una relación estrecha, en el sentido de que las pruebas en que el Juez debe fundar cualquier decisión suya, según la primera de tales disposiciones, no pueden ser sino las que se hayan incorporado al proceso por alguna de las puertas de entrada especialmente previstas al efecto por la segunda de aquellas.

En consecuencia, una prueba que haya ingresado a los autos por medios diversos a los contemplados en el citado art. 597, debe ser considerada como subrepticia o clandestina, y privada de todo mérito por eso mismo. No podrá el juzgador, entonces, fincar en ella su decisión; si obra de modo contrario y la toma en cuenta para tal fin, su apreciación quedará inficionada de error de derecho de doble manifestación: una, por atribuirle trascendencia a pesar de que en realidad su figuración dentro del proceso tiene carácter sólo aparente, es decir, que jurídicamente no forma parte integrante de él; y la otra, por reconocerle mérito probatorio sin tenerlo, desde luego que cuando la ley le asigna fuerza de convicción a un medio de prueba, es bajo el supuesto de que su producción haya estado rodeada de la totalidad de los ritos y formalidades exigidos al respecto por la misma ley, entre ellos en primer término el de que haya sido debidamente introducida al juicio.

IV.- En el caso de autos ocurre que, al volver a surtirse toda la actuación de la primera instancia, como consecuencia de la nulidad que de la inicialmente ventilada decretó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, entonces competente, a partir del auto admisorio de la demanda, en el respectivo término para pedir pruebas la parte actora solicitó la recepción de varios testimonios que había también pedido en la ocasión anterior, pero sin incluir entre ellos el de la Sra. Ana María Leal v. de Betancourt. Decretada por el Juzgado tal prueba, comisionó al Promiscuo de Villarrica para que la practicara, desde luego sin incluir ni en el auto que la decretó, ni en el despacho librado para efectos de la comisión, el testimonio de la citada Sra. Leal v. de Betancourt. No obstante todo ello, el Juzgado comisionado al evacuar la comisión resolvió motu proprio recibirle declaración a la mencionada señora, y con la inclusión de ella devolvió diligenciado el despacho comisorio al Juzgado comitente.

Sin reparar en que la declaración comentada no había sido objeto del memorial de pruebas, ni decretada, ni en que el Juzgado comisionado al recibirla incurrió en usurpación de jurisdicción que hizo nula la respectiva diligencia de recepción (art. 135 del C. J.), ni, en una palabra, en que tal declaración era enteramente ajena al proceso y por lo mismo inestimable, en la sentencia recurrida fue tomada en cuenta por el fallador de segunda instancia, y ello de modo trascendental por cuanto la sumó a las de otros dos testigos para configurar con las tres el conjunto mínimo de testimonios fidedignos indispensables conforme a la doctrina del art. 399 del C. C. para que la posesión notoria de un estado civil pueda ser admitida como prueba del respectivo estado, en los casos en que la ley la permite.

En estas circunstancias, y habida consideración tanto a lo expuesto atrás en torno al significado de los arts. 593 y 597 del C. J., como a alguno de los razonamientos y conclusiones que, mirados desde el punto de vista del recurso de casación, contiene el cargo que se examina, encuentra la Corte que efectivamente el Tribunal Superior de Espinal incurrió en error de derecho al estimar la comentada prueba, error de derecho que, dentro de la estructura de la sentencia recurrida, condujo a la violación del art. 4o., numeral 5o., de la Ley 45 de 1936.

V.- Se deduciría de lo que acaba de expresarse la casación del fallo recurrido, si no fuera que la Corte halla que, colocada en el plano de juzgadora de instancia, llegaría al resultado final de declarar a Angelmiro Parra hijo natural de Gustavo Rodríguez Farfán, por posesión notoria de tal estado civil, es decir, al mismo a que llegó el Tribunal, aunque con base probatoria parcialmente distinta.

En efecto, si decidiera en instancia la Corte vería:

a) Que compartiría la estimación valorativa que en pro de la demostración de la posesión notoria del estado de hijo natural de Angelmiro Parra le asignó el Tribunal a las declaraciones, individualmente consideradas, de Damiana Rodríguez de Patiño y José Vicente Cardozo, y no aceptaría por lo mismo los reparos que a ellas les hace el recurrente en la demanda de casación. Contra la opinión de éste, nada indica que tales declaraciones estén afectadas de falta de espontaneidad, sino todo lo contrario, máxime si se tiene en cuenta la forma como los testigos afrontaron satisfactoriamente el alud de repreguntas a que fueron sometidos; son responsivas, exactas y completas en lo necesario, sin que la circunstancia de que no indicaran fechas en relación con el momento en que principiaron y terminaron los hechos constitutivos de la posesión notoria a que se refieren, permita tacharlos de imprecisos, pues es excesivo exigir exactitud matemática en el testimonio, aparte de que la precisión misma, tratándose de la información sobre hechos ocurridos en tiempo relativamente lejano, más que afianzar un testimonio lo que haría sería debilitarlo por exponerlo a sospecha de aleccionamiento. En relación con el tiempo de ocurrencia de hechos constitutivos de posesión notoria de un estado civil, lo que importa es que el conjunto de testimonios que los acrediten se refieran a una misma época que abarque un período de diez años, lo que ocurre en las declaraciones comentadas.

b) Que encontraría especialmente injustificado el reparo principal que el recurrente le hace al testimonio de José Vicente Cardozo, cual es es de considerarlo como de oídas o de mera referencia. En efecto, se sostiene que tal testimonio es de oídas, porque según palabras del recurrente: "Lo dice él mismo (el testigo), en estos términos: Lo que dije anteriormente... lo dije en parte porque me consta y en parte porque oí decir lo que afirmé ". Pero si se compara la frase que el recurrente pone en boca del testigo, con lo que este realmente dijo, se ve que aquella fue transcrita cercenándola acomodaticiamente, para darle un sentido distinto al verdadero, pues lo que el testigo realmente dijo, al ser preguntado sobre si en ocasión anterior había declarado en este juicio y ante el mismo funcionario, fue lo siguiente: "Sí señor, declararé en este mismo despacho y sobre el mismo juicio, habiéndoseme hecho preguntas diferentes a las actuales y posiblemente habiendo contestado también, diferentemente a lo de hoy. Lo que declaré, anteriormente, o sea en la primera vez que declaré, lo dije en parte porque me consta y en parte porque oí decir, lo que afirmé (fls. 84 v., in fine, del cdno. No. 2).

c) Que estimaría la declaración del testigo Arcadio Lozano Morales, equiparándola en su valor intrínseco a las de Damiana Rodríguez de Patiño y José Vicente Cardozo, por considerar que un examen integral de ella, que atendiera más a su fondo que a su forma, conduciría a demostrar que son más aparentes que reales las contradicciones que llevaron al Tribunal a rechazarla, ya que esas presuntas contradicciones no versan sobre puntos de importancia (art. 701 del C. J.). Y aún encontraría en otros testimonios, también rechazados por el Tribunal, aspectos aprovechables para formar convicción judicial. Y,

d) Finalmente, que habida cuenta del claro texto de los arts. 399 del C. C. y 6o. de la Ley 45 de 1936, no participaría de la opinión de la parte demandada acerca de que la prueba testimonial de la posesión notoria de un estado civil no sea admisible sino cuando esté acompañada de "antecedentes escritos, como cartas, instrumentos públicos, presunciones", y de que en materia de posesión notoria del estado de hijo natural tal posesión deba demostrarse en relación con ambos padres, y haber empezado desde el momento mismo del nacimiento del presunto hijo.

En síntesis, pues, aunque el error de derecho en la apreciación de la prueba sustentado en el cargo que se examina está demostrado, no procede la casación de la sentencia acusada en vista de que otros medios probatorios obrantes en autos darían cimentación a lo resuelto en esta.

Tercer cargo.- Se formula por error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la demanda y de la copia del auto de declaratoria de herederos en el juicio de sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán, a consecuencia de lo cual se violaron por vía indirecta los arts. 370, 395. 398,

399, 946 a 964, 1321 a 1325 del C. C., 4o., numeral 5o. y 6o., 7o. y 21 de la Ley 45 de 1936, lo mismo que el 343 del C. J., y los arts. 32 y 33 del Decr. 1003 de 1939.

El error manifiesto de hecho imputado se hace consistir en que el libelo de demanda fue dirigido "contra la sucesión de D. Gustavo Rodríguez Farfán, representada por Vicenta e Isabel "Farfán" —sic— (parte petitoria y motiva también)", y en que el apoderado de Angelmiro Parra "dijo en algunos apartes (se refiere al libelo de demanda) actuar en nombre de 'Angelino' (sic) Parra". Por haber ignorado estas afirmaciones de la demanda, el Tribunal "fulminó su fallo en perjuicio de Vicenta e Isabel Rodríguez Farfán, que no son las personas convidadas como oponentes a la disputa, es decir, las obligadas a responder por hechos o cosas peticionadas".

Se considera

La ostensible improcedencia sustancial del cargo, permite pasar por desapercibidos defectos de técnica de que adolece su formulación, como es, entre otros, el de no haberse precisado el concepto en que hayan sido violadas las disposiciones que se citan como infringidas.

El cargo es manifiestamente justificado, porque estando en forma suficientemente identificadas en el juicio las personas físicas del actor Angelmiro Parra y de las demandadas Vicenta e Isabel Rodríguez Farfán, pierde todo interés la circunstancia accidental de que en la demanda se haya aludido a aquel, ocasionalmente, nombrándolo "Angelino", y a estas llamándolas "Vicenta e Isabel Farfán". Por lo que respecta especialmente a las demandadas, si bien en la parte petitoria de la demanda se expresa que ella se dirige contra la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán "representada por Vicenta e Isabel Farfán", en su parte expositiva se afirma que las herederas de aquel son "sus hermanas Vicenta e Isabel", y a la misma demanda se acompañó copia del auto de apertura del juicio de sucesión y de reconocimiento de herederos de Gustavo Rodríguez Farfán, reconocimiento que allí figura hecho en favor de Vicenta e Isabel Rodríguez Farfán en su condición de hermanas legítimas del causante.

En estas circunstancias, el Juzgado admitió la demanda entendiendo rectamente que iba dirigida contra quienes realmente se propuso, o sea contra las hermanas de Rodríguez Farfán, y fue con ellas con quienes quedó trabada la relación procesal. Así las cosas, es absolutamente infundado el error de hecho de que habla este cargo, el cual por lo mismo se rechaza.

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 de fecha cinco (5) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Espinal en el juicio ordinario de Angelmiro Parra y otros contra la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán.

No se causaron costas en el presente recurso.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

REMOCION DE GUARDADOR

Técnica de casación, causal primera, error de hecho y error de derecho.

Cuando los cargos en casación no se formulan con la técnica pertinente, la Corte queda inhibida para abocar la consideración de los pretendidos quebrantos del derecho sustancial que constituirían el fondo de la impugnación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández.

(Aprobación: noviembre 28/69. — Acta No. 91).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 25 de enero de 1967 en el juicio ordinario de Germán Vásquez Vélez frente a Joaquín Arango Restrepo.

EL LITIGIO

Germán Vásquez Vélez formuló demanda ante el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Medellín contra Joaquín Arango Restrepo para que, por los trámites de la vía ordinaria, se decretase la remoción de este del cargo de tutor y curador de los menores Tomás María, José Gabriel, Martha del Pilar e Iván de Jesús Vásquez Ospina; se condenase a dicho demandado a indemnizarles a sus pupilos los perjuicios causados, y se ordenase la investigación penal correspondiente, en el evento de que en la secuela del juicio apareciese hecho constitutivo de delito.

Los hechos de la *causa petendi* pueden compendiarse así:

El actor es tío carnal de los ya nombrados menores, quienes son hijos de Gabriel Vásquez Vélez y Martha Ospina, ambos fallecidos; por testamento recogido en la escritura 3482 otorgada en la Notaría 1a. de Medellín el 27 de julio de 1955, la madre de los menores designó a Joaquín Arango Restrepo como tutor de todos sus hijos mientras estos fueran impúberes y como su curador para cuando llegaran a la pubertad; el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Medellín admitió el precitado nombramiento el 6 de julio de 1956, le dio posesión del cargo a Arango Restrepo el 9 de noviembre del mismo año, fecha en la cual también le hizo el respectivo discernimiento, en consideración a que este había confeccionado el inventario solemne de ley, mediante la escritura 1802 otorgada en la Notaría 2a. de Medellín el 3 de agosto de 1956; el demandado comenzó a desempeñar el cargo, menos en cuanto a la crianza y educación de sus pupilos, quienes fueron confiados a la abuela materna de los mismos, Concepción Vásquez de Ospina, "aun cuando el curador debía suministrarles lo necesario para ellos; pero ignoro si lo habrá hecho o no, aun cuando creo que no se haya cumplido con esa obligación porque los menores Tomás María y Gabriel José tuvieron que ser recogidos por mis hermanas Pastora y Maruja Vásquez pocos meses después de muerta la madre de dichos menores porque estaban abandonados, y suministrarles alimentos, vestidos, educación, drogas, médicos, etc., y aún lo están haciendo teniéndolos bajo su protección y cuidado, sin que Arango les haya retribuído a las benefactoras los dineros que esos menesteres han demandado"; Arango dispuso de 400 cabezas de ganado que pastaban en la finca Maragón, sita en el Municipio de Sahagún, de propiedad de los menores, inmueble que fue recibido por aquel en perfecto estado y que hoy se encuentra en completo abandono, en rastrojeras, sin alambrados y con ganados ajenos por haber vendido los propios"; el demandado pretende vender el mencionado inmueble, único bien que les resta a los menores "porque ya dispuso de los semovientes y de otros bienes que si no los vendió los dejó perder por descuido y negligencia como son tractores y maquinaria agrícola"; el curador también ha recibido considerables sumas de dinero por utilida-

des en ganadería, ya que la finca es de gran capacidad para esta explotación, a pesar de lo cual "a los menores los ha desamparado y descuidado en toda forma", a lo que se agrega que corre el rumor de que Arango tiene vendido el fundo a menos precio, "sin que haya necesidad de la venta y menos utilidad manifiesta"; la negligencia del demandado en lo que toca con la atención a la congrua subsistencia y educación de los pupilos es motivo para removerlo del cargo de guardador de estos, al que se suma la presunción de descuido habitual en su administración cuando se han deteriorado los bienes o han disminuído considerablemente sus frutos" que es lo que viene ocurriendo con la inepta, descuidada y dolosa administración del tutor a que me vengo refiriendo, pues la finca o hacienda Maragón no vale la mitad de lo que valía cuando la recibió Arango, a pesar de que la moneda está devaluada en la actualidad".

El libelo indicó para que se les oyese como parientes de los menores, a Jorge, Pastora y Maruja Vásquez Vélez, quienes se pronunciaron en pro de la remoción solicitada por el actor.

Admitida la demanda, y designado y posesionado curador interino, según lo pedido en esta, el demandado, en uso del traslado respectivo, se opuso a las súplicas del actor, aceptó algunos de los hechos en que estas se fundan y negó otros.

Surtidos los trámites de la primera instancia, con audiencia del Agente del Ministerio Público, dentro de los cuales Tomás Vásquez Ospina, ya mayor de edad, corroboró las peticiones del actor, al paso que Concepción Vásquez de Ospina, abuela materna de los menores y a cuyo cuidado quedaron estos por disposición testamentaria, manifestó desacuerdo con lo solicitado por este, el Juez del conocimiento dictó sentencia desestimatoria de las súplicas del libelo y le ordenó al demandado rendir cuentas de su administración al curador interino dentro de un término de cuarenta días.

Abierto y surtido el segundo grado del juicio por apelación de las partes y del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Medellín pronunció el fallo de fecha 25 de enero de 1967, por el cual revocó la sentencia recurrida y, en su lugar, decretó la remoción del demandado Arango Restrepo del cargo de curador de los menores Gabriel José, Martha del Pilar e Iván de Jesús Vásquez Ospina, a quienes "se proveerán de curador conforme al respectivo trámite y según las provisiones de la ley"; y declaró que "no es el caso de resolver ahora sobre si el curador removido debe indemnizar perjuicios y tampoco de ordenar investigación penal".

LA MOTIVACION DEL TRIBUNAL

Verifica el sentenciador que el demandado Arango Restrepo confesó en posiciones haber celebrado un contrato de promesa de venta del inmueble de sus pupilos con Julio Hernández Gil y que, en virtud de tal contrato, hizo la entrega de aquel, hechos corroborados en declaración por el nombrado Hernández. Advierte que, a pesar de que a los autos no se adujo el documento contentivo de la promesa, "dado el contenido del presente proceso, resulta certeza acerca de su celebración, del obrar del opositor". Recuerda que nuestra legislación, con miras a la protección de los incapaces, regula las actividades de los guardadores relativas a la enajenación y gravamen de los bienes inmuebles de los pupilos, exigiendo para el efecto una autorización judicial condicionada a la demostración de la utilidad manifiesta o de la necesidad de tales actos dispositivos, y sujeta a un procedimiento previo, especial e inexcusable, dentro del cual deben ser oídos el Ministerio Público y los parientes, como también ha de practicarse el justiprecio pericial de los bienes de cuya enajenación se trata, para luego sí proceder al remate de los bienes con todos los requisitos propios de este acto.

De las precitadas consideraciones, concluye el sentenciador que los guardadores de los incapaces no están legitimados para celebrar de modo incondicional promesas de venta de los inmuebles de sus pupilos, como quiera que en ellas debe determinarse el precio que bien puede ser diferente del señalado pericialmente en el juicio de venta, de donde resultaría que la promesa no se pudiera cumplir en el evento de presentarse al remate postores distintos y no vinculados por ella. De otro lado, estando la ponderación de la utilidad o de la necesidad de la venta atribuidas al Juez y no al guardador, es claro que este no puede decidir a su arbitrio sobre el particular. "No sobraría agregar que la promesa de contrato es exigente de plazo preciso, en relación con el cual puede surgir una situación equívoca por desconocimiento del momento en que el Juez autorice el remate y de la fijación del día para llevarlo a cabo si prometida una venta de bien o bienes de incapaces esta no se lleva a término por ne-

gativa del Juez a autorizarla, por incumplimiento del prometiente comprador o por otra causa, en veces podrá acontecer que se haga necesario el avance de acción judicial acerca de resolución o extinción de la promesa, lo que de suyo es inconveniente para los intereses de los incapaces. Más notoriedad toman esos inconvenientes si al prometiente comprador ha sido entregado materialmente el respectivo bien, para cuya recuperación podrá ser menester solucionarle valor de mejoras, etc.".

Seguidamente entra el fallo a juzgar la conducta del demandado en lo tocante al hecho por él confesado de haber celebrado promesa de venta relativa al inmueble de los pupilos, en los siguientes términos: "Al expediente no se aportó prueba alguna indicativa de que en realidad hubiera necesidad de enajenar la finca o de que la correspondiente enajenación les trajera positiva utilidad, y entonces no aparece justificación del acto de quien es demandado, el que tampoco estableció que el precio acordado fuese efectivamente favorable a los menores. De consiguiente, puede verse en la promesa mencionada una culpa grave del curador (art. 63 C. C.), el que no ha justificado su conducta o explicado de modo satisfactorio su obrar al contratar. Ante la falta de prueba de que el acto celebrado fuera beneficioso para los menores, cabe considerar la existencia de dicha culpa, pues no se acreditó siquiera que el contrato referido llevase regularidad, esto es, llenara los requisitos comunes para su mérito (art. 89 Ley 153 de 1887). Por tanto, cabe concluir que se configura causal de remoción ya que la actuación del demandado no resulta, por el aspecto en referencia, ceñida rigurosamente a la legalidad, al espíritu de las normas legales. Si el curador no puede enajenar sin autorización judicial que se concede por determinada causa, en lógica jurídica se tiene que tampoco debe prometer enajenación sin la existencia de esa causa, cuya demostración le corresponde para sincerar su conducta. (num. 3o. art. 627 C. C.)".

Examina el sentenciador los testimonios de Alfonso Urrego Echavarría, Fernando Urrego Mejía, Carlos Enrique Restrepo E., Roberto Ruiz y Julio Hernández, quienes "aseveraron, por conocimiento directo y personal el mal estado de conservación de la finca de los menores denominada Maragón, por estar enmalezada, por deficiencia o mala condición de sus cercos"; y los de José Joaquín Murillo y Carlos Vásquez Jaramillo, quienes afirmaron "la diligencia en la conservación de la finca y que esta tiene más valor que el que tenía cuando aquel inició su administración". De la confrontación de estos medios concluye "que efectivamente al tiempo de la demanda el inmueble perteneciente a los menores se encontraba en deficientes o desfavorables condiciones de conservación, por el malezamiento y demás, sin que haya base de solidez para considerar que si estuviera en mejores condiciones que en el tiempo precedente a la iniciación de las gestiones del demandado, pues el testimonio del señor Vásquez Jaramillo no resulta definitivo al respecto, habida cuenta de la dependencia próxima que tuvo en relación con el opositor. En concreto, para no entrar en exposición pormenorizada acerca de la prueba testimonial aducida, las normas que la regimentan indican una conservación defectuosa del fundo de los menores (arts. 697, 702 C. D. T. S. C. J.) (sic), sin que ello se desvirtúe por lo aseverado por dos testigos en el sentido del mayor valor del inmueble, pues entre otras cosas no explicaron su aserto... El curador no logró acreditar motivo o motivoss indicativos de que esté exonerado de cargos por el aspecto visto, pues según se desprende de las posiciones absueltas debió recibir altas sumas de dinero por venta de ganados de los menores y utilidades de los ajenos que pastaron en la finca y no consta que la inversión de los respectivos valores en sostenimiento de los menores, en gastos de la sucesión de sus padres y en la finca misma, no diera margen para conservarla en buen estado de productividad".

Refiérese el fallo a una inspección ocular con intervención de peritos practicada en la segunda instancia, la que demostraría el buen estado de la finca al tiempo de producirse tales medios, mas no así en la época anterior a la demanda, "y bien se sabe que importa bastante tomarla en cuenta, en mayor grado el tiempo posterior a su presentación".

De todo lo expuesto concluye el fallo que es el caso de decretar la remoción del guardador demandado.

LA IMPUGNACION

Interpuesto el recurso extraordinario por la parte demandada, fúndase el libelo que contiene tres cargos.

Primer cargo

Denuncia violación del art. 89 de la Ley 153

de 1887, a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de unas posiciones absueltas por el demandado Arango Restrepo y de la declaración de Julio Hernández, por lo cual se habría violado también el art. 627 del C. C.

Según el censor los pretendidos yerros consistirían en que el sentenciador, con fundamento en tales medios, dio por establecida una promesa de compraventa celebrada por el guardador; que esta era perjudicial para los pupilos, y que tal promesa, "de por sí constituye grave culpa". A lo que se agrega también en orden a fundar la acusación de error de derecho en materia probatoria: "Al considerar la sentencia como existente un contrato cuyo contenido no se conoce, que no se sabe si se hizo constar por escrito y si reune los requisitos de ley, es decir, si pudo haber creado alguna obligación; y no sabiéndose en qué calidad fue celebrado por el guardador —circunstancia esencial, según el art. 500 del C. C., el Tribunal falló en evidentes errores de derecho...".

Segundo cargo:

Acúsase aquí también la sentencia por quebranto del art. 89 de la Ley 153 de 1887 y de los 483, 484, 496 y 627 del C. C., "a consecuencia de evidentes errores de derecho y de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por el demandado Arango Restrepo y del testimonio de Julio Hernández".

Nuevamente insiste el censor en que el Tribunal incurrió en error de derecho al dar por acreditada la promesa de compraventa que se dice fue celebrada por el guardador demandado respecto de un inmueble de los pupilos, siendo así que no se ha acreditado que aquella conste por escrito, ni que reuna los requisitos de la ley, ni se sabe si el guardador obró en la misma en su propio nombre o en el de dichos pupilos.

Habría incurrido el sentenciador en manifiesto error de hecho al deducirle culpa al deudor demandado, sin saberse si la promesa en cuestión era válida y se amoldaba a las exigencias legales o si, por el contrario, no pudiéndose cumplir estas, era ineficaz frente a los menores, lo que también ocurriría en el supuesto de que el guardador hubiera obrado en nombre propio.

Error de esta misma índole se habría cometido al no tenerse en cuenta que las pruebas citadas en la censura demostrarían que el guardador celebró válidamente un contrato de arrendamiento del inmueble de sus pupilos, lo que explicaría la entrega que hizo del mismo, entrega esta que, por tanto, no sería perjudicial para aquellos.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- Reiteradamente ha precisado la doctrina que el principio acusatorio y el de la dispositividad del juzgador que informan nuestro ordenamiento procesal civil privan de modo absoluto en el recurso extraordinario de casación, en forma tal que la impugnación del fallo y su alcance constituyen la pauta a que ha de ceñirse estrictamente la Corte. Así circunscrita y limitada su capacidad decisoria, a esta no le es dado completar cargos deficientemente formulados, ni modificar su sentido, ni variar la equivocada ubicación que les haya asignado el recurrente, etc. De esta suerte, la censura que no satisfaga las exigencias legales en su formulación está condenada al insuceso.

II.- En materia de la causal primera de casación, a la que parecen referirse los cargos en estudio, ciñéndose a la preceptiva legal pertinente la jurisprudencia ha sido clara y categórica al precisar las condiciones de su procedencia.

Se requiere, en primer término, que el recurso indique expresamente que el impugnante reclama la intervención de la Corte en el campo de dicho motivo de casación y no en el de aquellos otros que ya no contemplan el quebranto de la ley sustancial, sino graves yerros *in procedendo* o que, contemplándolo, tienen un tratamiento específico en el ámbito de causales distintas, como sucede en punto de la inobservancia del art. 448 del C. J., norma esta que establece las nulidades procesales que sanciona la lesión de la organización jurisdiccional o del derecho de defensa. La violación del referido texto legal debe acusarse por la causal cuarta de casación y no por la primera.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que nuestra legislación, a diferencia de otros sistemas foráneos, no solamente autoriza el recurso extraordinario cuando el fallo de instancia ha violado la ley sustancial *directamente*, vale decir, sin dejar de apreciar con exactitud y justeza la situación fáctica *sub judice*, sino también *indirectamente* en el caso de que a dicha violación se haya llegado a consecuencia de yerros de hecho o de derecho en la ponde-

ración de determinadas pruebas, falseándose así dicha situación fáctica, es también claro que el recurso debe precisar por cuál de las dos vías indicadas el fallo ha incurrido en el motivo de casación.

De otro lado, al establecer la causal en comento, la propia ley declara que la violación de las normas sustanciales puede darse por tres conceptos diversos e inconfundibles entre sí: la preterición o falta de actuación de los preceptos pertinentes al caso litigado; la aplicación a este de normas ajenas al mismo, y la interpretación errónea de las que le fueron aplicadas. Entonces, resulta también palmario que el recurso tiene que citar expresamente las disposiciones legales que estime infringidas por el sentenciador, y tiene que indicar y demostrar el concepto específico de la violación, como quiera que la Corte, en el sistema dispositivo, no puede proceder a averiguar oficiosamente dónde y cómo se ha quebrantado el derecho sustancial.

Y en lo que toca con la ya mencionada vía indirecta de la causal primera de casación, siendo el punto de partida de dicha vía el yerro de hecho o de derecho en la apreciación de determinadas pruebas trascendentes en el pronunciamiento, cabe también advertir que es del resorte del recurso la demostración de tal yerro, según la especie a que pertenezca. Son, pues, impertinentes para el efecto las alegaciones del censor tendientes a lograr una revisión general de la situación fáctica *sub lite* o del acervo probatorio, o que pretendan variar el criterio discrecional empleado por el sentenciador en la apreciación de este. La acusación por error de derecho tiene que concretarse a demostrar que dicho sentenciador ha fundado su decisión en una o más pruebas producidas por fuera de las novaciones legales o que les ha atribuído mérito que no tienen, o que les ha negado el que sí les corresponde, todo ello frente a los preceptos concretos que determinan las oportunidades procesales para la aducción de las pruebas o que fijan el mérito de las mismas según sus varias especies. La falta de la cita de estos preceptos colocaría a la Corte, de no estarle vedado hacerlo, en la necesidad de averiguar dónde y cómo se ha podido cometer el presunto error de derecho. Y la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto un medio que no obra en los autos o ha ignorado la presencia del que sí está en ellos, hipótesis estas que comprenden la adulteración de la prueba, por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición).

En este punto conviene recordar también que, dada la diversa índole en el orden lógico del error de derecho y del error de hecho en materia probatoria, en principio no es de recibo la imputación simultánea de ambos en un mismo cargo y respecto de un mismo medio, porque se repite que el primero toca con el mérito legal de este y el segundo con su presencia objetiva en el proceso.

En fin, hay que insistir una vez más en la incidencia que debe tener el error probatorio sobre el pronunciamiento del sentenciador, como quiera que aún demostrado aquel, dicho pronunciamiento tiene que ser mantenido por la Corte cuando las bases en que este se apoya, o alguna de ellas, quedan incólumes y son bastantes para sustentarlo.

III.- Los dos cargos que ahora se despachan conjuntamente ejemplarizan los defectos de formulación que hacen imprόspero el recurso en la órbita de la causal primera y que la Corte viene empeñada en evitar, al insistir en numerosos fallos como en el presente, en la necesaria observancia de la disciplina técnica pertinente. No se indica en ellos la causal de casación aducida. Se dicen violadas por el sentenciador algunas leyes ciertamente sustanciales, pero sin precisar el concepto de la violación: si por falta de aplicación, o por aplicación indebida, o por interpretación errónea. Eligen la vía de la violación indirecta, en la especie del error de derecho en la apreciación de una confesión del demandado y de un testimonio, pero sin citar siquiera los preceptos legales que disciplinan dichos medios y que hubieran sido desatendidos por el fallador. En el segundo cargo se acumulan indebidamente las censuras por error de hecho y de derecho en la ponderación de los referidos medios, aunque en su formulación priman argumentos que tocan con el segundo de tales errores, o sea el de derecho que consistiría, según el censor, en haberles atribuído a aquellos un mérito que no tienen frente a preceptos legales que tampoco cita.

Por este último aspecto común a ambas censuras, el de la falta de demostración en forma de los alegados errores de derecho en la apreciación probatoria, puede decirse que ellas ni siquiera alcanzan a pisar el umbral de entrada a la causal de casación en que pa-

recen ubicarse, por lo cual la Corte queda inhibida para abocar la consideración de los pretendidos quebrantos del derecho sustancial que constituirían el fondo de la impugnación.

Los cargos no prosperan.

Tercer Cargo

Se hace consistir en errores evidentes de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, de unas copias de providencias judiciales, de una inspección ocular, de una escritura pública, del acta de posesión del guardador demandado y de las posiciones por este absueltas, y en la consecuencial violación de los arts. 481, 627 y 628 del C. C.

De tales pruebas resultaría que el actor Germán Vásquez Vélez pidió el 16 de mayo de 1955 la remoción del liquidador de la sociedad Vásquez Vélez Hermanos, propietaria entonces de la hacienda Maragón a que se refiere el presente juicio, por cuanto dicho liquidador la tenía abandonada y había confiado su administración a terceros ineptos; que el guardador hoy demandado tomó posesión de tal cargo el 9 de noviembre de 1956; que en sentencia proferida en el juicio de separación del liquidador de la sociedad antes mencionada, se encuentra establecido que dicho liquidador la había atendido bien y que, propiedades como la de que se trataba "tienen épocas de limpieza y sostenimiento especiales, lo que hace más simple y fácil su atención"; que el demandado Arango Restrepo negó en posiciones haber recibido en perfecto estado la finca y dijo estar informado de que Julio Hernández le estaba introduciendo mejoras considerables; que los testimonios de Fernando Urrego Mejía y Alfonso Urrego Chavarriaga, quienes visitaron la hacienda a principios de 1965, en compañía de un hermano del actor, con el pretexto de comprarla, son contradictorias en cuanto se refieren al estado de abandono de los potreros y de los cerramientos; que el 25 de febrero de 1963, la finca, según acta de inspección ocular, "se encuentra en buen estado de conservación"; que la demanda en este juicio se presentó el 21 de mayo de 1964, el contrato de arrendamiento de la misma entró en vigencia el 13 de los mismos mes y año, y el arrendatario Julio Hernández la mantiene en estado satisfactorio.

Sobre las precitadas bases fácticas enunciadas por el recurso, se extiende este en largas consideraciones enderezadas a impugnar la conclusión a que llegara el Tribunal sentenciador respecto del abandono o descuido en la administración de la hacienda Maragón por parte del guardador de los propietarios de la misma, que es uno de los fundamentos del decreto de remoción de dicho guardador. En este orden el censor propone conclusiones contrarias a las del Tribunal de este modo: "Al apreciar las declaraciones de los testigos del actor, especialmente la de los señores Urregos, da por establecida una situación permanente de deterioro de la finca, que no era sino una situación momentánea, superada para la fecha en que se presentó la demanda, cuando ya la hacienda se hallaba en poder del señor Julio Hernández que, según varios irrecusables testimonios y según el acta de inspección ocular, tenía y es presumible que continúe teniéndola en condiciones aceptables de conservación; y al menospreciar de modo total el testimonio de Murillo y del señor Vásquez Jaramillo, que tan bien conocieron los antecedentes de la hacienda, cómo la recibió Arango y cuánto hizo para mejorarla, porque estos testigos son amigos del demandado y sólo por esto, la sentencia presenta un cuadro general de la situación que resulta falseado e incompleto".

CONSIDERA LA CORTE

El despacho desfavorable de los dos primeros cargos de la demanda ineluctablemente conllevan la desestimación de este otro. En efecto: como el propio censor lo nota, el fallo acusado decreta la remoción del guardador demandado por dos motivos distintos e independientes, cuales son: por una parte, la conducta gravemente culposa que le deduce a dicho demandado en razón de sus actuaciones tocantes con la celebración irregular de una promesa de venta del inmueble de sus pupilos, y, por otra, la negligencia o descuido en que el mismo incurriera en la conservación y administración de tal inmueble.

El primero de estos fundamentos del fallo se refiere a los cargos anteriormente despachados y que, al resultar imprósperos, lo dejaron incólume. Y como este tercer cargo se endereza contra el otro de los aludidos fundamentos, o sea el de la negligente administración del inmueble por el guardador, aún en el supuesto de que estuviera formulado con acomodo a la preceptiva técnica del recurso, sería inane, porque se repite que, siendo varias las bases en que se apoye el Tribunal, si algu-

na de estas queda en pie y es bastante para apuntalar su decisión, bien sea por no haber sido atacada, o bien por haberlo sido infructuosamente, la Corte no puede infirmar esa decisión.

La censura es, pues, inane.

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 Medellín el 25 de enero de 1967 en el juicio ordinario de Germán Vásquez Vélez frente a Joaquín Arango Restrepo.

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

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS MORALES

Es siempre directa no sólo por los actos de sus funcionarios directivos, sino de sus subalternos auxiliares.

Si históricamente aparece que la doctrina de la Corte anterior al 30 de junio de 1962, sobre responsabilidad extracontractual de las personas morales, se desenvolvió en tanteos y vacilaciones que, en ciertos momentos, la llevaron a aceptar la tesis discriminatoria de que, cuando la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus *órganos*, como gerente o directiva u otros funcionarios suyos que tenga la representación específica de aquella para obligarla, se da su *responsabilidad directa* o responsabilidad por *hecho propio*, y que cuando se sirve de auxiliares, mediante una relación de subordinación que invista a la persona jurídica de la calidad de patrón y al auxiliar o trabajador de la de *dependiente*, se tiene la *responsabilidad indirecta* de ella por hecho ajeno, no es menos cierto que semejante discriminación vino a quedar cancelada por la propia Corte en su sentencia de casación civil, de fecha 30 de junio de 1962, en donde la jurisprudencia se fijó en el sentido de que no hay razón lógica alguna para distinguir, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual de las personas morales, entre *funcionarios órganos y subalternos auxiliares*, porque la persona moral por su misma naturaleza en ningún caso puede actuar "sino a través del vehículo forzoso de sus agentes", cualesquiera que sean, siendo propios de ella los actos realizados por estos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas y porque "todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral". Así, esta doctrina monista, en relación con la responsabilidad extracontractual de los entes morales por razón de los actos de sus funcionarios y dependientes en general y que desde entonces (30 de junio de 1962), campea en el panorama de la jurisprudencia nacional, pudo compendiarse en la siguiente fórmula: "La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que estos sean, es su propia culpa".

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: Acta No. 93).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 11 de abril de 1966, en el juicio ordinario seguido por Alberto del Giudice Uribe frente a "Sears Roebuck de Colombia S. A.".

I

EL LITIGIO

Alberto del Giudice Uribe demandó a la compañía "Sears Roebuck de Colombia S.A.", en solicitud de las siguientes determinaciones:

Que la sociedad demandada es responsable de los perjuicios materiales y morales que causó al actor "el temerario denuncio criminal por abuso de confianza que la misma sociedad puso contra él por medio de uno de sus agentes o gestores representativos"; y

que, en consecuencia, se condene a la misma sociedad a pagar al actor las sumas de dinero que el libelo indica, por razón de los aludidos perjuicios, o en subsidio las que se fijen por peritos.

Como *hechos* fundamentales de su pretensión, el demandante señaló los siguientes:

Que éste compró a la entidad demandada, mercancías por un valor total pagadero en determinadas cuotas mensuales, según contratos celebrados en las distintas fechas que indica;

que, según las cláusulas adicionales de los dichos contratos de compraventa, la vendedora se reservó el dominio de las mercancías mientras no se cubriera íntegramente su precio, y se dijo que el comprador no podría trasladarlas a otro sitio, sin perjuicio de agregar que el comprador notificaría su cambio de domicilio en lo relacionado al traslado de las mercancías vendidas;

que, debido a una inesperada mala situación de negocios del demandante, este se constituyó en mora de pagar unas de las cuotas mensuales aludidas, y entonces la sociedad creyó más fácil obtener el pago de lo adeudado "mediante la coacción física y moral resultante de un temerario denuncio criminal", que formuló "por medio de uno de sus gestores o agentes representativos, por el supuesto delito de abuso de confianza", afirmando maliciosamente que el actor "había 'dispuesto' de la mercancía materia del referido contrato de compraventa, 'no sabiéndose si en calidad de venta o pignorándola a una tercera persona', ni 'dónde se encuentre dicha mercancía y en poder de quién'";

que, como consecuencia de esta denuncia, el actor fue capturado en esta ciudad el 19 de diciembre de 1957 y detenido en seguida en la Cárcel Modelo. Después de la indagatoria fue puesto en libertad, pero con la obligación de presentarse al despacho del Juzgado de Instrucción dos veces por semana, y de vivir en la casa No. 24-59 de la calle 22 Sur, donde tenía su residencia de tiempo atrás y en la que se practicó por el referido Juzgado una inspección ocular, con el resultado de establecer que los muebles motivo de la diligencia se encontraban allí en buen estado;

que más de un año después, el Juzgado 3o. Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia de 21 de enero de 1959, proferida en el sumario correspondiente, declaró "que los hechos investigados en estas diligencias sumarias no son constitutivos de delito alguno", y en tal virtud ordenó "la cesación de todo procedimiento criminal en favor del indagado Alberto del Giudice Uribe", por aplicación de lo dispuesto en el art. 153 del C. de P. P., lo que confirmó el superior; y que la referida denuncia criminal causó al demandante los perjuicios materiales y morales de que hace enunciación.

En su contestación, la demandada expresó, en cuanto a los hechos atenerse a lo que se pruebe, negar el derecho invocado por el demandante y oponerse a sus pretensiones.

Con producción de algunas pruebas surtióse la primera instancia, definida con fallo en que se negaron las peticiones de la demanda; y abierto el segundo grado por apelación del actor, culminó con la sentencia del Tribunal de Bogotá de 11 de abril de 1966, confirmativa de la del inferior.

E interpuesto por el litigante vencido el recurso de casación, procede la Corte a su despacho.

II

CONSIDERACIONES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Comienza el Tribunal por considerar que la acción "entablada en este juicio no es otra que la de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual por el hecho de un tercero dependiente o gestor de la sociedad demandada; reglamentada especialmente por el art. 2347 del C. C.".

Al efecto, advierte que "según los hechos de la demanda, el acto causante de los pretendidos perjuicios se hace consistir en una acción penal entablada por un empleado de la sociedad demandada, señor Hernando Peñaranda Contreras"; y que la demanda tendría que entenderse deducida en el campo de la responsabilidad indirecta, "ya que no se ha traído prueba alguna de que Peñaranda sea directivo de la sociedad, ni presidente de ella, ni que aquella o este hubieran autorizado al denunciante Peñaranda para poner en conocimiento de la autoridad penal el posible delito cometido por el demandado...".

Después agrega: "En el caso *sub lite*, no encuentra el Tribunal que el demandante haya aducido la prueba idónea sobre la dependencia del promotor de la denuncia penal con la entidad demandada 'Sears de Colombia'; en otros términos, no se demostró que Hernando Peñaranda Contreras fuera empleado

de 'Sears Roebuck de Colombia S. A.', por la época en que la denuncia criminal se produjo en contra de Alberto del Giudice Uribe. En efecto: Es verdad, como ya se dijo atrás, que Peñaranda al dar la noticia al instructor del posible delito de "abuso de confianza" en contra del expresado Del Giudice Uribe, dijo hablar en nombre de los almacenes 'Sears'; lo mismo se desprende de la diligencia de careo practicada en el citado negocio penal. Pero estas afirmaciones escuetas no pueden servir de prueba fehaciente para darse por demostrada la depedencia de Peñaranda (autor de la denuncia) de la entidad demandada; tampoco lo es el hecho de que el denunciante tuviera en su poder los contratos que 'Sears' celebró con Del Giudice, porque bien pudo tenerlos por otros motivos distintos al de ser empleado de esos almacenes; por mucho, ello constituiría un indicio simple, ni siquiera necesario de la dependencia entre el denunciante y la demandada. Estos indicios no forman plena prueba al tenor del art. 665 del C. J. Y ya se vio, cómo la sociedad demandada no aceptó los hechos de la demanda y se atuvo a los que aparecieran probados, por lo cual, no es posible dar por establecido el hecho de la dependencia entre el agente del daño y el responsable indirecto, o que aquel sea un directivo de la sociedad, pues en este caso, la responsabilidad sería directa, cosa que no puede plantearse en esta acción, ya que, conforme al certificado que aparece en el expediente y a que se hizo alusión atrás, por parte alguna aparece que Peñaranda Contreras sea directivo de la sociedad o que esta por medio de aquellos le hubieran autorizado para formular la denuncia penal contra el actor Del Giudice.

" . . . . . .

"Por eso, es por lo que, en este caso, era indispensable demostrar esa vinculación entre Peñaranda y 'Sears', ya fuera por medio del contrato respectivo de trabajo, confesión, etc., emanados de representativos de la sociedad y el pretendido empleado. En semejantes condiciones, no puede ser jurídicamente posible obtener una condena para la demandada, imponiéndose, por el contrario la absolución de los cargos formulados, tal como lo hizo el *a quo* en la sentencia que se revisa".

III

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos, en sendos capítulos, propone el recurrente en su libelo impugnativo, ambos del resorte de la causal primera.

Primer cargo.- Se introduce, diciendo que al afirmar el Tribunal que lo que se trató de deducir en el pleito contra la sociedad demandada no fue una acción de responsabilidad directa, como se planteó en la demanda, "sino indirecta, dejando de apreciar unas pruebas, y apreciando mal otras, incurrió en evidentes errores de hecho y de derecho que lo llevaron a violar los arts. 2341 y 2343 del C. C.".

Y con el intento de demostrar este aserto, el recurso despliega así su argumentación:

Que en el punto primero de la parte petitoria de la demanda se expresó claramente que la demandada debe responder de los perjuicios causados al autor por la denuncia "que puso contra él por medio de uno de sus agentes o gestores representativos", afirmación que se repitió en el hecho tercero de la misma y en que se recalcó en los alegatos de instancia. Lo que demuestra que es la responsabilidad directa contra la sociedad demandada lo que se ha pretendido deducir.

Base de la denuncia causante de los perjuicios, fueron los contratos de compraventa de unos bienes muebles, según los documentos originales acompañados por el denunciante, cuya copia obra en el expediente del presente juicio, documentos en los que aparece como vendedor, Sears Roebuck de Colombia S. A., y como comprador Alberto del Giudice.

Estos documentos acompañados a la denuncia no fueron redargüidos de falsos y en razón de ellos se hizo allí la inspección ocular en que intervino otro representante de la sociedad demandada, nombrado directamente por el departamento de crédito de la misma (fl. 16 y 17 del cdno. 2 Bis), quien reconoció tal mercancía como la vendida al denunciado por la sociedad demandada.

Reiteradamente repitió el denunciante que obra a nombre del departamento de crédito de Sears Roebuck de Colombia S. A., y así quedó confirmado con la nota del mismo departamento, por la cual, al ratificar ampliamente la denuncia, designó el señor Eduardo Gómez Vahos para que reconociera la mercancía materia de la denuncia.

Tómese nota de que todas las declaraciones que hicieron en el referido proceso penal el denunciante y el señor Gómez Vahos fueron bajo juramento y que aquel, en la diligencia de

careo, al referirse a la inspección ocular practicada, habló de la actuación allí de otro empleado del mismo departamento (de crédito) de apellido Gómez.

Ahora bien, "estos elementos probatorios que apreciados en su conjunto constituyen una prueba plena de la intervención de la sociedad demandada en el proceso penal de que se trata, fueron completamente desestimados por el Tribunal", quien se limitó a afirmar que los documentos "bien pudo tenerlos (el denunciante) por motivos distintos al de ser empleado de esos almacenes (Sears), y guardando un sepulcral silencio sobre los demás. Pero si el Tribunal quiso negar también mérito probatorio a los datos y elementos resultantes del proceso penal en referencia, incurrió no ya sólo en el evidente error de hecho a que acabo de referirme, sino también en evidente error de derecho. Que entre las mismas partes, en efecto, las pruebas practicadas en un juicio penal valen en uno civil es cosa que no puede válidamente discutirse... Pues bien, en el proceso penal de que se trata fue cosa plenamente establecida, como se ha visto, que quien puso el denuncio por abuso de confianza fue la sociedad demandada, Sears Roebuck de Colombia S. A., representada en su actuación por su Departamento de Crédito, a nombre del cual intervinieron varios empleados del mismo; primero el denunciante Sr. Hernando Peñaranda, después el gerente que debe suponerse que fue el firmante de la comunicación dirigida al juzgado que conoció del dicho proceso, por medio de la cual se autorizó al Sr. Eduardo Gómez Vahos para reconocer la mercancía que pertenece a este almacén. En la antefirma de esta comunicación se lee lo siguiente: *"Departamento de Crédito. Sears Roebuck de Colombia S. A.* Departamento de Crédito". Y en seguida el nombrado Sr. Gómez Vahos quien en la diligencia de inspección ocular se identificó como 'empleado de los Almacenes Sears Roebuck de Colombia S. A.'.

"De aquí que con toda razón en el proceso, tanto los agentes del Ministerio Público que en él intervinieron como el Juez Instructor, el de circuito y el Tribunal consideraran como denunciante a la sociedad demandada". Así, dijo el Personero Municipal que "los Almacenes Sears presentaron el correspondiente denuncio"; el Juez hizo resaltar que "la parte denunciante" adjuntó en el momento de su denuncia "los documentos que acreditan la negociación celebrada por el señor Alberto del Giudice Uribe con los Almacenes Sears Roebuck de Colombia", y al hablar de la inspección ocular dice que al fl. 15 del informativo se encuentra esta "practicada por el funcionario instructor, en asocio de peritos actuarios, y, además, de un representante de la firma Sears, comprobándose en dicha diligencia la existencia real de los muebles que las tantas veces citados almacenes vendieron al señor Del Giudice Uribe, en poder de este, muebles que fueron plenamente identificados por el representante de la parte vendedora (fl. 27 del C. del C. No. 2 Bis). El Sr. Fiscal del Tribunal y el Tribunal no fueron menos terminantes al referirse a los citados documentos y a la inspección ocular. Respecto de esta última pone de manifiesto el Tribunal que los "muebles fueron identificados plenamente por *el representante de la parte vendedora*'".

Frente a lo cual, expresa el recurrente que "no puede quedar duda de la responsabilidad directa de la sociedad demandada", responsabilidad cuya doctrina en relación con las personas morales "ignoró el sentenciador haciendo así aún más patentes, si cabe, tales errores de hecho y de derecho, que lo llevaron a violar los citados arts. 2341 y 2343 del C. C.". Al efecto cita la sentencia de esta Corte de fecha 18 de octubre de 1950 (LXVIII, págs. 466 y ss.), en que se destaca la tesis de que la persona moral por su misma naturaleza debe precisamente actuar a través de personas físicas, y que esos agentes, cualquiera que sea su denominación y jerarquía, lo hacen mediante actos que son de la persona moral, siendo directa de esta la responsabilidad que en dichos actos se origina, sea que el daño se produzca en el ejercicio regular de la función o cuando solamente lo haya sido con ocasión de ella.

Y remata afirmando que "Tan clara y terminante doctrina pone de presente cuán errado anduvo el sentenciador al apreciar el certificado de la Cámara de Comercio acompañado a la demanda, y deducir de él que sólo el presidente de la sociedad demandada y sus apoderados podían comprometer la responsabilidad directa de la sociedad demandada".

Segundo cargo.- Acúsase en esta la sentencia por quebranto de los arts. 2347 y 2356 del C. C. en cuanto —se dice— fueron aplicados indebidamente al caso del pleito.

En desarrollo de esta tacha, se discurre así:

Que la simple lectura de la demanda está mostrando que la responsabilidad planteada es la directa, puesto que allí se pide que se declare civilmente responsable a la sociedad demandada por los perjuicios materiales y morales que causó al actor "el temerario denuncio criminal por abuso de confianza que la misma sociedad puso contra él por medio de uno de sus agentes o gestores representativos"; y que esto se recalcó en el hecho tercero de la misma y en los alegatos tanto de primera como de segunda instancia, habiéndose insistido expresamente en que es directa la responsabilidad atribuída a la sociedad demandada.

Demostrado como está en autos de que la denuncia criminal en referencia la puso ella por medio de uno de sus órganos representativos, su Departamento de Crédito, a nombre del cual obraron en el respectivo proceso penal distintos empleados o agentes suyos, y vistas la doctrina y la jurisprudencia invocadas en el primer capítulo de la acusación, sobre la responsabilidad directa de las personas morales, tiénese que "los agentes de la sociedad demandada que intervinieron en el citado proceso penal aun cuando no fueron ni su presidente ni su gerente sí comprometieron su responsabilidad en forma directa.

"Al traer a cuento, pues, el H. Tribunal los artículos citados que no venían al caso, los aplicó indebidamente".

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Premisa fundamental del recurso, en el ámbito de cada uno de los dos cargos de que se compone, es la de tener por demostrado el hecho de que la denuncia en vía penal de que el actor se querella fue propuesta por un empleado o dependiente de Sears Roebuck de Colombia S. A., en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas. De donde concluye que ello comprometió directamente la responsabilidad de esa empresa y que, al no declararlo así la sentencia, violó los arts. 2341 y 2343 del C. C. por falta de aplicación, que es lo que se desprende del discurrir del impugnador.

2. Por el contrario, el Tribunal, a través de un desordenado planteamiento de sus consideraciones, asienta dos bases para sostén de su decisión absolutoria, a saber:

a) Que "la acción incoada, en este negocio, no puede ubicarse en el campo de la responsabilidad directa de la demandada, ya que, según los hechos de la demanda, el acto causante de los pretendidos perjuicios se hace consistir en una acción penal entablada por un empleado de la sociedad demandada, señor Hernando Peñaranda Contreras", y "no se ha traído prueba alguna de que Peñaranda sea directivo de la sociedad, ni presidente de ella, ni que aquella o éste hubieran autorizado al denunciante Peñaranda para poner en conocimiento de la autoridad penal el posible delito cometido por el demandado, y, con ocasión de las negociaciones efectuadas por el demandante y la demandada";

b) y que, tratándose de deducir una responsabilidad indirecta, "No encuentra el Tribunal que el demandante haya aducido la prueba idónea sobre la dependencia del promotor de la denuncia penal con la entidad demandada 'Sears de Colombia'; en otros términos, no se demostró que Hernando Peñaranda Contreras fuera empleado de 'Sears Roebuck de Colombia S. A.', por la época en que la denuncia criminal se produjo en contra de Alberto del Giudice Uribe", y "si se acepta que la prueba de esa dependencia es un extremo de la acción de perjuicios por culpa o hecho ajeno o de un tercero, cuando la responsabilidad es indirecta, indudablemente no puede producirse una condena en contra del demandado...".

Vale decir que, para ninguna de las dos hipótesis de responsabilidad extracontractual: *directa o indirecta,* en cuya alternativa se colocó equivocadamente el sentenciador, encontró este demostrado que el denunciante Peñaranda Contreras tuviese, en cuanto a lo primero, cargo alguno de dirección o representación de la sociedad demandada, y en cuanto a lo segundo, vínculo alguno de dependencia de la misma. Así que el recurso para lograr su finalidad, tendría que ser procedente como acusación a través de la cuestión probatoria.

3. Mas, como se ha dicho que el sentenciador se colocó equivocadamente en la alternativa de la responsabilidad extracontractual directa o indirecta, lo que hizo para, optando por considerar que la acción estaba planteada en el campo de la última, absolver a la sociedad demandada por no encontrar la prueba de que el denunciante Peñaranda Contreras fuese

empleado o dependiente de la misma, importa, antes de seguir en el examen de los cargos, hacerle al *ad quem* las pertinentes rectificaciones doctrinales:

4. Si históricamente aparece que la doctrina de la Corte anterior al 30 de junio de 1962, sobre responsabilidad extracontractual de las personas morales, se desenvolvió en tanteos y vacilaciones que, en ciertos momentos, la llevaron a aceptar la tesis discriminatoria de que, cuando la persona jurídica realiza sus funciones sirviéndose de uno de sus *órganos,* como gerente o directiva u otros funcionarios suyos que tenga la representación específica de aquella para obligarla, se da su *responsabilidad directa* o responsabilidad por *hecho propio,* y que cuando se sirve de auxiliares, mediante una relación de subordinación que invista a la persona jurídica de la calidad de *patrón* y al auxiliar o trabajador de la de *dependiente,* se tiene la *responsabilidad indirecta* de ella por hecho ajeno, no es menos cierto que semejante discriminación vino a quedar cancelada por la propia Corte en su sentencia de casación civil, de fecha 30 de junio de 1962, en donde la jurisprudencia se fijó en el sentido de que no hay razón lógica alguna para distinguir, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual de las personas morales, entre *funcionarios órganos y subalternos auxiliares,* porque la persona moral por su misma naturaleza en ningún caso puede actuar "sino a través del vehículo forzoso de sus agentes", cualesquiera que sean, siendo propios de ella los actos realizados por estos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas y porque "todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral". Así, esta doctrina monista, en relación con la responsabilidad extracontractual de los entes morales por razón de los actos de sus funcionarios y dependientes en general y que desde entonces (30 de junio de 1962), campea en el panorama de la jurisprudencia nacional, pudo compendiarse en la siguiente fórmula: "La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que estos sean, es su propia culpa".

5. Dado así el sentido de la ley en la materia, resulta que, en el caso de este juicio, si el Tribunal no encontró probado que el denunciante Peñaranda Contreras fuese empleado o dependiente de Sears Roebuck de Colombia S. A. con facultad para interponer tal denuncia, no tenía por qué fundar la conclusión jurídica del fallo en la ausencia de responsabilidad indirecta de la demandada, sino que debió de hacerlo con base en la falta de una circunstancia necesaria para la constitución de la responsabilidad directa.

6. Pero, si por el mismo recorrido que en el campo probatorio realizó el sentenciador para arribar a la absolución de la demandada en punto de responsabilidad indirecta, hubiera de llegarse a idéntica solución en la esfera de la responsabilidad directa, entonces el recurso, para prosperar, tendría que desvirtuar el fundamento del fallo, consistente en la falta de aquella prueba. De lo contrario, el error jurídico del Tribunal en la calificación de la responsabilidad debatida, apenas daría lugar a la corrección doctrinaria que se deja consignada, pero sería intrascendente en cuanto a la pretendida casación del fallo.

Dadas, pues, estas consideraciones, las censuras en estudio se resuelven así:

7. *Primer cargo.*- Se genera en la afirmación de que el Tribunal desestimó, por errores de hecho y de derecho en su apreciación, las pruebas acreditativas de que quien puso la denuncia por abuso de confianza contra Alberto del Giudice Uribe fue la entidad Sears Roebuck de Colombia S. A., "representada en su actuación por su Departamento de Crédito, a nombre del cual intervinieron varios empleados del mismo"; y que esa errónea desestimación de las probanzas ocasionó el quebranto de los preceptos sustanciales que la acusación relaciona.

8. Ahora bien: El cargo, como lo hace ver su presentación *in extenso* atrás hecha, adolece de defectos ostensibles a la luz de los imperativos de la técnica en la materia, que lo reducen a inanidad.

Ciertamente, siendo el de casación un recurso extraordinario por su naturaleza, sus motivos y sus fines, está sometido al cumplimiento de requisitos de formulación, sin el lleno de los cuales no sería viable. De esos requisitos precisa destacar aquí los que, tocando con la censura que se contempla, no fueron satisfechos por esta:

9. Tratándose de acusación del resorte de la causal primera, por quebranto de la ley sustancial en vía indirecta, esto es por causa de yerros de hecho o de derecho en la apreciación

de pruebas, que es el segundo frente del primero de los motivos del art. 52 del Decr. número 528 de 1964, como muestra de la doctrina de la Corte al respecto, sentada y reiterada en muchedumbre de fallos, puede tomarse la siguiente:

"Por sabido se tiene que el *error de hecho* de que se trata ha de consistir, ya en que el sentenciador haya supuesto una prueba que no está en los autos, ya en que haya ignorado la existencia en ellos, hipótesis en las que respectivamente se comprenden, por imperativo lógico, los casos en que aquel haya falseado la objetividad de un medio, agragándole algo que le es extraño o cercenándole su real contenido. El yerro así configurado tendrá que traducirse en conclusión contraevidente, es decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba y ser, por último, trascendente a la decisión, sin lo cual carecería de eficacia impugnativa.

"Bien distinta es la índole del *error de derecho* probatorio, cuyo acaecer supone la apreciación correcta de los medios en el orden fáctico, es decir en su objetividad misma y que, entonces, se reduce a un problema de valoración legal, consistente en que a pruebas materialmente bien contempladas el juzgador les asigne un mérito que la ley no consagra o les niegue el que ella les otorga.

"Y es precisamente en razón de la diversidad de estas dos especies de yerro probatorio, por lo que la doctrina de la Corte tiene establecido que, en principio, no es posible en un mismo cargo acusar por errores de hecho y de derecho conjuntos en la apreciación de una misma prueba.

"Por otra parte, para que la impugnación por la vía del error probatorio alcance su propósito, es indispensable, cual lo previene el estatuto del recurso (ord. 1o. art. 52 Decr. 528), que por el acusante se demuestre el error que alega, demostración que tendrá que efectuarse, singularizando en todo caso la prueba a que se refiere y haciendo ver, si se trata de error de hecho, la contraevidencia en que haya incidido el juzgador, según lo expuesto atrás, y si se trata de error de derecho, la violación de la norma probatoria correspondiente, cuya cita no podrá omitirse. Solo así se obtendrá la *precisión* que para la censura reclama el art. 63 ibídem.

"Por lo mismo, no es dable en casación acusar a través del planteamiento global del problema probatorio, en procura de que la Corte llegue a una convicción distinta de la profesada por el Tribunal; y es frustráneo todo empeño que, saliéndose de los estrictos cauces imperados por la técnica del recurso, tienda a ensayar un examen de la cuestión litigiosa, diferente del realizado por el sentenciador. Todo esto, porque factor de primer orden de su poder decisorio es el de la discreta autonomía que por ley le compete para la apreciación de las cuestiones de hecho que las pruebas encarnan; porque el recurso de casación no es una instancia más del juicio; y porque el fallo recurrido sube a la Corte amparado por la presunción de acierto" (cas. 22 agosto 1969, en juicio de José Abel Ayala contra Juan Clímaco González y otras, aún no publicada en la Gaceta Judicial).

10. Analizado, pues, el cargo de que se trata, según el módulo de estos requerimientos, se observa:

a) Que dice acusar simultáneamente por errores de hecho y de derecho probatorios, sin discriminar los unos de los otros, pretendiendo amalgamar los dos yerros de esta especie en un reparo de conjunto, lo que, como está visto, es inadmisible en casación;

b) que, para la hipótesis de que el acusamiento, contra lo que resulta, se entendiera intentado en el campo del error de derecho, no se indica cuáles fueran las normas de valoración probatoria que pudieran haber sido infringidas por el sentenciador;

c) que, habiéndose de sopesar la censura en el medio del error de hecho, en que podría entenderse ubicada por el tratamiento que preferentemente le da el impugnador, este se limitó a afirmar que los elementos que relaciona, a saber: los contratos de compraventa de bienes muebles, celebrados entre el actor y Sears Roebuck de Colombia S. A. y cuyos documentos se acompañaron a la denuncia penal formulada por Hernando Peñaranda Contreras; la propia denuncia hecha por este, manifestando obrar a nombre del departamento de crédito de la nombrada sociedad; la nota que se dice enviada por el mismo departamento de crédito al juez instructor en que aparece designarse a Eduardo Gómez Vahos para el reconocimiento de la mercancía comprendida en la denuncia; y la diligencia de inspección ocular relativa a tal reconocimiento, en la que el dicho Gómez Vahos se muestra obrando como empleado de esa empresa, demuestran

en conjunto que aquella denuncia constitutiva del hecho dañoso, fue puesta por obra y por cuenta de la misma sociedad.

Pero este discurrir del recurrente resulta ser apenas una operación indiciaria que él realiza para contraponerla a la conclusión sacada por el sentenciador en sentido contrario, frente a los mismos medios. Tiénese así que, aparte el dicho del propio denunciante Peñaranda Contreras, que por no provenir de la sociedad demandada no la vincula, el impugnante no señala cuál sea la concreta prueba que establezca que el denunciante era dependiente de la referida sociedad, con facultad para presentar tal denuncia, o que fuese un comisionado suyo al efecto; como tampoco que lo fuera quien aparece como encargado para reconocer la mercancía en la diligencia de inspección, ya que sobre esto último el acusador no pasa de proponer una suposición, cuando argumenta que "debe *suponerse* que (el gerente del departamento de crédito) fue el firmante de la comunicación dirigida al Juzgado que conoció de dicho proceso, por medio de la cual se autorizó al Sr. Eduardo Gómez Vahos para reconocer la mercancía que pertenece a este almacén".

11. Ciertamente, el sentenciador ante las afirmaciones que estimó "escuetas" de Peñaranda Contreras en la interposición de la denuncia y en la diligencia de careo practicada en el citado negocio penal, de hablar en nombre de los almacenes "Sears", y aun vista la circunstancia de que el denunciante tuviera en su poder los documentos de los contratos celebrados por la sociedad con Del Giudice Uribe, y pensando en que esta última ocurrencia bien pudo obedecer a motivos distintos al de ser el denunciante empleado de esos almacenes, concluyó en que "por mucho, ello constituiría un indicio simple, ni siquiera necesario de la dependencia entre el denunciante y la demandada"; que "estos indicios no forman plena prueba al tenor del art. 665 del C. J."; y que "ya se vio cómo la sociedad demandada no aceptó los hechos de la demanda y se atuvo a los que aparecieron probados, por lo cual no es posible dar por establecido el hecho de la dependencia entre el agente del daño y el responsable...".

12. El razonamiento del Tribunal en la verificación de la cuestión de hecho, a través del examen por él practicado del acervo probatorio, se abroquela en la autonomía que por ley le compete en la apreciación de los medios, sin que sus conclusiones en el orden fáctico puedan serle quebradas en casación, mientras no se le convenza de contraevidencia en el punto. Esta la obligada resultante del *arbitrium judicis* de que está investido en orden a la posibilidad de ejercicio de su *facultas juris dicendi*.

13. No demuestra, pues, el recurso ni que el sentenciador hubiera dejado de ver determinado medio directo, que acredite que la denuncia penal contra el actor se gestionó por obra y cuenta de la demandada; como tampoco que el juzgador hubiera incurrido en contraevidencia en el tratamiento de la prueba indiciaria, al deducir que los elementos probatorios por él investigados no constituían indicio suficientemente demostrativo de la situación de relación o dependencia del gestor de la denuncia respecto de la dicha sociedad.

14. Así, el cargo, reducido a un ensayo de contraposición de las razones del recurrente a las del sentenciador, no pasa de ser una crítica global del problema probatorio, que en manera alguna podría lograr por sí sola la finalidad de la casación.

Se desecha, pues, el cargo.

15. *Segundo cargo.*- Si para rechazarlo no fuera ya suficiente lo expuesto en el despacho del anterior, como quiera que el segundo parte de un supuesto de hecho cuya falta de prueba es precisamente el apoyo en que descansa la sentencia recurrida, por lo cual sin desvirtuar tal base la acusación es también ineficaz, resulta que el cargo se deshace en los términos de su mismo planteamiento, porque está formulado por aplicación indebida de los arts. 2347 y 2356 del C. C., determinativos el primero de la responsabilidad por el hecho de otro y el último de la responsabilidad por las actividades peligrosas.

Pero, si el Tribunal, confirmando la sentencia del juez *a quo*, absolvió de responsabilidad a la demandada, mal puede tratarse de aplicación alguna de estos preceptos legales en la decisión del juicio, los que para haber sido violados por indebida aplicación requerirían el que la sentencia hubiera sido condenatoria con base en ellos.

En otros términos: la sentencia que en modo alguno otorga lo dispuesto en un precepto, no lo emplea, sino que por el contrario prescinde de él.

La censura es inane.

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 once (11) de abril de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso.

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

Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Blanco Cabrera, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava, Arturo Tapias Pilonieta, Conjuez.

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

REVALIDACION DEL PAPEL COMUN USADO EN LA ACTUACION

La falta de revalidación del papel común usado en la actuación no veda a la parte renuente a formular peticiones, sino que inhibe al Juez para resolverlas. Si este decide sobre lo impetrado y la contraparte no recurre oportunamente, el proveído queda ejecutoriado y debe cumplirse.

El precepto del art. 351 del C. J. según el cual "La parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear", es una norma que va dirigida directamente al Juez y no a las partes; contiene una prohibición al Juez de oir a la parte que adeude el valor de las estampillas, mas no una prohibición a esta de actuar. No le veda a la parte renuente formular peticiones dentro del proceso, sino que se limita a prohibir al Juez resolvérselas mientras no revalide el papel común, vale decir, durante el tiempo en que permanezca ese papel sin revalidar, que tal significa, según el diccionario de Real Academia, el adverbio de tiempo mientras. Luego verificado el suministro de las estampillas a que dicha disposición se refiere, cesa la prohibición para el Juez, el cual debe oir, entonces sí, a dicha parte. Oir a la parte no significa otra cosa que resolver su petición, favorable o desfavorablemente; no oirle es abstenerse de resolver esa petición. Por consiguiente, no oir a la parte no puede equivaler nunca a negarle sus peticiones, puesto que al negárselas se le está oyendo. Es la función del Juez de proveer la que queda en suspenso mientras no se revalide el papel común, la facultad de la parte renuente para actuar.

Tratándose de peticiones que pueden formularse en cualquier oportunidad, no se necesita requerir a la parte para que revalide el papel; pero cuando se trata de solicitudes que han de presentarse dentro de un término perentorio, ha de señalársele un plazo para que lo haga, vencido el cual se entra a decidir la petición si se cumplió con el requisito o se le niega por no haberlo hecho y no poder quedar paralizado el proceso indefinidamente.

Si el Juez oye a la parte que adeuda estampillas, la contraria puede recurrir de la providencia que le resolvió a aquella su pedimento a efecto de que se abstenga de resolverlo hasta tanto no lleve a cabo la revalidación; pero si por no haber hecho reclamo oportuno se ejecutoría la providencia en cuestión, la resolución respectiva surte todos sus efectos.

Interpretado el art. 351 del C. J. en la forma anotada, se evita, de un lado, que el proceso se demore por la simple voluntad de la parte renuente que no ha cumplido con la carga de revalidar el papel común, y de otro, no quedan expuestas las partes a continuas y celadas y sorpresas, incompatibles con el principio de la lealtad de las partes que deben regir los debates judiciales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: noviembre 14/69. - Acta No. 88).

Encuéntrase en la Corte el juicio ordinario de Edgardo y Antonio Juan Maza contra Rosa Torres de Juan y otros, para decidir sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto por dos de los demandados contra la sentencia de 10 de junio postrero, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

En el escrito que antecede, solicita la parte demandante se rechace el recurso en atención a que, cuando este se interpuso, los recurrentes "eran deudores de... papel común empleado en las actuaciones", y, consiguiente, a la concesión del mismo ha debido preceder un requerimiento para que se revalidara el papel, o una revalidación voluntaria, lo que no ocurrió.

Para resolver se considera:

El precepto del art. 351 del C. J. según el

cual "la parte renuente no es oída en el juicio mientras no consigne en estampillas de timbre nacional el doble del valor del papel sellado que ha debido emplear", es una norma que va dirigida directamente al Juez y no a las partes; contiene una prohibición al Juez de oir a la parte que adeude el valor de las estampillas, mas no una prohibición a este de actuar. No le veda a la parte renuente formular peticiones dentro del proceso, sino que se limita a prohibir al Juez resolvérselas mientras no revalide el papel común, vale decir, durante el tiempo en que permanezca ese papel sin revalidar, que tal significa, según el diccionario de Real Academia, el adverbio de tiempo mientras. Luego verificado el suministro de las estampillas a que dicha disposición se refiere, cesa la prohibición para el Juez, el cual debe oir, entonces sí, a dicha parte. Oir a la parte no significa otra cosa que resolver su petición, favorable o desfavorablemente; no oirle es abstenerse de resolver esa petición. Por consiguiente, no oir a la parte no puede equivaler nunca a negarle sus peticiones, puesto que al negárselas se le está oyendo. Es la función del Juez de proveer la que queda en suspenso mientras no se revalide el papel común, no la facultad de la parte renuente para actuar.

Tratándose de peticiones que pueden formularse en cualquier oportunidad, no se necesita requerir a la parte para que revalide el papel pero cuando se trata de solicitudes que han de presentarse dentro de un término perentorio, ha de señalársele un plazo para que lo haga, vencido el cual se entra a decidir la petición si se cumplió con el requisito o se le niega por no haberlo hecho y no poder quedar paralizado el proceso indefinidamente.

Si el Juez oye a la parte que adeuda estampillas, la contraria puede recurrir de la providencia que le resolvió a aquella su pedimento a efecto de que se abstenga de resolverlo hasta tanto no lleve a cabo la revalidación; pero si por no haber hecho reclamo oportuno se ejecutoría la providencia en cuestión, la resolución respectiva surte todos sus efectos.

Interpretado el art. 351 del C. J. en la forma anotada, se evita, de un lado, que el proceso se demore por la simple voluntad de la parte renuente que no ha cumplido con la carga de revalidar el papel común, y de otro, no quedan expuestas las partes a continuas celadas y sorpresas, incompatibles con el principio de la lealtad de las partes que deben regir los debates judiciales.

Tocante al caso que se examina cabe observar, en primer término, que el peticionario no dice cuáles son las hojas de papel común que los recurrentes debían revalidar, y no lo hicieron; y en segundo lugar, que como el Tribunal les concedió a aquellos el recurso de casación que interpusieron y, sin reparo de la parte demandante, se ejecutorió el auto respectivo, la Corte no puede desconocer sus efectos por la causa alegada por los demandantes. Por lo demás se trata de una sentencia dictada en juicio ordinario por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, susceptible, por lo mismo, de ser acusada en casación, de conformidad con el art. 50 del Dcr. 528 de 1964, razón por la cual ha de declararse admisible el recurso que contra ella se interpuso.

En tal virtud se resuelve:

Niégase la solicitud formulada por la parte demandante en el escrito que antecede.

Es admisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso.

Notifíquese.

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

REIVINDICACION

No se requiere la exhibición del certificado a que se refiere el art. 635 del C. J.

El precepto del art. 7o. de la Ley 200 de 1936 sólo tiene aplicación cuando un particular invoca propiedad privada sobre un predio urbano, frente a la Nación (LXIV, 589; LXXII, 749 y 785).

Para el ejercicio de la acción de dominio no se requiere la exhibición del certificado a que se refiere el art. 635 del C. J., porque esta especie de controversias no está destinada a demostrar la validez de sucesivas transferencias de la propiedad de la finca reivindicada en el lapso de treinta años, sino a confrontar el título del actor con el del demandado, o con la posesión que este alega, para decidir en cada caso y solo con efecto entre las partes litigantes, cuál de esas situaciones debe respetarse por ser jurídicamente prevaleciente (LXI, 439 y 728; LXII, 93; LXXVIII, 392).

Cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse este, ha de señalarse la norma que fija su valor, demostrarse la existencia del error y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: diciembre 2/69. - Acta No. 93).

Decídese el recurso de casación interpuesto por el personero de algunos de los demandados contra la sentencia de 9 de noviembre de 1965, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario promovido por Dolores Giraldo v. de Chois y otros contra Alejandro Sandoval y otros.

EL LITIGIO

Ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cali, Dolores Giraldo v. de Chois, en su propio nombre y como representante convencional de Pedro Nel, Dídimo, Ana René y Deyanira Chois Giraldo, llamó a juicio ordinario de mayor cuantía a Alejandro Sandoval y a cuarenta y nueve personas más, señaladas en el libelo, a efecto de que se les condenase a restituir a los demandantes los lotes de terreno poseídos individualmente por cada uno de los demandados y debidamente determinados por sus linderos, que forman parte de un globo de terreno de su propiedad, hoy barrio "Primitivo Crespo" de la ciudad de Cali, y a pagarles los frutos respectivos como poseedores de mala fe.

Los hechos fundamentales de la demanda se resumen así:

a) En la diligencia de remate llevada a cabo el 25 de septiembre de 1919, registrada el 28 de noviembre siguiente bajo la partida número 993, fl. 594, del libro primero de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, la Junta Municipal de Hacienda de esa ciudad adjudicó a Espíritusanto Torrijos el globo de terreno que por su ubicación y linderos se determina en el hecho primero de la demanda.

b) Parte de ese terreno lo transfirió Torrijos a Antonio Chois mediante la escritura 421 de 18 de junio de 1931, pasada ante el Notario 1o. de Cali, y por escritura 491 de 19 de agosto siguiente, otorgada en la misma Notaría, el citado Torrijos transfirió a Antonio Chois "todos los derechos y acciones de dominio que el exponente le restan en una manga" que hace parte del globo de terreno que aquel adquirió por remate.

c) Muerto Antonio Chois, se adjudicó en común y proindiviso a Dolores Giraldo de Chois, y a Pedro Nel, Dídimo, Ana René, Rubén y Deyanira Chois, el inmueble a que se refieren los literales anteriores, y las hijuelas respectivas fueron debidamente registradas.

d) "No obstante la legalidad y la perfecta tradición de los títulos por un lapso superior a treinta años... el señor Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular de Cali, en un documento certificado y auténtico de fecha 4 de julio

de 1956, debidamente protocolizado ante la Notaría Segunda de este Circuito, por medio de la escritura pública No. 4.340 de 19 de septiembre de 1958, registrada en la Oficina de Registro de Cali, el 29 de los mismos mes y año, bajo partida No. 5.237, a folios 237/238, del tomo 114, del Libro de Registro No. Segundo, DECLARO que 'la Junta Administradora de Bienes Municipales en su sesión de fecha 3 del mes en curso, Acta No. 8 de acuerdo con el estudio de los títulos del terreno en mención, reconoció que los herederos del señor Antonio Chois son los únicos propietarios del lote de terreno comprado por éste a Espíritusanto Torrijos' y *Certifico* que 'el remate que se llevó a efecto el 25 de septiembre de 1919 del lote determinado en el punto a) de esta certificación, no se hizo en consideración a la cabida del mismo lote, sino como cuerpo cierto y determinado, y, en consecuencia, el Municipio de Cali, no tiene derecho alguno sobre el citado lote'. 'Que el Municipio de Cali, como vendedor, no sólo carece de derecho sobre el citado lote, sino que legal y moralmente tiene la obligación de hacer respetar la posesión del rematador y de sus causahabientes. Que por lo mismo, los herederos del señor Antonio Chois, que son los actuales propietarios tienen todos los derechos que les otorga la ley' para 'gozar y disponer del mencionado bien, no siendo contra ley'. Y, 'que por haberse verificado el remate del lote descrito, como cuerpo cierto, el Municipio no tiene acción de cabida, reglamantada en los arts 1887 y ss. del C. C."

e) Amparados por esos títulos y por la posesión material que tenían sobre el mencionado globo de terreno, procedieron los demandantes a urbanizarlo, con autorización de la Secretaría de Obras Públicas de Cali, y de tal urbanización hace parte el barrio "Primitivo Crespo".

f) Con motivo de las obras de urbanización, en el año de 1949 gran número de personas, entre las cuales se encuentran las demandadas,, invadió el predio urbanizado, arrebatándoles a los demandantes la posesión material que hasta entonces tenían; y aunque en varias ocasiones, por virtud de las querellas de policía instauradas por la familia Chois, las autoridades lanzaron a los invasores, estos volvían a ocuparlo.

g) "Al llevarse a cabo una diligencia de entrega de predios ocupados, dentro de una querella de statu quo, los doctores Carlos Borrero Siniterra y Alberto Bonilla Aragón, en su condición en ese entonces de Acalde Mayor y Personero, respectivamente, mientras se llegaba a un arreglo sobre precio entre los ocupantes y la familia Chois". Esta tregua fue aprovechada por los invasores de mala fe para construir con la mayor rapidez habitaciones de ladrillo, negándose después a todo arreglo.

h) Así fue como los demandados ocuparon los distintos lotes de terreno que se singularizan en el libelo, dentro del predio urbanizado, y como los "están ocupando directa o indirectamente, de mala fe y por lo tanto sin ningún derecho legítimo que los ampara".

Por auto de 12 de diciembre de 1958 el Juzgado admitió la demanda, ordenó correr traslado de ella a los demandados, y, en atención a que la parte actora manifestó que ignoraba la residencia de aquellos, ordenó su emplazamiento en la forma prescrita por el art. 317 del C. J. Algunos de los demandados, veintiocho en total, confirieron poder a un abogado, quien los ha representado en el juicio; a los demás se les designó un curador ad litem.

Adelantado el trámite del proceso con la oposición del apoderado de unos de los demandados y del curador ad litem de los otros, el Juzgado desató la litis en sentencia de 18 de febrero de 1963, mediante la cual condenó a aquellos "a entregar dentro del término de treinta días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia el inmueble que por su situación y linderos ha quedado especificado en el cuerpo de esta misma", y a pagarles los frutos civiles y naturales de los bienes que cada uno de los demandados debe restituir, desde la fecha en que entraron a poseerlos, y las costas del juicio.

Habiendo fallecido el abogado que representaba a algunos de los demandados y comunicándose a estos ese hecho, diecinueve de ellos acreditaron un nuevo apoderado, el cual recurrió en apelación contra la sentencia del Juzgado. El personero de la parte actora apeló igualmente de ese fallo en la parte desfavorable, o sea en cuanto a "la condenación que conjuntamente se hizo a los demandados para la devolución del globo de tierra materia de la reivindicación, sin tener en cuenta los lotes que cada uno de los demandados posee individualmente, conforme a los términos de la demanda.

El Tribunal decidió la alzada en sentencia de 9 de noviembre de 1965, mediante la cual aclaró la de primer grado en el sentido de condenar a los demandados a entregar a los demandantes "los inmuebles de que están en posesión, pertenecientes al barrio 'Primitivo Crespo', en los terrenos llamados de Aguablanca de la ciu-

dad de Cali", debidamente singularizados; confirmó la condena al pago de frutos, con la adición de que se liquidarían mediante el procedimiento señalado en el art. 553 del C. J.; dispuso que "respecto de las mejoras existentes y de que se ha hecho mención al relacionar cada uno de los inmuebles objeto de este juicio, se considera a los demandados como poseedores de mala fe"; confirmó la condena al pago de costas y ordenó el registro de las sentencias tanto de primera como de segunda instancia, previa cancelación de la inscripción de la demanda.

Contra esta decisión interpuso el procurador judicial de algunos de los demandados el recurso de casación de que conoce la Corte.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Luego de hacer el planteamiento de la cuestión litigiosa, examina el Tribunal la alegación sobre indebida acumulación de acciones formulada por la parte demandada, para concluir, con fundamento en los arts. 209 y 398 del C. J., que tal acumulación sí es procedente.

Entra, sobre esta base, al estudio de las condiciones axiológicas de la acción de dominio, comenzando por la concerniente a la singularidad e identidad del bien que se reivindica. Observa a este respecto que al terminar la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, el apoderado de los demandados dejó testimonios de que, a pesar de la buena voluntad del señor Magistrado y de los peritos, la identificación no fue satisfactoria, pues "los linderos generales de ese inmenso predio de 70.000 mts. que son base de este juicio reivindicatorio, fueron buscados y no encontrados por el personal de la diligencia", y "la localización, alinderación y mensura de los predios de los demandados... no corresponden en forma exacta a los hechos de la demanda", por lo cual tendría que basarse el Tribunal, para establecer la identidad de los inmuebles que se reivindican, en el plano presentado por la parte demandante pero que no fue aprobado por ninguna oficina municipal, ni tiene firma que lo respalde.

Advierte luego, contra la anterior afirmación del personero de los demandados, "en la inspección ocular de la primera instancia fueron identificados en el terreno, tanto el globo de mayor extensión que remató el señor Espíritusanto Torrijos ante la Junta Municipal de Hacienda de Cali, el mismo a que se refiere el primero de los hechos de la demanda, como el que haciendo parte de este enajenó el dicho adjudicatario al señor Antonio Chois, y los lotes que posee cada uno de los demandados", y que así lo pusieron de presente los peritos que en esa diligencia intervinieron. Transcribe apartes del respectivo experticio para confirmar su aserto, y a continuación agrega:

"Ya en la inspección ocular que se llevó a cabo por el Tribunal y en relación con el globo de terreno de mayor extensión quedó consignado en el acta de 14 de agosto de 1963: '... A continuación el señor Magistrado y el personal de la diligencia procedió a identificar la extensión del globo de terreno a que se refiere el hecho primero de la demanda de 60.970 mts.^{2} cuyos linderos son: Norte, el camino que conduce al Paso de Navarro o calle 26; sur, con posesión que es o perteneció al señor Braulio Manzano y Jacinto Martínez; por el oriente, con posesión que es o fue del señor Espíritusanto Torrijos; y por el occidente, con zona del Ferrocarril del Pacífico y con posesión que es o fue de Tobón & Cía. Al verificar la identificación de estos dos globos de terreno, se constató que el determinado conforme al plano acompañado a la demanda, está comprendido y hace parte del determinado en el primer hecho de la motivación o sea el que se dice tener 60.970 mts.^{2}

"En esta diligencia intervinieron los peritos principales doctores Hernando Miller y Humberto Domínguez, y el perito tercero doctor Hernando Sarria M.

"En desacuerdo con el dictamen del primero, el segundo y el tercero de los nombrados estuvieron de acuerdo en afirmar que el globo general rematado por el señor Torrijos y el vendido por este al señor Chois fueron enteramente identificados, y que el segundo hace parte del primero.

"Ante esta observación, enteramente de acuerdo con las otras piezas del proceso podría prescindirse de los planos que el Dr. Vallejo C. ha tachado por no estar debidamente autorizados por la oficina que debe refrendarlos.

"Los peritos Miller y Sarria M. también pusieron de presente, en el punto segundo de sus respectivas exposiciones, que de la extensión a que se refiere el hecho primero hacen parte también los terrenos que constituyen los barrios conocidos con los nombres de "Once de noviembre" y "Simón Bolívar". Así que si estos, en el sector en que se hallan los lotes de la reivindicación, integran el globo de 60.970 mts.^{2} adjudicado al señor Espíritusanto Torrijos, la alegación del apoderado doctor Vallejo contra la identificación de los

predios sub lite carece de consistencia, pues el objeto del juicio es apenas parte de esa extensión mayor.

"Tampoco peca contra la falta de identidad de los lotes de algunos de los demandados el hecho de que la cabida real o que constataron los peritos no concuerda con la expresada en el libelo pues su determinación como cuerpo cierto poseído por el demandado y por sus causahabientes es el que cuenta para la prosperidad de la acción".

Estima el sentenciador que con los testimonios de Carlos Julio Licuara, Armando Renza y Alfonso Sánchez Collazos se demuestra la posesión que los demandantes tenían sobre los terrenos de "Aguablanca", hoy barrio "Primitivo Crespo", y "el hecho de habérsele arrebatado por los actuales detentadores, o sea los demandados y al propio tiempo poseedores u ocupantes con ánimo de dueños". Transcribe apartes de la declaración del testigo Alfonso Sánchez Collazos, quien levantó los planos de la urbanización, "por la calidad del testigo, la presentación responsiva de su exposición y porque está de acuerdo en lo principal con los otros testimonios", y concluye así:

"Frente a la casi total ausencia de prueba de la parte demandada, el Tribunal encuentra en la producida por el demandante la demostración de los elementos que, al tenor del art. 946 del C. C., hacen procedentes esta acción de dominio cúales son: el derecho de propiedad de los actores, la anterior posesión de estos y la que injustamente detentan ahora los demandados, y, por último, la singularidad o identidad de los lotes objeto de la acción revindicatoria en ejercicio".

Encuentra el sentenciador acertada la calificación de posesión de mala fe que el a quo dio a los demandados, pues "ante la presunción legal de buena fe que establece el art. 769 de la misma obra, se ofrece a la Sala, cómo una realidad procesal, la ausencia de toda prueba de dominio por la parte demandada, que justifique o siquiera disculpe la posesión que ejerce, lo cual induce a destruir esa presunción". Estima, en consecuencia, que es el caso de aplicar el art. 964 del C. C. en cuanto al pago de frutos por parte de los demandados, y el 966, incs. 5o. y 6o., en lo tocante a mejoras, advirtiendo que "aun cuando entre las peticiones de la demanda no se hizo alusión al pago de mejoras, como tampoco en el fallo de primera instancia, por tratarse de una de las llamadas prestaciones mutuas debe disponerse de oficio lo que es de ley".

LA DEMANDA DE CASACION

Formúlanse en ella tres cargos a la sentencia de segunda instancia, todos ellos dentro del ámbito de la causal primera, que la Corte resume así:

Primer cargo

Se acusa el fallo recurrido "por violación de los arts. 1857, inc. 2o., 669, 673, 740, 745, 749, 752, 756, 759, 762, 946, 950, 961, 964, 966, inc. 5o. del C. C., a consecuencia de errores de derecho en la apreciación de la escritura pública número 961 del 11 de diciembre de 1919, Notaría Primera de Cali fls. 7 y ss. cdno. 2o., y del certificado del Registrador que obra a fls. 27 v. a 38, cdno. 1o.

Al desarrollarlo expresa el recurso que el derecho de dominio sólo se adquiere por uno de los modos determinados en el art. 673 del C. C., y que dentro de ninguno de ellos cabe el remate efectuado ante la Junta de Hacienda Municipal de Cali, de que trata la escritura 961 precitada, ni aún habiéndose registrado el acta respectiva en el libro primero de la oficina de Registro correspondiente; que no hubo tradición porque para que esta sea válida requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, etc., y si se trata de bienes raíces es indispensable que dicho título se otorgue por escritura pública conforme lo dispone el art. 2577 del C. C.; que el acta de remate en referencia fue protocolizada por medio de la escritura 961 mencionada "mas no fue otorgado el acto de enajenación por escritura pública, como era de rigor al tenor del art. 2577 del C. C."; que el rematante sólo adquirió el derecho a que el Municipio de Cali le otorgara la escritura pública de compraventa del inmueble subastado para que se perfeccionara la enajenación; que al darle al acta de remate protocolizada por la citada escritura 961 el mérito de prueba de la transferencia del dominio del Municipio de Cali al rematante Espíritusanto Torrijos, infringió el Tribunal el art. 1760 del C. C. a cuyos términos "la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se promete reducirlos a instrumentos públicos...", y el 749 ibídem, según el cual "si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas". De donde concluye el recurso que si Torrijos "no adquirió el dominio por virtud de tal acto, mal ha podido a su vez transferirlo al señor Antonio Chois, cau-

sante de los demandantes, ni estos adquirirlo de aquel, conforme al art. 752, C. C.".

Agrega que el sentenciador incurrió igualmente en error de derecho en la apreciación de la prenombrada escritura 961, "porque ella no se registró en el libro 1o. sino en el libro 2o. y según el art. 2637, num. 1o., en armonía con los arts. 2641, 2652, 2673 y 2674, C. C., esa escritura carece de mérito probatorio del acto mismo y desde luego de la tradición la que jurídicamente no se efectuó (arts. 756 y 759 C. C.). En efecto, —dice— los arts. 2637, num. 1o. y 2641, ordenan la inscripción de los actos de enajenación de inmuebles en el Libro No. 1 y el art. 759 niega efectos a la inscripción si esta no se verificó en los términos que dispone el título XLIII, C. C. Finalmente, el art. 2673, misma obra, dice: Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código y el art. 2674 agrega: 'Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro'. Todo lo cual confirma el error jurídico del sentenciador al estimar las citadas Acta de Remate y escritura que contiene el acto de su protocolización".

Se refiere luego el censor a las escrituras por medio de las cuales Espíritusanto Torrijos vendió a Antonio Chois el globo de terreno que adquirió por remate, y a la de protocolización del juicio de sucesión del segundo, y observa que al dar por probado con tales instrumentos el derecho de dominio de los demandantes sobre ese globo de terreno, desconoció el sentenciador el art. 7o. de la Ley 200 de 1936, según el cual "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria", o sea 30 años; y el 752 del C. C. que reza: "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada...".

Dice, por último, que el Tribunal incurrió también en error de derecho o "al estimar los títulos que se acaban de especificar, y en particular el certificado del registrador de Cali, que obra a fls. 27 a 38, C. 1o., como prueba del dominio que alegan los demandantes sobre los lotes que integran el globo de terreno que pretenden reivindicar, puesto que en tal certificado constan un centenar de enajenaciones de dichos lotes por una extensión total que copa la mayor parte de los lotes que se pretende reivindicar, enajenaciones hechas por los mismos actores lo que demuestra plenamente, al tenor de los arts. 632 y 635 C. J., que dichos demandantes no tienen el dominio que alegan".

Como secuela de estos errores de derecho en la apreciación de las pruebas mencionadas, estima el recurrente que violó el sentenciador, por indebida aplicación, las disposiciones señaladas en el encabezamiento de la censura.

Segundo cargo

Acusa la sentencia de segundo grado como violatoria, "por aplicación indebida, de los arts. 669, 950, 961, 964, 966 y 762 del C. C., a consecuencia de error evidente de hecho en la apreciación del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cali, visible a fls. 27 v. a 38 del cdno. 1o., y del dictamen de los peritos que obra a fls. 15 a 20, 21 a 24 v. y 27 a 31 mismo cdno., de las escrituras que obran a fls. 3 a 22, v., cdno. 1o. y de la inspección ocular y peritación de fls. 12 v. a 19, cdno. 2o.".

Hácese consistir el error en el hecho de haber reconocido el Tribunal a los demandantes como dueños de las parcelas que reivindican, cuando en el proceso no se estableció si cada una de tales parcelas forman parte de la porción que les quedó a los demandantes después de hechas las enajenaciones a que se refiere el certificado del Registrador, o si, por el contrario, hacen parte de la porción enajenada. "Y como el Tribunal —dice el recurso— desatendió la evidencia que surge del certificado en mención y afirmó respecto de los actores un dominio que ellos no tienen porque lo habían enajenado antes de presentar la demanda en este juicio, cometió *error evidente de hecho* en la apreciación del relatado certificado del registrador de Cali, y de las inspecciones oculares y los dictámenes periciales antedichos, cuya lectura dice notoriamente que en esas diligencias no se estableció la identidad entre la parte de tierra cuyo dominio se reservaron los actores y las parcelas o globos que se reivindican y que el Tribunal ordena a los demandados restituir a los actores, faltando así un presupuesto esencial de la acción invocada, presupuesto que la sentencia acusada da por establecido, contrariando la evidencia que surge de los aludidos certificados, inspecciones oculares y dictámenes

periciales". De donde concluye el censor que el Tribunal violó, por aplicación indebida y como secuela del indicado error de hecho, las disposiciones señaladas en el cargo.

Agrega que "como los demandantes han probado con el certificado que ellos mismos acompañaron a su demanda, que enajenaron gran parte de la tierra que pretenden reivindicar, constituye error evidente de hecho decir que de los títulos que obran a fls. 3 a 22 v., cdno. 1o. y 7 a 8, cdno. 2o., surge la prueba del dominio que alegan los actores sobre el inmueble a reivindicar, y que de las inspecciones oculares y dictámenes periciales de fls. 3 a 31, cdno. 4o., y fl. 12 v. a 19, cdno. 2o., surge la identidad del bien a reivindicar, puesto que de modo ostensible lo que allí se lee es que un centenar de lotes, de los comprendidos dentro de dicho inmueble, fue enajenado por los demandantes, quienes obviamente carecen sobre ellos del derecho de dominio, y que ni de tales títulos ni de las inspecciones oculares ni de los dictámenes periciales en mención, surge la identidad de la parte de tierra que les restaba en propiedad a los actores con la formada por los lotes que el Tribunal ordena restituir".

De donde se sigue, según el recurrente, que el sentenciador incurrió en contraevidencia al afirmar que se ha probado con dichos títulos el dominio de los actores y la identidad de los lotes objeto de la presente acción reivindicatoria.

Tercer cargo

Denuncia "violación de los arts. 669, 762, 946, 950, 961, 964 y 966 del C. C., a consecuencia de *error de derecho* en la apreciación de la escritura pública No. 4340 de 19 de septiembre de 1958, Notaría 2a. de Cali y del certificado que por ella se protocolizó (fls. 18 y 19, cdno 1o.), del acta No. 8 de 3 de julio de 1956 (fl. 22 v. del mismo cdno.) y de los títulos que obran a fls. 3 a 15 v. y 27 v. a 38, mismo cdno., y 7 a 9 del cdno. 2o.".

A intento de demostrarlo transcribe el censor el certificado del Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular de Cali y en número 8 de 1956, a que alude la censura, y nota que "ninguno de los dos documentos que se acaban de transcribir fue registrado, y en cuanto a la escritura pública 4340 precitada, como de protocolización que es, sólo se registró en el libro 2o."; que no se trata de una enajenación por escritura pública registrada en el libro primero; que "tales títulos, de consiguiente, carecen de eficacia jurídica para efectuar la transferencia del dominio de los lotes o globo de terreno que se pretende reivindicar, del Municipio de Cali a Dolores Giraldo vda. de Chois y demás causahabientes de Antonio Chois, y menos tienen eficacia probatoria de tal transferencia del dominio, conforme al art. 7o., Ley 200 de 1936 y al art. 635 del C. J. en armonía con los demás textos precedentemente citados"; y que "como el fallo acusado atribuye a los documentos anteriormente citados la calidad de títulos que prueban la adquisición por los actores del dominio sobre los lotes a reivindicar, cometió al hacerlo *error de derecho* en la apreciación de tales documentos, a consecuencia de lo cual violó por *aplicación indebida*" los preceptos señalados en el encabezamiento del cargo.

La Corte Considera

I.- La acusación que en el primero de los cargos que se estudian se le formula a la sentencia de segundo grado, referente al error de derecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación del acta del remate efectuado por Espíritusanto Torrijos ante la Junta de Hacienda Municipal de Cali, y de la escritura pública 961 de 11 de diciembre de 1919, otorgada en la Notaría Primera de esa ciudad, por medio de la cual se protocolizó el acta referida, carece de fuerza impugnativa, puesto que aún en el caso de que fuera fundada, es lo cierto que las hijuelas hechas a los demandantes en la Mortuoria de Antonio Chois, registradas en el libro primero y en el de causas mortuorias el 21 de mayo de 1941, constituyen título suficiente para reivindicar las parcelas singularizadas en la demanda, por ser anteriores a la posesión de los demandados y no haber exhibido estos título alguno que acredite un derecho igual o superior al de la parte actora. "A quien alega el dominio como base de reivindicación —se ha dicho— le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por prescripción". (LXXXVIII, 192).

II.- Son igualmente ineficaces las censuras que se formulan en los cargos primero y tercero, fundadas en que la parte actora no trajo a los autos una cadena de títulos anteriores en 30 años a la vigencia del precepto contenido en el art. 7o. de la Ley 200 de 1936, y en que los allegados por los demandantes carecen de eficacia probato-

ria al tenor de aquella norma y del art. 635 del C. J., por las siguientes razones: a) porque el precepto del art. 7o. de la Ley 200 de 1936 sólo tiene aplicación cuando un particular invoca propiedad privada sobre un predio urbano, frente a la Nación (LXIV, 589; LXXII, 749 y 785), y no es ese el caso de autos; b) porque, con arreglo a derecho, ha sostenido la Corte en numerosas decisiones y de modo uniforme que "para el ejercicio de la acción de dominio no se requiere la exhibición del certificado a que se refiere el art. 635 del C. J., porque esta especie de controversias no está destinada a demostrar la validez de sucesivas transferencias de la propiedad de la finca reivindicada en el lapso de treinta años, sino a confrontar el título del actor con el del demandado, o con la posesión que este alega, para decidir en cada caso y sólo con efecto entre las partes litigantes, cuál de esas situaciones debe respetarse por ser jurídicamente prevaleciente" (LXI, 439 y 728; LXII, 491; LXXII, 93; LXXVIII, 392); y c) porque teniendo como fundamento la acusación formulada en el cargo tercero el error de derecho en que habría incurrido el sentenciador al estimar el mérito de las pruebas indicadas en él, incumbía al censor señalar la norma de valoración probatoria infringida por el Tribunal al ponderar cada una de tales pruebas y demostrar la existencia del error, lo que no hizo.

III.- En ninguno de los grados del juicio se alegó que las partes reivindicadas no se hallaran comprendidas dentro de la porción que, según el certificado del registrador, les quedó a los demandantes después de hechas las enajenaciones relacionadas en ese instrumento, ni ese punto fue considerado oficiosamente por los juzgadores de instancia, y, por consiguiente constituye medio nuevo en casación el planteamiento que de ese extremo hace el recurrente como fundamento del error evidente de hecho que se le atribuye al sentenciador en el cargo segundo, razón por la cual ha de ser desestimado. Mas en el supuesto de que no se tratara de un medio nuevo, el cargo resultaría infundado, pues ni del certificado del registrador precitado, ni del dictamen pericial e inspección ocular a que alude la censura, ni de las escrituras que en ella se mencionan, aparece, sin lugar a dudas, que las parcelas que se reivindican formen parte de las porciones enajenadas por los demandantes, en lo que consistiría la contraevidencia alegable en casación. Síguese, por tanto, que la conclusión a que llegó el sentenciador de que tales parcelas pertenecen a la parte actora y de que la identidad de aquéllas se halla establecida en el proceso, no peca de contraevidencia, y que la censura formulada al respecto es impróspera.

IV.- Finalmente cabe notar que la acusación que denuncia error de derecho en la apreciación de la escritura 4.340 de 19 de septiembre de 1958, pasada ante el notario 2o. de Cali; del certificado expedido por el Personero Delegado para Ejidos y Vivienda Popular de Cali, protocolizado mediante ese instrumento; del acta número 8 de 3 de julio de 1956 y demás documentos a que alude la censura, adolece de la falla fundamental de no haber señalado la norma de valoración probatoria que habría sido infringida por el sentenciador al apreciar cada uno de tales medios de prueba, falla que por si sola la hace ineficaz.

Reiteradamente ha dicho la Corte cuando el fundamento de la censura es el error de derecho en la valoración de un medio probatorio, a más de singularizarse este, ha de señalarse la norma que fija su valor, demostrarse la existencia del error y precisarse su incidencia en la decisión del Tribunal. "No es admisible demostrar el error de derecho en la ponderación de una prueba, sin referir el precepto de disciplina probatoria que se suponga vulnerado por el sentenciador, precepto que por necesidad lógica tendría que informar el punto de partida de la operación dialéctica al respecto. Ello está en ajustada correspondencia con el 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 los fundamentos 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". (Auto de noviembre 3 de 1966, aún no publicado, proferido en el juicio ordinario de Napoleón Castillo C. contra Evangelista Hernández y otro).

RESOLUCION:

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

sentencia de fecha nueve (9) de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el presente juicio ordinario seguido por Dolores Giraldo vda. de Chois y otros contra Alejandro Sandoval y otros.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

RESCISION DE LA VENTA HECHA EN EPOCA DE VIOLENCIA GENERALIZADA

El cuatrenio que sanea el vicio comienza a contarse desde el día en que se declara restablecido el orden público. La ley aclaratoria rige desde la vigencia de la ley aclarada.

El art. 1743 del C. C. señala las notas características de la acción de nulidad relativa o rescisión, al establecer que "no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes".

Son, por tanto, condiciones axiológicas de la acción rescisoria; a) que el acto o contrato se halle afectado de nulidad relativa; b) que se ejercite por la parte en cuyo favor se estableció la rescisión, o por sus herederos o cesionarios; y c) que se instaure antes de que expire el término fijado por la ley para el saneamiento de la nulidad, o sea el de cuatro años establecido en el art. 1750 del C. C. Transcurrido dicho término sin que la parte que tenía derecho a pedir la rescisión lo haga, la nulidad desaparece y, en consecuencia, el acto o contrato queda plenamente válido, como si jamás hubiera adolecido de vicio. El silencio de la parte se mira, entonces, como una renuncia tácita del derecho que tenía para impetrar la rescisión, o como una confirmación presunta del acto o contrato afectado de invalidez relativa.

Ese cuatrienio por disposición expresa del art. 1750 prenombrado, se contará así: en el caso de violencia, desde el día en que esta hubiera cesado, pues es palmario que la parte violentada no puede ejercitar libremente sus derechos sino desde el momento en que cesa la coacción a que estaba sometida; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; y cuando proviene de incapacidad relativa, desde el día en que esta haya desaparecido. Tal precepto fue aclarado por el art. 2o. de la Ley 201 de 1959, en los siguientes términos: "En caso de declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, y para los efectos de la rescisión de actos o contratos viciados por la fuerza, *se entiende que la violencia cesa el día en que se declare restablecido el orden público* (subraya). No obstante lo anterior, la acción puede iniciarse antes de ese evento, si así lo prefiere el demandante. Queda en esta forma aclarado el art. 1750 del C. C.".

El art. 2o. de la Ley 201 de 1959 es una norma aclaratoria del 1750 del C. C., se entiende incorporada en él, por mandato de los arts. 14 del mismo Código y 58 del C. R. P. y M. Es sabido que los preceptos de la nueva ley son obligatorios a partir de la vigencia de la ley aclarada o interpretada, puesto que la voluntad del legislador, tal como la da a conocer la ley interpretativa, hay que tenerla como existente desde entonces. La única valla a la aplicación de estas leyes la constituyen las sentencias ejecutoriadas antes de su vigencia, puesto que los derechos en ellas declarados en contradicción a la verdadera voluntad del legislador, porque pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada no es posible volver a abrir el pleito, (C. J. art. 473). Tal es lo perentoriamente establecido por el art. 14 de nuestro C. C., según el cual "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

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

(Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel).

(Aprobación: diciembre 12/69. - Acta No. 98).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de segunda instancia proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos sesenta y cinco (1965), en el juicio ordinario promovido por Santos Mariño Christian contra Estella Valenzuela de Nieto y otras.

EL LITIGIO

En libelo repartido al Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, solicita Santos Mariño Christian que con audiencia de Estella Valenzuela de Nieto, Cecilia Rojas de Nieto y Ana Dolores Plata Suárez, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1a. Que el contrato de compraventa celebrado entre Santos Mariño Christian y Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, recogido en la escritura pública No. 5361 de veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá, es nulo de nulidad absoluta, por cuanto el consentimiento del vendedor está viciado por el estado de violencia generalizada que reinó en Villavicencio, Intendencia del Meta, hoy Departamento del mismo nombre, en la época de la celebración de la compraventa, fue hijo de la fuerza que vició ese consentimiento, y que permitió a las compradoras el aprovechamiento en su favor de ese estado de anormalidad, en forma que la celebración de ese contrato se tradujo en condiciones tan desfavorables para el vendedor, que hacen presumir que en circunstancias de libertad jurídica, esa compraventa no se hubiese celebrado.

"2a. Que como consecuencia, la actual poseedora inscrita y material del inmueble denominado 'Santa Rosa de Ocoa', señorita Dolores Plata Suárez, está obligada y debe restituir a mi mandante dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin a este litigio el inmueble materia de aquella compraventa, que es el siguiente:

"Una finca denominada 'Santa Rosa de Ocoa', situada en jurisdicción del municipio de Villavicencio, antigua Intendencia del Meta, hoy Departamento del Meta, finca que está compuesta de dos zonas de terreno y que hoy forman una sola propiedad, cuyos linderos particulares son: la primera de las zonas de terreno que forma la finca 'Santa Rosa de Ocoa', se halla alinderada así: del paso del río Ocoa en el camino que conduce a Puerto Barrigón, por todo este camino, hasta encontrar la quebrada grande, está arriba hasta dar con los terrenos de Sergio y Víctor Leal, en donde empieza una trocha que marca linderos con los señores Leal; de este punto en línea recta y bajando por la trocha mencionada, hasta llegar al río Ocoa, en todo este trayecto linda con montañas, rastrojos y potreros de los señores Leal; río Ocoa abajo hasta llegar al paso del río en el camino que conduce a Puerto Barrigón, primer lindero. La segunda de las zonas de terreno que forma la finca de 'Santa Rosa de Ocoa', se halla alinderada así: por el norte, partiendo de una cerca de alambre, que atraviesa el río Ocoa, alinda en la finca de Santa Rosa de Ocoa y siguiendo por la banda derecha de este río, aguas arriba, hasta encontrar un árbol llamado Carne de Vaca, contiguo a un cafeto, colinda en este trayecto con terrenos que posee Víctor Machado, río de por medio; por el occidente, del árbol Carne de Vaca a dar al brazo derecho del río Ocoa, de este punto siguiendo la misma línea a encontrar el caño Maceo, de aquí siguiendo la misma dirección, hasta dar a la quebrada grande, alinda con terrenos de Víctor Machado; por el sur, quebrada grande aguas abajo hasta dar con la pica con línea divisoria de la Hacienda de Santa Rosa de Ocoa, alindes con terrenos del mismo Machado, quebrada de por medio; por el oriente, tomando la pica de quebradagrande que divide los terrenos de El Palmar con los de Santa Rosa de Ocoa, hasta llegar a la rivera de dicho río en el punto de partida. Se aclara que este lote o zona de terreno se denominó anteriormente 'El Palmar', y que por ser colindante con el descrito primeramente y formar con este un solo predio, vino a tomar el nombre del primero.

"3a. Que en consecuencia, el actual poseedor inscrito y material del inmueble 'Santa Rosa de Ocoa', señorita Ana Dolores Plata Suárez está obligada y debe restituir a mi mandante dentro de los siguientes seis días a la ejecutoria del fallo que ponga fin a este litigio, junto con el inmueble 'Santa Rosa de Ocoa', descrito e identificado en la petición anterior, las mejoras, las casas de habitación y de administración del inmueble, y sesenta (60) semovientes, que fueron incluídos en el contrato de compraventa, junto con los productos naturales de estos semovientes que se clasifican así: (50) cincuenta cabezas de ganado vacuno, (6) seis de ganado caballar, y cuatro (4) de caballo nular.

"4a. Que las demandadas Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto están obligadas y deben pagar al demandante los frutos naturales y civiles del inmueble Santa Rosa de

Ocoa, objeto de la presente demanda, y no sólo los producidos sino los que el inmueble pudiera producir con mediana prudencia y cuidado, desde el día veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952) y hasta cuando se verifique la restitución del predio a mi mandante. Y,

"5a. Que el demandado o demandados que se opongan sean condenados al pago de las costas del ejercicio de la presente acción judicial".

Son hechos fundamentales de la demanda:

a) Por escritura número 5.361 de veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), otorgada en la Notaría 7a. de Bogota, Santos Mariño Christian vendió a Estella Valenzuela de Nieto y a Cecilia Rojas de Nieto el inmueble rural denominado "Santa Rosa de Ocoa", ubicado en el Municipio de Villavicencio, con una extensión aproximada de 680 hectáreas, dividida en 8 potreros con cercas de alambre de púas de cuatro cuerdas, más una parte montañosa de 60 hectáreas aproximadamente, una casa de habitación lujosa de ladrillo, cemento y teja de barro y otra para el administrador, comprendido todo el inmueble dentro de los linderos especificados en la petición segunda de la demanda;

b) "Para el día de la compraventa, veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), la Intendencia del Meta, padecía perturbación del orden público, que había dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior";

c) "Para el mes de diciembre del año de 1952, la situación de orden público en el territorio de la Intendencia del Meta era de la más completa anarquía; pues toda la región estuvo dominada y controlada por grupos de bandoleros, que hacían y deshacían a su antojo, y disponían de la vida y de los bienes de los asociados, sin consideración de respeto alguno por las más elementales normas de la moral y del derecho, pues toda la región fue víctima de asaltos, asesinatos en cuadrilla de malhechores, homicidios, incendios, violaciones de mujeres y de niñas, robos y hurtos de ganado, y en general de toda clase de depredaciones, que hicieron absolutamente imposible el derecho de la vida normal, en toda la Intendencia, y muy especialmente el lugar de la ubicación del predio de Santa Rosa de Ocoa, pues en el inmueble la fuerza y la violencia llegaron al extremo de hacer imposible al propietario Santos Mariño Christian no ya vivir en el predio y trabajar en él sino siquiera visitarlo, hasta tal punto que su hermano Policarpo Mariño Christian, quien no practicó la línea de conducta de Santos Mariño de abandonar la región, pereció asesinado en la fundación de El Vergel en jurisdicción de Paz de Ariporo, y Mariño Christian, propietario de la hacienda Santa Rosa de Ocoa, y su administrador y sus trabajadores, con amenazas de muerte fueron obligados a salir del mismo predio".

d) "En las condiciones de fuerza y violencia, y de anormalidad jurídica relacionadas en los hechos segundo y tercero inmediatamente anteriores el propietario del inmueble Santos Mariño Christian, con la finca prácticamente bloqueada, pues no se permitía tener acceso a ella ni se le otorgaba permiso para sacar ganado gordo y las propias autoridades encargadas de dar salvo conducto, se lo negaron advirtiéndole que la única línea de conducta que debía observar era abandonar prontamente la región, para evitar así que lo eliminaran, por todo lo cual Santos Mariño Christian se vio forzado a la enajenación del predio y la exacción llegó a tales extremos que Santos Mariño Christian se vio precisado a otorgar poder especial a las señoras Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, para que sacaran de Santa Rosa de Ocoa 280 novillas gordas que allí pastaban, y poder así beneficiarse del producto de la venta de ellas en la plaza de Bogotá, operación que estas señoras realizaron y de la cual no han dado cuenta al propietario del ganado";

c) Las compradoras recibieron del vendedor, a su satisfacción, el inmueble y demás bienes determinados en el instrumento respectivo, y posteriormente, por medio de la escritura 3.341 de 22 de agosto de 1959, pasada ante el Notario 7o. de Bogotá, vendieron el mismo predio de Santa Rosa de Ocoa a Ana Dolores Plata Suárez, quien es la actual poseedora inscrita y material del mismo.

f) Ante el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio, Santos Mariño Christian promovió demanda de rescisión por lesión enorme contra las compradoras Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, la cual no fue decidida por haberse declarado probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción; y.

g) El predio "Santa Rosa de Ocoa", valía comercialmente, el 20 de diciembre de 1952, una suma superior a $ 600.000.00, y en razón

de su ubicación, de la calidad de sus tierras y del estado general de los potreros, era y es de intensa producción económica.

Las demandadas Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto se opusieron, por medio de apoderado debidamente constituído, a las pretensiones del actor; aceptaron como ciertos los hechos referentes al otorgamiento de las escrituras de venta, a la entrega que el demandante les hizo de los bienes materia del contrato, y a la demanda de rescisión por lesión enorme que aquél les promovió; negaron los hechos restantes, y la segunda de ellas dijo proponer "la excepción perentoria de carencia de acción". La demandada Ana Dolores Plata Suárez se opuso, asímismo, a que se hicieran las declaraciones impetradas en la demanda; manifestó no constarle ninguno de los hechos en que esta se apoya, salvo "el referente a la compra que hizo a sus legítimas dueñas del inmueble a que se contraen las súplicas"; y propuso las que denominó excepciones de "carencia de acción" e "ilegitimidad de personería sustantiva" de la demandada.

Trabada en esta forma la litis, el juzgado del conocimiento la desató en sentencia de 4 de octubre de 1963, mediante la cual denegó las peticiones de la demanda, absolvió, en consecuencia, a las demandadas de los cargos que se les formularon, y condenó en costas al demandante, el cual apeló de esa resolución. Agotado el trámite de la segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por sentencia de 24 de agosto de 1965, revocó la de primer grado y, en su lugar, resolvió:

"Primero.- Declárense no probadas las excepciones de carencia de acción e ilegitimidad de la personería sustantiva, propuestas por la demandada Ana Dolores Plata Suárez;

"Segundo.- Declárase nulo, por cuanto el consentimiento del vendedor estuvo viciado por el estado de violencia generalizada que entonces reinó en Villavicencio, el contrato de compraventa celebrado entre Santos Mariño Christian, como vendedor, y las señoras Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, como compradoras, de la finca 'Santa Rosa de Ocoa' y que está recogido en la escritura pública No. 5361 que el 20 de diciembre de 1952 se otorgó ante el señor Notario 7o. de Bogotá;

"Tercero.- Ordénase la cancelación de este título escriturario y de su inscripción en el registro, en cuanto dice al contrato de venta allí contenido. Para la efectividad de esta ordenación por el juzgado del conocimiento se librarán los oficios a que haya lugar;

"Cuarto.- Condénase a la demandada Ana Dolores Plata Suárez, quien tiene las condiciones civiles atrás indicadas, a restituir al demandante Santos Mariño Christian, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de este fallo, el predio rural denominado 'Santa Rosa de Ocoa', ubicado en la jurisdicción municipal de Villavicencio, Departamento del Meta, distinguido y especificado por los linderos que quedaron consignados en la primera parte de esta providencia, junto con sus mejoras y casas de habitación en él existentes y demás anexidades;

"Quinto.- Deniégase la restitución de los semovientes demandados.

"Sexto.- Condénase al demandante a pagar a las demandadas Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, dentro del mismo plazo indicado en el numeral precedente, la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00) moneda corriente, por él recibido de estas como precio del bien, junto con los intereses causados a la rata legal, desde la fecha en que lo recibió y hasta cuando la devuelva;

"Séptimo.- Condénase a la demandada Ana Dolores Plata Suárez a pagar a su demandante Santos Mariño, los frutos naturales y civiles producidos por el inmueble, desde la fecha de la contestación de la demanda (18 de agosto de 1961) y hasta que se haga la restitución ordenada;

"Octavo.- Condénase al demandante Santos Mariño Ch., quien tiene las condiciones civiles indicadas atrás, a pagar a su demandada señora Ana Dolores Plata Suárez, el valor de las expensas necesarias y útiles invertidas en la conservación del inmueble;

"Parágrafo.- Para la concreción de las condenaciones, a que se contraen los dos numerales inmediatamente precedentes debe seguirse el procedimiento indicado por el art. 553 del C. J.

"Noveno.- Concédese a esta misma demandada Ana Dolores Plata Suárez la facultad consagrada por el art. 967 del C. C., en cuanto dice a las mejoras voluptuarias;

"Décimo.- Ordénase la cancelación del registro de la demanda, previa la cancelación ordenada en el numeral 3o. de la parte resolutiva de esta sentencia;

"Undécimo.- Condénase a las demandadas al pago de las costas del juicio; y

"Décimo segundo.- Sin costas en el recurso".

Contra este fallo interpusieron las demandadas el recurso de casación de que conoce la Corte y que se decide.

LA MOTIVACION DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Considera el sentenciador que "en el presente caso el demandante ejercita, principalmente, según los fundamentos de hecho y de derecho invocados en la demanda, la acción de nulidad de un contrato de compraventa por causa de la violencia generalizada, que consagra y regula el art. 1o. de la Ley 201 de 1959"; que con antelación a la vigencia de esta norma, "creada como medio eficaz para impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio, la nulidad de las enajenaciones de inmuebles por vicios del consentimiento, y concretamente en aquellas en que el comprador se aprovecha del temor en que su vendedor se encontraba por causa del clima de violencia, debían decidirse judicialmente a través de los principios que conforme a los arts. 1513 y 1514 regulan genéricamente la violencia como vicio del consentimiento"; pero que una vez que entró a regir la Ley 201 precitada, la fuerza como vicio del consentimiento, en los casos a que ella se refiere, "debe considerarse con base en los elementos propios de ese Estatuto, según el cual es bastante cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad que dio lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior se haga en la celebración de un contrato, para que se le repute viciado por fuerza en el consentimiento, siempre y cuando que el aprovechamiento se traduzca en condiciones tan desfavorables para el otro contratante que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no lo hubiera celebrado"; que, en consecuencia, son tres los elementos esenciales de la acción consagrada en el art. 1o. de la Ley 201 prenombrada, a saber: "a) estado de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior; b) celebración del acto o contrato que se busca rescindir, dentro de ese estado de anormalidad jurídica; y c) un aprovechamiento considerable por parte de uno de los contratantes".

Examina luego cada uno de tales requisitos y los encuentra satisfechos en este proceso, así:

a) Tiene por probado "que la región donde se halla ubicada la finca Santa Rosa de Ocoa, que es objeto de esta litis, jurisdicción municipal de Villavicencio, Intendencia del Meta, estuvo afectada por la violencia, muy particularmente entre el tiempo comprendido entre los años de 1949 a 1953, perturbación del orden público que como a la sazón tenía carácter general dio lugar a la declaración del estado de sitio en todo nuestro territorio nacional". Agrega que este hecho se halla probado con los Decretos Legislativos 3.518 de 9 de noviembre de 1949, por el cual se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, a causa de "grave conmoción interna", y 321 de 27 de agosto de 1958, por el cual se declaró restablecido el orden público en parte del territorio nacional, y con los testimonios de Felipe Perdomo, Manuel Mejía Amaya, Víctor Novoa Zapata, Carlos J. Ruiz y José María Rodríguez, "quienes concorde y razonadamente afirman que en la región de Villavicencio se perturbó el orden público desde los finales del año de 1949, durante todo el tiempo comprendido entre 1950 a 1952; se formaron allí 'guerrillas de malhechores' dedicados a apropiarse de los bienes ajenos, 'cometiendo toda clase de depredaciones, crímenes de hombres, mujeres y niños', razón por la cual 'muchos dueños de haciendas las abandonaron para evitar ser asesinados o sacrificadas sus familias, ya que en dicha región merodeaban hombres armados y muchos lanzaban amenazas de que debían desocupar su predios o haciendas porque peligraba su vida...'; '... que la finca de Santa Rosa de Ocoa queda dentro de la región de los llanos donde estaba imperando la violencia, y que por esta circunstancia su propietario señor Santos Mariño tuvo que salir de los llanos, concretamente de Villavicencio, para asilarse en Bogotá, y que no pudo volver a su finca sino sigilosamente hacia el año de 1953".

b) Dice que "está también demostrado que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 5.361 de 20 diciembre de 1952, otorgada en esa fecha en la notaria 7a. de Bogotá... mediante la cual Santos Mariño Christian vendió a Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto la finca 'Santa Rosa de Ocoa', se celebró durante la época del estado de sitio que por grave conmovión interior declaró el ejecutivo en todo el teritorio de la

República a partir del 9 de noviembre de 1949" Y

c) Halla igualmente acreditado que el referido contrato de compraventa se celebró en condiciones desfavorables tales para el vendedor, que permiten inferir que en circunstancias normales no lo habría pactado. "Las condiciones tan desfavorables para el vendedor que exige el art. 1o. de la Ley 201 de 1959 como elemento estructural de la fuerza —dice— deben resultar de la manifiesta desproporción entre el valor del inmueble al tiempo de celebrarse el contrato y el precio que pagó el comprador, pues es claro que si este pagó su justo valor, o no existe una notoria desproporción entre este y el precio pagado, el pacto no es desfavorable para el vendedor y por lo mismo no puede entenderse celebrado bajo el influjo del temor".

Estima el Tribunal que en el proceso obran tres elementos de prueba que demuestran que el valor comercial de la finca Santa Rosa de Ocoa el 20 de diciembre de 1952, era muy superior a los $ 100.000.00 que las compradoras pagaron como precio, a saber: la copia del recibo de impuesto predial transcrito en la misma escritura de venta, según el cual la citada finca tenía para el 13 de diciembre de 1952 un avalúo oficial de $ 125.000.00; la copia de la promesa de compraventa que sobre la misma finca se había acordado entre el demandante y Manuel Horacio Cárdenas, dos meses antes de celebrarse el contrato de compraventa cuya nulidad se pide, es decir el 13 de octubre de 1952, en la cual se acordó como precio la suma de $ 135.000.00; y la copia de la escritura 318 de febrero 3 de 1950, otorgada en la notaria 3a. de Bogotá, mediante la cual el demandante, dos años antes, compró esa misma finca a Luis Alejandro Castro por la suma de $ 125.000.00.

Se refiere luego a los dictámenes rendidos por los peritos Máximo Torres y Luis Francisco Acuña, quienes de común acuerdo conceptúan que la finca materia de la demanda tenía el 20 de diciembre de 1952 un valor de $ 107.000.00, para notar que no están debidamente fundamentados, ni expresan con precisión, exactitud y claridad las razones de su conclusión, por lo cual no puede dárseles el mérito de plena prueba.

De todo lo cual concluye que hallándose "estructurada en el presente caso la acción consagrada por el art. 1o. de la Ley 201 de 1959, por concurrencia de sus presupuestos axiológicos", es el caso de declarar la nulidad del contrato de compraventa suplicada en la demanda.

Se ocupa, en seguida, de la acción reivindicatoria dirigida contra la demandada Ana Dolores Plata Suárez, quien compró a las otras dos demandadas el inmueble objeto del litigio, para observar que de conformidad con el art. 1748 del C. C., "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales"; que cuando la cosa objeto del contrato declarado nulo ha pasado a terceros poseedores, pueden ejercitarse en una misma demanda las acciones de nulidad y de reivindicación; que como la demandada Ana Dolores Plata Suárez está en posesión material de la finca y concurren, además, las otras condiciones de la acción de dominio, las súplicas restitutorias deben ser acogidas.

Considera el Tribunal que para efecto de las prestaciones mutuas ha de tenerse a la demandada Plata Suárez como poseedora de buena fe, pues no se ha desvirtuado la presunción de serlo que la ampara, y que, en consecuencia, sólo está obligada a restituir ls frutos percibidos desde la contestación de la demanda o a pagar su valor; que, como contraprestación, el demandante debe pagarle a aquella las expensas necesarias invertidas en la conservación del inmueble, incluyendo las mejoras útiles; y que en cuanto a las voluptuarias ha de reconocerse a la demandada la facultad que le confiere el art. 966 del C. C.

Dice, finalmente, que la súplica sobre restitución de 60 semovientes no puede ser acogida por cuanto, de una parte, no se singularizaron, y de otra, no se demostró que la demandada esté poseyéndolos materialmente.

LAS DEMANDAS DE CASACION

Dos son las demandas de casación presentadas ante la Corte: una por el apoderado de las demandadas Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, en la cual se formulan siete cargos a la sentencia del Tribunal; uno por incongruencia y seis dentro del ámbito de la causal primera; y la otra por el personero de Ana Dolores Plata Suárez, que denuncia dos cargos: uno también por incongruencia y otro del resorte de la causal primera. Conviene sí observar que aunque en el primero de los cargos contenidos en esa segunda demanda se acusa la sentencia por aplicación indebida de algunas normas legales, por violación directa de otras, y "por disconformidad entre la petición

de la parte demandante y lo decidido", la censura se funda exclusivamente en la falta de consonancia entre las pretensiones del actor y lo resuelto por el Tribunal.

En consecuencia, por imponerlo así el examen lógico de las causales aducidas, procede la Corte a examinar conjuntamente los cargos que, por incongruencia, se le formulan a la sentencia de segundo grado en las dos demandas.

Cargos por incongruencia

Estima el señor apoderado de Estella y de Cecilia que el fallo del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las demandadas y, concretamente, con las excepciones (sic) por ellas propuestas. Dice, en efecto, que en la contestación de la demanda propuso Cecilia Rojas de Nieto la excepción de carencia de acción, y Ana Dolores Plata Suárez las de carencia de acción y falta de personería sustantiva suya; que como la acción de nulidad no podía acogerse frente a Estella y a Cecilia, ni la de reivindicación frente a Ana Dolores, por las razones expuestas en los otros cargos, las excepciones son fundadas y, por lo mismo, han debido ser acogidas por el sentenciador; que como no procedió así "sino que en el punto primero de dicha parte resolutiva las declaró no probadas, yéndose en esa forma contra la situación de hecho y de derecho que muestra el expediente, y según el cual, ni el actor tiene en su favor las acciones propuestas en el libelo, ni menos las demostró", el fallo adolece de inconsonancia; que aún en el caso de que fuera viable la acción de nulidad, no podría acogerse la demanda reivindicatoria dirigida contra Ana Dolores Plata, por ser esta dueña y poseedora de buena fe, y no estar, por lo mismo, legitimada para responder de la demanda de reivindicación.

El procurador judicial de Ana Dolores Plata considera, a su vez, que no existe "correlación entre el *petitum* de la demanda inicial del juicio y lo dispuesto en el fallo estimatorio, en lo que hace a la acción principal de nulidad", pues el actor pidió la declaración de que el contrato celebrado con Estella y con Cecilia "es nulo, de nulidad absoluta, por cuanto el consentimiento del vendedor está viciado por el estado de violencia generalizada", y en la sentencia se decidió: "Declárase nulo, por cuanto el consentimiento del vendedor estuvo viciado por el estado de violencia generalizada", el contrato materia de la demanda.

Agrega que si, de conformidad con lo pedido, la nulidad decretada fue la absoluta, habría una evidente transgresión de los preceptos que consagran la sanción de nulidad y sus efectos, así *inter partes* como respecto de terceros, dado que se habrían aplicado indebidamente los preceptos correspondientes a una situación jurídica no contenida dentro de los supuestos de la dicha invalidez. Y que si el sentenciador declaró una nulidad relativa, "se olvidó de lo pedido, se desentendió de la demanda y, fuera de incurrir en la causal segunda de casación, habría aplicado la norma propia de dicha acción a un evento en que se escogió y alegó descarriadamente por cierto, la de nulidad absoluta". Dice, finalmente, que en esta segunda hipótesis no se trataría de una posible interpretación de la demanda, pues en ningún aparte de la sentencia tendría asidero esa versión.

Considera la Corte:

Siendo la sentencia el acto por medio del cual el Estado decide qué tutela dispensa la ley a un interés jurídico determinado, debe existir una estrecha armonía entre ese acto y la demanda donde tal tutela se impetra, ya que es la demanda la que delimita el ámbito dentro del cual ha de obrar el poder jurisdiccional por lo que a la pretensión del actor atañe. De consiguiente, existe incongruencia entre lo pedido y lo fallado cuando la sentencia deja sin decidir puntos no contenidos en la demanda (mínima petita); cuando decide sobre puntos no contenidos en ella (extra petita); y cuando provee más allá de lo pedido (ultra petita). En la primera hipótesis la sentencia es incongruente puesto que no ha desatado la controversia en su totalidad y, por consiguiente, la relación procesal queda insoluta en lo no resuelto; y lo es en las otras dos, por cuanto el juzgador carece de jurisdicción para proveer sobre extremos que no le han sido sometidos.

Igualmente se ofrece la inconsonancia cuando el sentenciador deja de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por el demandado, pues siendo pretensiones oportunamente deducidas por una de las partes, el fallo respectivo debe estar en consonancia con ellas.

Distinto de no decidir un extremo de la litis es resolver en forma adversa al peticionario. En el primer caso el fallo sería incongruente y, en consecuencia, podría ser atacado en casación con base en la causal segunda; en el otro no, puesto que el fallo adverso implica un pronun-

ciamiento del sentenciador sobre la pretensión de la parte, que sólo podría ser impugnado a través de la causal primera si con él se violó directa o indirectamente la ley sustancial. De lo contrario se llegaría a la conclusión de que el fallo sólo sería congruente cuando fuera favorable a las pretensiones de las partes, lo que a todas luces es inaceptable.

.Como en el caso sub lite el sentenciador declaró no probadas las supuestas excepciones propuestas, no puede tacharse de incongruente el fallo respectivo por lo que a tal extremo atañe. Y por lo que a la legalidad o ilegalidad de la decisión respecta, cabe observar que es una cuestión extraña a la naturaleza de la causal segunda, pues, como reiteradamente lo tiene dicho la Corte, tal causal "no autoriza a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes de su fallo". (LXXVIII, 882).

Es, por lo dicho, infundado el cargo de incongruencia que el apoderado de las demandadas Estella de Nieto y Cecilia de Nieto le formula a la sentencia del Tribunal.

En lo tocante con el cargo que por inconsonancia le hace el personero de Ana Dolores Plata Suárez, se observa:

En el libelo con que se inició este proceso solicita el actor la declaración de "que el contrato de compraventa celebrado entre Santos Mariño Christian y Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, recogido en la escritura pública No. 5.361 de 20 de diciembre de 1952, otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá, es nulo, de nulidad absoluta, por cuanto el consentimiento del vendedor está viciado por el estado de violencia generalizada que reinó en Villavicencio..." y el Tribunal resolvió: "Declárase nulo, por cuanto el consentimiento del vendedor estuvo viciado por el estado de violencia generalizada que entonces reinó en Villavicencio, el contrato de compraventa celebrado entre Santos Mariño Christian, como vendedor, y las señoras Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, como compradoras, de la finca Santa Rosa de Ocoa y que está recogido en la escritura pública No. 5.361 que el 20 de diciembre de 1952 se otorgó ante el señor Notario 7o. de Bogotá".

Como puede apreciarse, el sentenciador declaró nulo el contrato en cuestión con fundamento en la causa invocada por el demandante, es a saber, "por cuanto el consentimiento del vendedor estuvo viciado por el estado de violencia generalizada que entonces reinó en Villavicencio", pero sin calificar dicha nulidad, como lo hizo el actor. Es evidente que la fuerza o violencia, al igual que los otros vicios de la voluntad, sólo afectan de nulidad relativa el acto o contrato sobre el cual inciden, (C. C. art. 1741), a menos que la ley lo sancionare expresamente con nulidad absoluta; y es también cierto que el actor calificó de absoluta la nulidad por él impetrada con fundamento en la violencia generalizada que, como vicio de la voluntad, consagra el art. 1o. de la Ley 201 de 1959. Empero como los efectos jurídicos de un hecho emanan de su propia naturaleza y no de la voluntad exclusiva de las partes, síguese que la denominación equivocada que ellas le den a un fenómeno jurídico no altera su naturaleza, y que, en consecuencia, incumbe al juez calificarlo jurídicamente, de acuerdo con los hechos, y proveer de conformidad: *da mihi factum, dabo tibi ius.* De esta suerte, la equivocación en que incurra una de las partes litigantes al denominar, v. gr. arrendamiento lo que es comodato, o pago lo que es condonación, o nulidad absoluta lo que sólo es nulidad relativa, no cambia la naturaleza del verdadero fenómeno jurídico, y, por lo mismo, al reconocer el juez su existencia tal como es en la realidad, no peca de incongruencia.

Sobre este particular, ha dicho la Corte:

"La calificación jurídica de un hecho corresponde al juez darla, y no varía su naturaleza jurídica verdadera por razón de una mala denominación por parte de cualquiera de los litigantes. Es al juzgador a quien corresponde nominar la acción incoada, porque la naturaleza de esta no depende del nombre que a ella le dé el demandante, quien de acuerdo con nuestro derecho procedimental, nunca está obligado a hacerlo". (XLIII, 163).

"Según los términos literales de la demanda, la acción incoada es la de rescisión, por estar afectados de nulidad relativa los contratos a que se refiere. Para el demandado la nulidad es absoluta. Pero la circunstancias de haber impetrado literalmente la rescisión no altera el sentido auténtico del libelo, porque son los hechos y no las palabras las que configuran la acción, según lo ha repetido la Corte... De donde se desprende que no obsta al verdadero nombre de la acción la circunstancia de que el libelo inicial la llame rescisoria, si los fundamentos de hecho demostrados en el proceso lleguen a generar nulidad absoluta, y no simplemente relativa". (XCIII, 695).

Por manera que la circunstancia de que el actor, al impetrar en este proceso la declaración de nulidad del contrato materia de la demanda la hubiera calificado como absoluta, no es óbice para que el juez declare la nulidad relativa del mismo si es esta y no aquella la que surge de los hechos que constituyen la causa petendi de su prestación, y el fallo que así lo decide, lejos de ser incongruente, se encuentra en perfecta consonancia con la pretensión oportunamente deducida por el demandante.

El rechazo de estos dos cargos impone a la Córte el estudio de los que se formulan con fundamento en la causal primera. Empero como de ellos hay unos que atacan la sentencia del Tribunal por haber acogido las súplicas sobre rescisión del contrato de compraventa materia del litigio, y otros que la impugnan por haber acogido la pretensión reivindicatoria, se examinarán, por vía de método, en capítulos separados.

CARGOS DE LAS DOS DEMANDAS REFERENTES A LA ACCION RESCISORIA

I.- *Recurso de Estella de Nieto y Cecilia de Nieto.*

Cargo primero

Denuncia violación de los arts. 1513 y 1514 del C. C. y 1o. de la Ley 201 de 1959, por interpretación errónea de los arts. 14 del C. C., y 58 del Político Municipal, por falta de aplicación; y de los arts. 1740 y 1741 del C. C. por indebida aplicación.

Al desarrollarlo, transcribe pasos de la sentencia del Tribunal referentes al alcance de los arts. 1513 del C. C. y 1o. de la Ley 201 de 1959, y los comenta así: "La transcripción anterior refleja el criterio del Tribunal, en relación con la calificación de la acción de nulidad propuesta en el libelo, y muestra el sentido y alcance con que el sentenciador aplicó los arts. 1513, 1514 del C. C. y el art. 1o. de la Ley 201 de 1959. Criterio que pone de presente lo equivocado del pensamiento del Tribunal, en cuanto a la interpretación, sentido y alcance de las citadas normas, debido a que olvida el sentenciador que el art. 1o. de la Ley 201 de 1959, es apenas una norma aclaratoria del 'sentido y alcance del art. 1513 del C. C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada'".

Agrega que el art. 14 del C. C. estatuye que "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio", y que el 58 del C. P. y M. dispone que "cuando una ley se limite a declarar el sentido de otra, se entenderá incorporada en ella para todos sus efectos pero no alterará lo que se haya dispuesto en decisiones ejecutoriadas antes de que entre a regir"; que el art. 1o. de la Ley 201 de 1959 hay que entenderlo, por tanto, incorporado al 1513 del C. C., y que, por consiguiente, mal puede decirse, como lo hace el Tribunal que el art. 1o. precitado implantó una situación jurídica distinta a la consagrada en el 1513. De donde concluye el recurrente que el sentenciador interpretó erradamente tanto los arts. 1513 y 1514 del C. C., como el 1o. de la Ley 201 de 1959.

Observa luego que la nulidad que se genera en la fuerza, como vicio del consentimiento, es una nulidad relativa al tenor del art. 1741 del C. C.; que la fuerza generalizada que, como vicio del consentimiento establece el art. 1o. de la citada Ley 201 de 1959, no cambia "la relatividad del vicio que consagran los arts. 1513 y 1514 en referencia, y que de existir, solamente daría lugar a una nulidad relativa, cosa que no entendió el Tribunal, pues de lo contrario no habría dado acogida a la acción de nulidad absoluta propuesta en la demanda, por el solo hecho de haberse celebrado el contrato contenido en la escritura No. 5.361 de fecha 20 de diciembre de 1952 de la Notaría 7a. de Bogotá, bajo el estado de turbación del orden público con la consiguiente declaratoria de estado de sitio"; que, por lo mismo, erró el Tribunal al interpretar así tales disposiciones.

Dice que a otra conclusión, muy distinta, habría llegado el Tribunal si hubiera interpretado rectamente las normas citadas, vale decir, tomando el art. 1o. de la Ley 201 de 1959 como aclaratorio del 1513, pues para calificar la acción de nulidad propuesta en la demanda habría tenido que recurrir al texto del art. 1741 del C. C., y así habría llegado a la conclusión de que la acción ejercitada en el libelo no es de nulidad absoluta, como lo entiende el demandante, sino simplemente rescisoria. Trasncribe apartes de algunas sentencias de la Corte para dejar claramente definido que la acción que se ejercita con base en los arts. 1513 y 1514 del C. C., y 1o. de la Ley 201 de 1959, no es de nulidad absoluta, como se plantea en la demanda y se acogió por el Tribunal, sino de nulidad relativa, cuyos elementos y consecuen-

cias son distintos de los de aquella. De donde concluye que el sentenciador infringió los preceptos sustanciales señalados en el encabezamiento del cargo.

Cargo segundo

Se censura la sentencia del Tribunal por error de hecho en la apreciación e interpretación de la demanda, consistente en "haber visto en ella algo que no expresa, o sea los elementos estructurales de las acciones de nulidad absoluta y de reivindicación, a consecuencia del cual violó el Tribunal las siguientes normas sustantivas: los arts. 205 y 737 del C. J. en armonía con el 593 del mismo código; los arts. 1513 y 1514 del C. C., y el 1o. de la Ley 201 de 1959; los arts. 946, 950, 669, 1741, 1746, 1748 y 2.676 del C. C.".

Lo sustancial de las razones expuestas por el censor a intento de fundar el cargo, se encuentra en los siguientes apartes de la acusación:

"Cada acción tiene sus elementos esenciales, y son estos elementos, los que el demandante debe estructurar en los hechos, o causa petendi. Si la demanda no muestra en su contenido, el conjunto de los elementos esenciales de la acción o acciones instauradas, no obliga al Juez en su pronunciamiento de fondo de acuerdo con el art. 593 del C. J., que dice que toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa...

"Examinada la demanda base de este pleito, a través de los principios expuestos, puede verse que en la parte petitoria se ejercita la acción de nulidad absoluta del contrato de compraventa de la finca Santa Rosa de Ocoa, contenido en la escritura No. 5.361 de 20 de diciembre de 1952, Notaría Séptima de Bogotá, y la de reivindicación de esa misma finca, en favor del demandante, y como consecuencia de la declaración de nulidad; lo mismo que las acciones encaminadas al pago y restitución de frutos.

"Como la nulidad absoluta, la pretende derivar el demandante del vicio del consentimiento, sufrido por el demandante, en las condiciones de que hablan los arts. 1513, 1514 del C. C. y 1o. de la Ley 201 de 1959, ha debido el autor del libelo buscar en esas disposiciones, los elementos integrantes de la acción de nulidad propuesta. De la misma manera que ha debido buscar en los art. 669, 950, 952, 955, 946, 1.741 y 1.748 del C. C., los elementos constitutivos o esenciales de la acción de reivindicación que dice incoar en el libelo".

Se refiere luego a los hechos afirmados por el actor en la demanda y observa que en ellos no se configuran los elementos básicos de las acciones de nulidad absoluta y de reivindicación ejercitadas por aquel, y menos la de nulidad relativa; que aunque en la súplica primera del libelo se dice que el consentimiento del vendedor Santos Mariño "fue hijo de la fuerza que vició ese consentimiento, y que permitió a las compradoras el aprovechamiento en su favor de ese estado de anormalidad", tal afirmación no lo exoneraba de la carga de incluir en la relación de hechos los elementos esenciales de las acciones incoadas, pues las peticiones son distintas de los hechos y las deficiencias de la causa petendi no se pueden suplir en ninguna otra parte del cuerpo de la demanda; que en su relación de los hechos nada se dice sobre las condiciones tan desfavorables de la compraventa de la finca Santa Rosa de Ocoa, como sería la diferencia entre el valor comercial y el precio del negocio, ni que por estado de necesidad se hubiera visto obligado el demandante a enajenar el citado inmueble, ni que las compradoras, conocedoras de ese estado, lo hubieran aprovechado inmoralmente; que el Tribunal, apartándose de la evidencia, vio estructurados en la demanda los elementos esenciales de las acciones en ella incoadas, incurriendo así en evidente error de hecho en la apreciación del libelo, error que lo llevó a acoger las acciones de que se trata.

De donde concluye el recurrente que el sentenciador quebrantó, indirectamente y por causa del error de hecho mencionado, las disposiciones señaladas en el cargo.

La Corte considera:

La esencia del primero de los cargos mencionados radica en la afirmación del recurrente de que debido a la errónea interpretación que le dió el Tribunal a los arts. 1513 y 1514 del C. C., y 1o. de la Ley 201 de 1959, acogió la petición sobre nulidad absoluta del contrato de compraventa materia de la demanda, cuando tal nulidad, de existir, sería tan sólo relativa; y la del segundo estriba en que el sentenciador vio estructurados en la demanda los elementos de las acciones de nulidad absoluta del contrato referido y de reivindicación, cuando la realidad es que los hechos afirmados en

la *causa petendi* del libelo no configuran tales acciones.

La jurisprudencia de la Corte ha precisado el recto entendimiento del art. 1o. de la Ley 201 de 1959, en varios fallos aún no publicados (17 de octubre de 1962, 2 de septiembre de 1964, 25 de abril y 19 de mayo de 1967, 23 de febrero de 1968), y lo ha reiterado recientemente en sentencia de 15 de abril de este año. El presente recurso ofrece a la Corte la oportunidad para insistir nuevamente en los antecedentes históricos de aquel estatuto, y en el alcance y sentido del precepto contenido en su art. 1o., los cuales quedaron claramente señalados en el fallo de 15 de abril postrero, en los siguientes términos:

"I.- . . . . . .

"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 le amenza, 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 este 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, 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 estos 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 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 el 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 estos, 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 por 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 a 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, es 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 estas 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 y la de 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 de 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 o si esta 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 sólo 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 de octubre de 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 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 de julio de 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 fuerza que vicie el consenti-

miento 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 precitado estatuto, la jursiprudencia 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 podía 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 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 este 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 por otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquella. De esta suerte, se configuran los requisitos generales para que la fuerza 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".

En este mismo fallo se expresa que "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"; y que "las condiciones desfavorables en que se celebró el contrato son 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". (Ordinario de Alberto Trujillo Escobar contra Samuel Escobar Gómez).

Como la sentencia acusada, según aparece de los pasos de la misma que atrás se trancribieron, se asienta en el recto entendimiento del art. 1o. de la Ley 201 de 1959, ya expuesto por la Corte, conclúyese que el Tribunal no quebrantó, por errónea interpretación, preceptos legales citados por el recurrente.

Ahora bien: es cierto que el sentenciador no calificó expresamente, como relativa, la nulidad por él declarada, pero sí lo hizo tácitamente al declarar nulo el contrato objeto de la demanda "por cuanto el consentimiento del vendedor estuvo viciado por el estado de violencia generalizada que entonces reinó en Villavicencio", ya que, según se vio, la fuerza, co-

mo vicio de la voluntad, genera nulidad relativa del acto o contrato.

La circunstancia de que el actor hubiera denominado absoluta la nulidad por él impetrada, no era óbice para que el Tribunal declarara la nulidad relativa del contrato objeto de la demanda, pues como se dejó dicho al estudiar los cargos por incongruencia, la denominación equivocada que las partes den a un fenómeno jurídico no altera su naturaleza, y es al Juez a quien incumbe calificarlo jurídicamente de acuerdo con los hechos que lo estructuran.

Es, pues, infundado el primero de los cargos que se estudian.

En cuanto al segundo, bastaría, para rechazarlo, notar que no se ajusta a la preceptiva de la técnica del recurso extraordinario, pues, de una parte, se señalan como infringidas normas que como las de los arts. 205, 593 y 737 del C. J., no son sustanciales sino meramente instrumentales; y de otra, no se indica el sentido en que el sentenciador habría quebrantado los preceptos sustanciales a que la censura se refiere, vale decir, si por falta de aplicación, por interpretación errónea o por indebida aplicación de los mismos.

Pero si esto no fuera así, en su examen encontraría la Corte lo siguiente:

"Una demanda —se ha dicho— debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho. No existe en nuestra legislación procedimental un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca claramente del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda". (XLIV, 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460).

Sin necesidad de desentrañar la intención del demandante en este proceso, pues ella aparece expresamente manifestada en el *petitum* y en la causa petendi de la demanda, se advierte a primera vista que la pretensión de aquel se encamina a obtener la declaratoria de nulidad del contrato de compraventa determinado en la súplica primera del libelo, "por cuanto el consentimiento generalizado que reinó en Villavicencio... y que permitió a las compradoras el aprovechamiento en su favor de ese estado de anormalidad", y ese vicio, como ya se dijo, genera nulidad relativa. Así lo entendió el juez de primera instancia, así lo entendieron los señores apoderados de las demandadas, como claramente aparece del alegato presentado ante el Tribunal, y así lo entendió igualmente el sentenciador de segundo grado. Mal puede, por tanto, decirse que la inteligencia que le dio el Tribunal a la pretensión del actor vaya contra la evidencia de los hechos, máxime cuando el censor no dijo cuáles fueron las acciones realmente ejercitadas por aquel.

Está dicho, asimismo, que la circunstancia de que el demandante hubiera llamado nulidad absoluta la que por su naturaleza es relativa, no impedía al fallador darle la calificación y tratamiento que jurídicamente le correspondía; y al proceder así, lejos de interpretar la demanda en forma contraria a la intención del actor, lo hizo de conformidad con la que lógicamente se deducía de los hechos afirmados por él como fundamento de su pretensión. Otra cosa sería que, como lo sostiene el censor, de tales hechos no surja el derecho cuya tutela se reclama, pues, en tal hipótesis, la infracción de la ley en que habría incurrido el sentenciador al reconocerlo provendría de otras causas, pero no de un evidente error de hecho en la interpretación de la demanda, por lo que a la naturaleza de las acciones ejercitadas en ella respecta.

Es infundado el cargo y, por ende se rechaza.

Cargo tercero:

Acúsase la sentencia por aplicación indebida de los arts. 1502, 1913, 1914, 1740, 1741, 1746 y 1748, 1o. de la Ley 201 de 1958, y 2o. de la Ley 50 de 1936, a causa del error de derecho en que incurrió el Tribunal al valorar las siguientes pruebas: a) las declaraciones de Felipe Perdomo, Manuel Mejía Amaya, Víctor Novoa Zapata, Carlos J. Ruiz y José María Rodríguez; b) la inspección ocular y dictamen pericial producidos en primera instancia; c) el certificado sobre pago de impuesto predial inserto en la escritura 5361 de 20 de diciembre de 1952, otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá; d) la promesa de compraventa de 13 de octubre de 1952, y e) la escritura 318 de 3 de febrero de 1960, pasada ante el Notario 3o. de Bogotá.

Al desarrollarlo manifiesta el censor que nada tiene que observar en relación con la prueba aportada al proceso con el fin de establecer la

implantación del estado de sitio por razón de turbación del orden público y el otorgamiento de la escritura de venta de la dicha finca Santa Rosa de Ocoa durante la vigencia del mismo; pero que en cuanto a las demás pruebas apreciadas y valoradas por el Tribunal y en las cuales creyó este encontrar plenamente demostrados los otros elementos de la acción de nulidad instaurada en la demanda, la situación es diferente.

Nota que la síntesis que hizo el sentenciador de los testimonios mencionados en el cargo no corresponde a lo expresado en ellos. Transcribe pasos de tales testimonios y observa que el conjunto de los mismos sólo acredita el estado de intranquilidad e inseguridad que se vivió en la Intendencia del Meta en los años de 1949 y 1952; que debido a ese estado de inseguridad, Santos Mariño Christian y otros dueños de fincas en esa región se vieron obligados a abandonarlas; que Felipe Perdomo, Manuel Mejía y Carlos Julio Ruiz son los únicos testigos que dicen que Santos Mariño se vió obligado a vender la finca de Santa Rosa de Ocoa, pero sin dar razón atendible de su dicho; que ninguno de los declarantes habla de que la causa directa de la venta hubiera sido la impresión que el estado de inseguridad jurídica le causara al vendedor; que, sin embargo, "el Tribunal dio pleno mérito probatorio a las declaraciones en estudio, contrariando lo que al respecto dice el art. 697 del C. J., para deducir de ellas el vicio en el consentimiento del demandado Santos Mariño, por fuerza, resultante de la situación de anormalidad jurídica que vivió la Intendencia del Meta por los años de 1949 a 1953, cuando de tales testimonios no se establece vínculo de causalidad entre ese estado de violencia, y la enajenación de la finca de Santa Rosa de Ocoa"; y que el error de derecho en que incurrió al apreciar estos testimonios, llevó al Tribunal a violar las disposiciones sustanciales citadas en el cargo.

Refiérese luego el recurso al dictamen rendido por los peritos Alvaro Silva Mújica, Max Torres y Luis Francisco Acuña, y después de transcribir apartes de tales experticios observa que no obstante que los peritos Torres y Acuña conceptuaron que la finca Santa Rosa de Ocoa tenía para el 20 de diciembre de 1952 un precio de $ 107.000.00, no encontró el Tribunal adecuada la fundamentación del dictamen para darle el valor de plena prueba. Alude a las críticas que hizo el sentenciador al informe de estos peritos, para concluir que no son exactas ni fundadas, y que el no darle el valor de plena prueba infringió aquel los arts. 597, 716, 717, 719, 720 y 721 del C. J., e indirectamente las normas sustanciales señaladas en el cargo.

En lo tocante con el certificado de pago del impuesto predial inserto en la escritura 5361 de 20 de diciembre de 1952, otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá, advierte que no fue pedido como prueba en el memorial respectivo de la parte actora, ni fue aducido con la finalidad de determinar el precio comercial del inmueble materia de la demanda en el mes de diciembre de 1952; que siempre que sea necesario establecer el justo precio o avalúo comercial de un bien, la prueba adecuada es la pericial; que la Corte ha dicho que "el avalúo catastral no es prueba conducente y eficaz para determinar dentro de un juicio sobre rescisión de un contrato de compraventa por lesión enorme, el verdadero valor que tenía la finca materia del contrato, porque el avalúo en el catastro tiene una finalidad exclusivamente fiscal; la de deducir un tributo", pero que "la ley en ninguna parte ha dicho que ese avalúo represente el real valor de la finca en transacciones comerciales, con el carácter de obligatorio". (LXXVII, 99); que, en consecuencia, al darle pleno valor probatorio al certificado en cuestión, quebrantó el artículo 632 del Código Judicial.

En relación con el contrato de promesa de venta de 13 de octubre de 1952, visible a fls. 20 y 21 del cdno. 2o., observa el censor que el Tribunal lo tomó en cuenta para deducir que el precio acordado en la escritura de venta es distinto al pactado en la promesa y que, por consiguiente, "cabe aceptar que las condiciones fueron tan desfavorables para el vendedor que en circunstancias normales no lo habría celebrado, o lo habría hecho por precio justo"; que olvidó el sentenciador que en la parte final de dicho documento existe una nota que dice: "Cancelada la presente promesa de compraventa con la constancia de cumplimiento de las partes, Bogotá, diciembre 20 de 1952. Firmado, Santos Mariño"; que no hay duda, por tanto, de que la escritura de 20 de diciembre de 1952 fue simplemente la ejecución de la promesa celebrada el 13 de octubre anterior; que como el demandante no alegó que las demandadas se hubieran aprovechado de la situación de peligro en que se hubiera encontrado el vendedor para obtener en su favor una rebaja indebida del precio en cuantía de $ 35.000.00, el Tribunal no podía fundar su decisión en ese

hecho; y que como, además, desarticuló el documento precitado al no tener en cuenta la constancia que se dejó transcrita, violó el sentenciador los arts. 597, 637, 645 y 728 del C. J.

Dice, finalmente, que para llegar a la conclusión de que la venta de la finca materia de la demanda se hizo en condiciones "tan desfavorables para el vendedor", tuvo en cuenta el Tribunal la copia informal de la escritura 318 de 3 de febrero de 1950, originaria de la Notaría 3a. de Bogotá, por medio de la cual Santos Mariño compró dicho inmueble a Luis Alejandro Cortés por la suma de $ 125.000.00, que como esa copia no está autorizada por el Notario, ni tiene nota de registro, al estimarla como prueba violó el sentenciador los arts. 630, 632 y 636 del C. J.

De todo lo cual concluye el recurrente que los errores de derecho en que incurrió el Tribunal, lo llevaron a quebrantar indirectamente las normas citadas en el encabezamiento del cargo.

Se considera:

Por sabido se tiene que el *error de hecho* en la apreciación de la prueba ocurre cuando el sentenciador no vio la que obra en el juicio o supuso la que no existe en él, hipotesis estas que comprenden la desfiguración de la prueba, bien sea porque se le agregó algo que le es extraño o porque se le cercenó su real contenido. Requiérese, además, que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó aquel por causa del error, sea contraevidente, vale decir, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba, y que el yerro cometido incide en la decisión, pues de lo contrario carecería de eficacia impugnativa.

El *error de derecho,* en cambio, tiene lugar cuando no obstante la correcta apreciación de los medios de prueba, en cuanto a su presencia objetiva en el proceso, el juzgador yerra al ponderar su eficacia probatoria, bien sea atribuyéndoles un mérito que la ley no les concede o negándoles el que ella les da. Incumbe entonces al censor señalar el precepto de disciplina probatoria quebrantado por el sentenciador, demostrar la existencia del error y precisar su incidencia en el fallo recurrido.

Al examinar, sobre estas bases, las censuras que en el cargo se formulan a la sentencia recurrida, referentes a los yerros de valoración probatoria que se le imputan al Tribunal, la Corte encuentra lo siguiente:

a) Como el pretendido error de derecho en la apreciación de los testimonios a que alude la acusación se hace consistir, esencialmente, en que "la síntesis que hace el Tribunal no corresponde a la verdad de los testimonios citados", por cuanto con ellos "no se establece vínculo de causalidad entre ese estado de violencia, y la enajenación de la finca Santa Rosa de Ocoa"; y en que vio aquel exposiciones de testigos concordes y razonadas, "cuando ni existe concordancia ni tampoco hay razonamiento en los testimonios, para poder aceptar que en ellos se encuentra la prueba de los varios elementos esenciales que configuran la acción rescisoria, en razón de la violencia", tiénese que el fundamento de la censura no corresponde a la naturaleza del medio impugnativo elegido por el censor, el cual no puede ser cambiado por la Corte. Si el sentenciador al apreciar los testimonios, vio en ellos algo que no expresan, como lo pretende el recurrente, la acusación ha debido formularse por error evidente de hecho y no por yerro de valoración probatoria.

De otra parte, adviértese que la calificación que de las calidades de los testimonios haga el sentenciador, vale decir, si en su concepto son vagos, incoherentes o contradictorios, o, por el contrario, responsivos, exactos y completos; si concuerdan o no en el hecho y en las circunstancias de tiempo, modo y lugar; si ha de dárseles o no credibilidad de acuerdo con los principios de la sana crítica, etc., también es cuestión de hecho que cae bajo el poder discrecional de que goza el juzgador de instancia en la apreciación de las pruebas. "Si la sentencia —se ha dicho— considera coincidentes unas declaraciones, sin serlo, o por el contrario, opuestas y desestimables otras, que en rigor no concuerdan, el resultado de ese proceso lógico no es censurable por error de derecho, pues en ella no se está alterando el valor que en la ley posee la prueba testifical, sino por vía del error de hecho, en cuanto se sostenga una unidad irreal o una contradicción inexistente, en la comparación de los datos opuestos". (Sentencia de casación de 7 de mayo de 1968, proferida en el juicio ordinario de Fritz Wolfert contra Carlota Barrios v. de Barbosa, aún no publicada).

Pero aún situando la censura en el campo del error de hecho resultaría igualmente ineficaz, puesto que el recurrente se limite a ha-

cer una crítica global del problema probatorio en busca de que la Corte llegue a una convicción distinta de la que se formó el Tribunal, contraponiendo su personal criterio al de este, pero sin precisar el error en que habría incurrido el sentenciador, ni demostrar su existencia.

Es, por tanto, impróspera esta primera parte de la acusación.

b) El error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al valorar el dictamen de los peritos Máximo Torres y Luis Francisco Acuña, se hace consistir, sustancialmente, en que aquel no encontró adecuada su fundamentación para darle el valor de plena prueba, cuando dicho dictamen sí se halla debidamente explicado y fundamentado, y concuerda con las otras piezas del proceso. Basta la sola enunciación del cargo para apreciar la manifiesta falta de correspondencia entre el motivo invocado y los fundamentos en que se apoya, pues si, como lo afirma el censor, el Tribunal atribuye falsamente al experticio estar edificado "sobre bases inciertas y erradas"; si considera equivocadamente que los peritos apoyaron sus conclusiones en hechos inexistentes; si, contrariamente a lo que aparece de manifiesto en los dictámenes, afirma que "no encuentran la debida fundamentación, ni expresan con precisión, exactitud y claridad las razones de su conclusión", el desacierto al desestimar esas calidades, por referirse a la objetividad misma del medio probatorio, entrañaría un evidente error de hecho y no de derecho.

"En innúmeras decisiones de la Sala de Casación se ha aceptado la jurisprudencia de que el dictamen pericial, cuando es uniforme, explicado y debidamente fundamentado hace plena prueba, pero es necesario que sea debidamente fundamentado. Esta condición la aprecia libremente el juzgador, y el superior no puede variarla sino en tanto que se compruebe que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o de manifiesto en los autos". (LIII, 391).

La falta de técnica con que está formulada esta parte de la censura, impone su desestimación.

c) Finalmente, por lo que atañe al yerro de valoración que se le atribuye al sentenciador en la estimación de la prueba documenta la que alude el cargo, se observa:

En sentir del Tribunal, las condiciones tan desfavorables para el vendedor que, como elemento estructural de la fuerza, exige el art. 1o. de la Ley 201 de 1959, "deben resultar de la manifiesta desproporción entre el valor del inmueble al tiempo de celebrase el contrato y el precio que pagó el comprador, pues es claro —dice— que si este pagó su justo valor, o no existe una notoria desproporción entre este y el precio pagado, el pacto no es desfavorable para el vendedor y por lo mismo no puede entenderse celebrado bajo el influjo del temor". Y da por demostrado que el valor del inmueble materia de la demanda era muy superior a los $ 100.000.00 que las compradoras pagaron como precio, con las siguientes pruebas: a) con la copia del recibo de pago del impuesto predial transcrito en la escritura de venta, del cual aparece que el inmueble mencionado tenía para el 13 de diciembre de 1952 un avalúo oficial de $ 125.000.00; b) con la copia de la promesa de venta que sobre la misma finca celebró el demandante con Manuel y Horacio Nieto Cárdenas, el 13 de octubre de 1952, en la cual se acordó como precio la cantidad de $ 135.000.00; y c) con la copia de la escritura 318 de 3 de febrero de 1950, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá, por medio de la cual el demandante compró ese mismo inmueble a Luis Alejandro Castro por $ 125.000.00.

Tiénese, por tanto, que "la manifiesta desproporción" entre el valor de la finca litigada, en la fecha de la celebración del contrato, y el precio que por ella pagaron las demandadas, la infiere el Tribunal de los tres elementos probatorios a que se hizo referencia, que, por lo mismo, constituyen otros tantos indicios de ese hecho. Y reiteradamente se ha dicho que tratándose de prueba indiciaria, la ponderación que de esta haga el sentenciador para formar su convicción es respetable para la Corte, mientras los cargos en casación no demuestren, a través de los errores de hecho o de derecho en que aquél habría podido incurrir al apreciar los hechos indicativos, que la conclusión a que llegó sobre la existencia del hecho indicado es contraevidente.

"Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o

por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza". (LXXXVIII, 716).

Estima el censor que el Tribunal infringió el art. 632 del C. J. al darle pleno valor probatorio al certificado de pago del impuesto predial, inserto en la escritura 5.361 de 20 de diciembre de 1952, porque, en primer lugar, no fue pedido como prueba, ni aducido con la finalidad de determinar el precio comercial del inmueble materia de la demanda en diciembre de 1952; y en segundo término, porque la prueba adecuada para establecer el justo precio de un bien es la pericial. Acontece, empero, que el art. 207 del C. J., en armonía con el 597, numeral 1o., del mismo estatuto, estatuye que "el demandante puede presentar con la demanda los documentos que en ella cita para fundar su intención, los que se estiman sin más requisitos al dictar sentencia". Como la copia, debidamente registrada, de la escritura 5.361 a que se hizo alusión, fue presentada con la demanda, el sentenciador tenía que estimarla en la sentencia sin más requisitos, tal como lo hizo. Y al darle el valor de plena prueba al certificado del Recaudador de Rentas de Villavicencio, inserto en dicho instrumento, del cual aparece que el inmueble litigado tenía en 13 de diciembre de 1952 un avalúo catastral de $ 125.000.00, le dio aplicación estricta al art. 632 del C. J., según el cual "hacen también plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos; los demás instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones". El Tribunal no dio por probado con esa certificación el valor comercial del inmueble mencionado, como lo afirma el recurso, pues lo único que dijo fue que los elementos de prueba a que se hizo referencia "sirven para demostrar que el valor comercial de la finca Santa Rosa de Ocoa el 20 de diciembre de 1952, era muy superior a los $ 100.000.00 que las compradoras pagaron entonces como valor de la misma", que es bien distinto. En otros términos, el sentenciador no tuvo esa certificación como prueba del valor comercial del citado inmueble, sino como un indicio de "la manifiesta desproporción entre el valor del inmueble al tiempo de celebrarse el contrato y el precio que pagó el comprador". Y si, en sentir del recurrente, tal desproporción no podía establecerse con prueba indiciaria sino con la de peritos, ha debido señalar las normas probatorias que excluyen el medio indiciario o las que imponen el pericial para acreditar ese hecho, lo que no hizo. Síguese, por tanto, que no incurrió el sentenciador en el yerro de valoración que se le imputa.

Considera, asimismo, el recurso que erró el Tribunal al apreciar el documento de 13 de octubre de 1952, visible a los fls. 20 a 21 del cdno. No. 2, que constituye otro de los indicios de la desproporción entre el valor del inmueble materia del litigio y el precio que por él pagaron las compradoras, porque "olvidó que en la parte final tiene una nota que dice: 'Cancelada la presente promesa de compraventa con la constancia de cumplimiento de las partes. Bogotá, diciembre 20 de 1952. Firmado: Santos Mariño"; y porque, además, desarticuló el documento en su apreciación, "por cuanto olvidó la constancia suscrita por el demandante Santos Mariño, en que este reconoce que la escritura No. 5.361 de fecha 20 de diciembre de 1952 de la Notaría 7a., y el contrato que ella contiene, son apenas una simple ejecución del contrato de promesa de compraventa de fecha 13 de octubre de 1952", con lo cual violó el Tribunal los arts. 637 y 645 del C. J.

La falta de técnica en la formulación del cargo es manifiesta, puesto que si el sentenciador cercenó el contenido del documento prenombrado al no tomar en cuenta la nota puesta en él por el demandante, la censura ha debido formularse con base en el error de hecho en que habría incurrido aquel, y no por error de derecho. Lo cual basta para desecharlo. De otra parte cabe notar que el hecho de que en la *causa petendi* de la demanda no hubiera afirmado el actor la existencia de la promesa de venta contenida en el referido documento, ni que el justo precio del inmueble era la cantidad de $ 135.000.00, no constituía óbice para que el sentenciador tuviera el precio pactado en la promesa como un indicio de las condiciones desfavorables en que por el vendedor se celebró el contrato de compraventa, máxime cuando en el libelo se afirma que su valor co-

mercial el 20 de diciembre de 1952 era de $ 600.000.00.

Y en lo tocante con el error de derecho que se le imputa al Tribunal en la valoración de la copia irregular de la escritura 316 de 3 de febrero de 1950, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá, observa la Corte que la censura carece en el punto de fuerza impugnativa, puesto que aun en el caso de que fuera fundada por haber apreciado el sentenciador un elemento probatorio que ha debido desestimar, es lo cierto que el error en que aquel incurriera al respecto no incidiría en la decisión, ya que la conclusión a que llegó el Tribunal acerca de la desproporción existente entre el valor del inmueble prenombrado y el precio pagado por él, encuentra apoyo en los otros elementos indiciarios a que se hizo referencia, cuyo ataque por el censor resultó impróspero.

De esta suerte, no habiendo demostrado el recurrente el error de derecho en que habría incurrido el Tribunal al tener como probados los hechos indiciarios precitados, y no habiéndose atacado la prueba indiciaria como tal, queda en pie la aludida conclusión a que aquel llegó en el fallo materia del recurso.

Se rechaza la acusación.

Cargo cuarto:

Denúnciase en él "violación directa del art. 11 del Decr. 328 de 1958 y del art. 1o. del Decr. 1482 de 1959, por falta de aplicación; interpretación errónea con la consiguiente aplicación indebida de los arts. 1743 y 1750 del C. C.; e indebida aplicación de los arts. 1741, 1746 y 1748 del C. C.".

Recuerda el censor que mediante la escritura 5.361 de 20 de diciembre de 1952, Santos Mariño vendió a Estella de Nieto y a Cecilia de Nieto el inmueble materia de la demanda, y que estas lo vendieron a Ana Dolores Plata Suárez mediante la escritura 3.341 de 22 de agosto de 1959; que por Decr. 3.518 de 9 de noviembre de 1949, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional; que por Decr. 321 de 27 de agosto de 1958 se levantó el estado de sitio; que en el art. 11 del Decr. 328 de ese mismo año se estatuyó: "En las zonas que determine el Gobierno dentro del territorio de los Departamentos en donde aún subsiste el estado de sitio, suspéndese la vigencia de las disposiciones legales que consagran prescripciones adquisitivas de derecho o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza"; que en ejercicio de la facultad que esta norma le confería, el Gobierno Nacional expidió el Decr. 1482 de 25 de mayo de 1959, cuyo art. 1o. es del siguiente tenor: "las zonas de los Departamentos donde subsiste el estado de sitio dentro de cuyos límites queda suspendida la vigencia de las disposiciones legales que consagran prescripciones adquisitivas de derechos o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza, a que se refiere el art. 11 del Decr. 328 de noviembre 28 de 1958, serán las que se expresan a continuación..."; y que entre esas zonas no quedó incluída la Intendencia del Meta ni, por ende, el Municipio de Villavicencio.

De donde concluye el recurrente que la zona de Villavicencio,. en cuya jurisdicción está situado el inmueble materia de la demanda, "quedó excluída de la suspensión de la vigencia de las disposiciones legales que consagran prescripciones adquisitivas de derecho o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza"; que, por lo mismo, "en relación con la zona del Municipio de Villavicencio continuaron vigentes las disposiciones legales que regulan la materia en referencia, tales como el art. 762 del C. C. en armonía con los arts. 2512, 2518 y 2527 del mismo Código, y en especial, lo dispuesto en los arts. 1741, 1743 y 1750 del mismo Código Civil que definen lo que debe entenderse por nulidad relativa; quiénes la pueden alegar; y que 'puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes'"; que, consecuencialmente, "el lapso de cuatro años necesario para producirse el saneamiento de la nulidad relativa de que pudiera haber adolecido la compraventa de la finca Santa Rosa de Ocoa... empezó a correr en la fecha del contrato, para terminar el día 20 de diciembre de 1956".

Agrega que después de levantado el estado de sitio se expidió la Ley 201 de 1959, la cual empezó a regir el 30 de diciembre de ese año, fecha de su sanción; que con excepción de las normas declaratorias que ella contiene, las restantes sólo podían aplicarse para el futuro; que ni expresa ni tácitamente derogó dicha ley los Dcrs. 328 de 1958 y 1482 de 1959, y, por consiguiente, "no puede aplicarse en relación con actos realizados antes de su vigencia, sino en aquellos en que sí se había suspendido la vigencia de las prescripciones adquisitivas de derechos o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza";

que, por lo mismo, no se puede aplicar el art. 2o. de la Ley 201 de 1959 al contrato de compraventa de la finca Santa Rosa de Ocoa.

Sostiene, con apoyo en el concepto de algunos autores, que por el solo hecho de haber transcurrido los cuatro años que señala el art. 1750 del C. C. para el ejercicio de la acción rescisoria, sin que se hubiera instaurado, el acto afectado de nulidad "queda automáticamente saneado y purgado el título del vicio que pudiera haberlo afectado", sin necesidad de que el demandado alegue prescripción; y que como el 20 de diciembre de 1952, fecha de la celebración del contrato cuya nulidad se impetra, a la de notificación del auto admisorio de la demanda a las demandadas, 10 de julio y 4 de septiembre de 1961, transcurrieron más de los cuatro años que le concedía la ley al vendedor para pedir la rescisión del contrato de compraventa mencionado, se sigue "que el actor perdió el derecho a pedir la rescisión de ese contrato".

Estima el censor que por no haber reparado el Tribunal en la circunstancia de que en la región de Villavicencio no se había producido la suspensión de la vigencia de las disposiciones legales que consagran prescripciones adquisitivas de derechos o extintivas de los mismos o de acciones civiles de cualquier naturaleza, quebrantó, por falta de aplicación, los arts. 11 del Decr. 328 de 1958 y 1o. del Decr. 1482 de 1959, y, por aplicación indebida, los demás preceptos señalados en el cargo.

Considera la Corte:

El art. 1743 del C. C. señala las notas características de la acción de nulidad relativa o rescisión, al establecer que "no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes".

Son, por tanto, condiciones axiológicas de la acción rescisoria: a) que el acto o contrato se halle afectado de nulidad relativa; b) que se ejercite por la parte en cuyo favor se estableció la rescisión, o por sus herederos o cesionarios; y c) que se instaure antes de que expire el término fijado por la ley para el saneamiento de la nulidad, o sea el de cuatro años establecido en el art. 1750 del C. C. Transcurrido dicho término sin que la parte que tenía derecho a pedir la rescisión lo haga, la nulidad desaparece y, en consecuencia, el acto o contrato queda plenamente válido, como si jamás hubiera adolecido de vicio. El silencio de la parte se mira, entonces, como una renuncia tácita del derecho que tenía para impetrar la rescisión o como una confirmación presunta del acto o contrato afectado de invalidez relativa.

Ese cuatrienio por disposición expresa del art. 1750 prenombrado, se contará así: en el caso de violencia, desde el día en que esta hubiera cesado, pues es palmario que la parte violentada no puede ejercitar libremente sus derechos sino desde el momento en que cesa la coacción a que estaba sometida; en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato; y cuando proviene de incapacidad relativa, desde el día en que esta haya desaparecido. Tal precepto fue aclarado por el art. 2o. de la Ley 201 de 1959, en los siguientes términos: "En caso de declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, y para los efectos de la rescisión de actos o contratos viciados por la fuerza, *se entiende que la violencia cesa el día en que se declare restablecido el orden público.* (Se subraya). No obstante lo anterior, la acción puede iniciarse antes de ese evento, si así lo prefiere el demandante. Queda en esta forma aclarado el art. 1750 del C. C.".

Es verdad procesal que el 9 de noviembre de 1949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional; que el 20 de diciembre de 1952 se otorgó la escritura contentiva de la venta de Santos Mariño a Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, cuya rescisión se ha pedida; y que el 27 de agosto de 1958 se levantó el estado de sitio. Ha de entenderse, por tanto, al tenor del artículo 2o. que se dejó transcrito, que la violencia generalizada con fundamento en la cual se demandó la rescisión de la compraventa referida, cesó el 27 de agosto de 1958, y, por ende, que el plazo que el vendedor tenía para pedir la declaración de nulidad expiró el 27 de agosto de 1962. Como para esta fecha ya se había trabado la relación jurídico procesal, hay que concluir que la acción rescisoria la ejercitó el vendedor oportunamente y, consecuencialmente, que no se produjo el saneamiento de la nulidad relativa que afectaba el contrato de compraventa precitado.

Mal pudo, por tanto, el Tribunal, violar las

disposiciones señaladas en el cargo, pues que, como se dejó plenamente establecido, la rescisión se pidió dentro del término señalado por el art. 1750 del C. C. La falla es la argumentación del recurrente, en el punto, radica en haber considerado que "el lapso de cuatro años necesario para producirse el saneamiento de la nulidad relativa de que pudiera haber adolecido la compraventa de la finca Santa Rosa de Ocoa... *empezó a correr en la fecha del contrato* (Se subraya), para terminar el 20 de diciembre de 1956", cuando por mandato de la ley sólo comenzó a correr el día en que se declaró restablecido el orden público, o sea el 27 de agosto de 1958; yerra también el recurrente al afirmar que el art. 2o. de la Ley 201 de 1959 no se podía aplicar a contratos realizados antes de su vigencia, siendo así que por tratarse de una norma aclaratoria del 1750 del C. C., se entiende incorporada en él, por mandato de los arts. 14 del mismo Código y 58 del C. P. y M. Es sabido que los preceptos de la nueva ley son obligatorios a partir de la vigencia de la ley aclarada o interpretada, puesto que la voluntad del legislador, tal como la da a conocer la ley interpretativa, hay que tenerla como existente desde entonces. La única valla a la aplicación de esta leyes la constiyen las sentencias ejecutoriadas antes de su vigencia, puesto que los derechos en ellas declarados quedan firmes e invulnerables aunque hayan sido declarados en contradicción a la verdadera voluntad del legislador, porque pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada no es posible volver a abrir el pleito, (C. J. art. 473). Tal es lo perentoriamente establecido por el art. 14 de nuestro Código Civil, según el cual "las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en estas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio".

Es infundada la censura.

II.- Recurso de Ana Dolores Plata Suárez.

Cargo segundo:

Denuncia "aplicación indebida de los arts. 1513 y 1514 del C. C., 1o., 2o., y 9o. de la Ley 201 de 1959 y 1740, 1741, 1743, 1746 y 1748 del C. C., así como, subsiguientemente de los arts. 946 y ss. ibídem, resultante de errores evidentes de hecho y errores de derecho en la apreciación de las pruebas".

Estima el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho:

A) Al apreciar la escritura 5361 de 20 de diciembre de 1952, pasada ante el Notario 7o. de Bogotá, y concretamente la copia del certificado de pago del impuesto predial del inmueble materia de la venta, en cuanto el avalúo catastral allí consignado, pues "en primer lugar, es abusivo tomar la apreciación catastral como prueba, mucho más como prueba plena, del valor comercial de un inmueble"; y "en segundo término es también incorrecta, inaceptable e infundada la reflexión de que dicho valor sea de por sí y a la fija inferior a la realidad comercial".

B) En la apreciación de la escritura 318 de 1950, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá, "que sirvió al Tribunal para afirmar la desventaja y el aprovechamiento porque en 1952 se vendió por $ 100.000.00 lo que en 1950 costó $ 125.000.00", pues tiene como copia de escritura pública una simple, sin firma de Notario, en papel inidóneo y sin nota de registro; agrega que "el error, mayúsculo, se demuestra con la sola vista de la pieza y el rememorar de la ley (C. C. 2604 y 2675)", y con recordar que la fuerza del instrumento, en lo puramente enunciativo, está circunscrito a las partes (C. C. 1765). Y

C) En la estimación del dictamen pericial producido en la primera instancia, "consistente en que a prueba regular, idónea y plena, se le desconoció tal mérito (C. P. C. 721). Observa que el Tribunal descartó la fuerza convictiva del experticio por heberse edificado sobre bases inciertas y erradas, y por carecer de adecuada fundamentación; pero que "una cosa es sostener, como lo hace el fallador, que el dictamen no tiene asideros competentes y no está debidamente razonada, y otra, muy distinta y lejana, que la memoria de los peritos tenga efectivamente esos vacíos". Hace el recurrente algunas breves consideraciones en relación con el dictamen del perito Torres, y dice que "lo que menos interesa a la parte demandada frente al dictamen es si se le tiene en cuenta o no, porque a quien le incumbe probar el justo precio y, por contraste, el aprovechamiento es al reclamante, de suerte que la ausencia de la prueba idónea o sus defectos, repercuten adversamente sobre quien la ha menester"; pero que "es aberrante que, presente la prueba de la absoluta legitimidad de un negocio, contra toda evidencia de su corrección, la prueba de la regularidad sea descartada y la laguna proba-

toria se colme a base de conjeturas, tergiversaciones y verbo".

En cuanto al cargo por error de hecho, nota el censor que el Tribunal incurrió en yerro de esa índole en la apreciación de la promesa de venta celebrada entre Santos Mariño y Manuel Horacio Nieto Cárdenas, referente al inmueble materia de la demanda, y al desarrollarlo dice:

"La promesa en sí simplemente acredita que para el 20 de octubre Mariño y los Nietos se prometieron recíprocamente celebrar compraventa del inmueble en cuestión por $ 135.000.00, pagaderos en los términos allí indicados, con cargo de firmar la escritura el día 20 de diciembre del mismo año de 1952. Verdad que en la escritura otorgada en esta fecha, por la cual se celebró la compraventa a que se refiere el juicio, con otros compradores que los promitentes y por un precio declarado distinto en magnitud y forma de pago, ninguna alusión se hizo a la promesa. Pero también es cierto de toda certeza que el contrato preparatorio que dijo tener en cuenta el Tribunal ostenta a su reverso (cdno. 2o. fl. 21 vto.) la siguiente nota suscrita por Santos Mariño, que no ha sido redargüida ni desvirtuada: 'cancelada la presente promesa de contrato de compraventa, con la constancia de cumplimiento de las partes. Bogotá, diciembre 20 de 1952'. Pues bien, el error de hecho evidente de que acuso el fallo ahora consistió en su ignorancia de la nota manuscrita antecedente, extendida en la fecha de la escritura, declaración cierta e inequívoca de realización de lo prometido, tal cual se pactó, sobre la base del otorgamiento inmediatamente anterior de la escritura 5361, que desmiente la aventurada afirmación del descuidado fallador, quien si quería emplear el documento en abono de su prejuicio, debía hacerlo a cabalidad y en su plenitud, y no desintegrado y a pedazos".

La corte considera:

Como fácilmente puede apreciarse, las censuras que se le formulan a la sentencia impugnada por supuesto yerros del Tribunal en la ponderación del certificado de pago del impuesto predial, inserto en la escritura 5.361 de 20 de diciembre de 1952, de la escritura 318 de 1950, y del experticio producido en la primera instancia, fúndanse esencialmente en las mismas razones en que se apoyan los cargos que por igual motivo propuso el apoderado de las demandadas Estella de Nieto y Cecilia de Nieto, y, por consiguiente, han de ser desechadas con base en las consideraciones que llevaron a la Corte a rechazar las contenidas en esos otros cargos.

Y en cuanto al error de hecho que se le imputa al sentenciador, por haber ignorado la nota manuscrita puesta por Santos Mariño en el documento contentivo de la promesa de venta acordada con Manuel y Horacio Nieto Cárdenas, ha de observarse que en caso de que realmente no hubiera visto el Tribunal tal nota, el error en que habría incurrido no pugna con la evidencia, pues la declaración hecha por el demandante de que Manuel y Horacio cumplieron el contrato, no significa necesariamente que las compradoras Estella de Nieto y Cecilia de Nieto hubieran pagado como precio la cantidad de $ 135.000.00 que figura en esa promesa, y no los $ 100.000.00 estipulados en la compraventa; máxime cuando dichas señoras tienen la calidad de terceros en relación con ese convenio, pues no está demostrado que sean causahabientes de los prometientes compradores, y, en tales condiciones, la nota puesta por Santos Mariño, a que se hizo referencia, es para ellas *res inter alios acta.*

El cargo es inane.

CARGOS REFERENTES A LA ACCION REIVINDICATORIA

De los dos cargos que las demandadas Estella de Nieto y Cecilia de Nieto le formulan a la sentencia de segundo grado por haber acogido la pretensión reivindicatoria —quinto y sexto del libelo acusatorio—, la Corte encuentra fundado el primero y, en consecuencia, contrae a él su estudio.

Cargo quinto:

Formúlase por "error de hecho evidente consistente en haber dado por demostrado el dominio de Santos Mariño Christian sobre la finca Santa Rosa de Ocoa, con prevalencia al título que sobre ese inmueble tiene la demandada Ana Dolores Plata Suárez por la escritura 3.341 de fecha 22 de agosto de 1959, cuando en autos no aparece título por el cual el demandante adquirió el citado inmueble, y que de obrar en el expediente pudiera enfrentarse a la posesión, plenamente probada de la finca de Santa Rosa de Ocoa, por parte de la de-

mandada Ana Dolores Plata, error a consecuencia del cual violó las siguientes normas sustantivas: los arts. 225, 593, 597 y 730 del C. J.; y los arts. 946, 950, 761, 964, 966, 967, 969 y 1748 del C. C.".

Al desarrollarlo expresa el censor que al redactar el libelo incoativo de este juicio olvidó su autor incluir en la *causa petendi* el hecho de que Santos Mariño Christian había adquirido la finca Santa Rosa de Ocoa por compra hecha a Luis Alejandro Castro mediante la escritura 318 de 3 de febrero de 1950, otorgada en la Notaría 3a. de Bogotá; que por causa de ese error olvidó acreditar que con anterioridad al otorgamiento de la escritura 5.361 de 20 de diciembre de 1952, por medio de la cual vendió a Estella de Nieto y Cecilia de Nieto la finca mencionada, era dueño de la misma por haberla adquirido de conformidad con la escritura 318 precitada; que, en esta forma, dejó el demandante sin demostrar "uno de los elementos de la acción reivindicatoria que al producirse la nulidad debía tener efecto contra la demandada Ana Dolores Plata, actual poseedora de la finca objeto del pleito"; que para que la nulidad decretada tenga efectos contra terceros es necesario, como lo ha dicho la Corte, que se encuentren demostrados "los requisitos generales necesarios para la viabilidad de la acción reivindicatoria, tales como prioridad de un título de dominio en frente de los demandados, singularidad e identidad del bien reivindicado y posesión material de la persona demandada y obligada a la restitución"; que de estos requisitos falta el referente al título de dominio del actor para enfrentarlo a la posesión material e inscrita de la demandada Ana Dolores Plata; y que como el Tribunal "dio por establecido, sin estarlo, el título de dominio por el cual Santos Mariño Christian había adquirido la finca Santa Rosa de Ocoa", incurrió en error evidente de hecho toda vez que en el proceso no aparece dicho título.

De donde concluye el recurrente que ese error llevó al Tribunal a aplicar el art. 1748 del C. C. que dice que la nulidad judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores sin perjuicio de las excepciones legales; los arts. 946, 950, 961, 964, 966, 967 y 969, "que regulan los derechos y deberes de las partes en la acción reivindicatoria"; y el 769 que consagra la presunción de buena fe, sin ser el caso de aplicarlos.

Considera la Corte:

Supuesto el interés que legitima a las demandadas Estella de Nieto y Cecilia de Nieto para impugnar el acogimiento que hizo el Tribunal de la pretensión reivindicatoria deducida frente a Ana Dolores Plata Suárez, dada la obligación de saneamiento de la cosa vendida que aquellas tienen para con esta (C. C. arts. 1880, 1893 y 1895), se procede al despacho del cargo formulado.

Por cuanto la sentencia que declara la nulidad de un acto o contrato produce efectos *ex tunc*, se supone que tal acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por un imperativo de lógica, hay que restaurar las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiera celebrado. Empero como los efectos de la declaración judicial de nulidad no solamente cobijan a quienes celebraron el acto o contrato sino que alcanzan también a los terceros que derivan sus derechos de uno de tales contratantes, por aplicación del aforismo *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*, el legislador reguló en normas distintas esos efectos. Por lo que respecta a aquellas, estatuye el art. 1746 del C. C. que "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita"; y en lo que atañe con los segundos, preceptúa el 1748 que "la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales".

Dos son, por tanto, las acciones de que se halla investido quien está legitimado para impetrar la nulidad de un contrato y recuperar de un tercero las cosas materia del mismo: la personal para obtener la nulidad o rescisión del contrato, que inexcusablemente ha de dirigirse contra todos los demás contratantes; y la real contra el tercero que adquirió la cosa materia del contrato declarado nulo y que la posee materialmente. Siendo la de reivindicación consecuencia de la nulidad, puede ejercitarse en proceso separado, una vez acogida la primera, o acumularse las dos en una misma demanda, tal como se hizo en la incoativa de este juicio. Pero bien sea que se instaure en proceso separado o que, subordinada a la de nulidad, se ejercite con esta en una misma demanda, han de darse en relación con la de dominio los elementos axiológicos que le son

propios para que pueda prosperar, es a saber: derecho de dominio en el demandante, posesión material en el demandado, cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular, e identidad entre el bien de que es dueño el actor y el que posee el demandado.

El Tribunal consideró que en el caso sub lite se hallaban satisfechos estos requisitos y, en consecuencia, decretó la reivindicación impetrada. "Si, pues —dice—, la acción reivindicatoria se ha dirigido contra la persona obligada por ley a responder, y si, además, en el presente caso concurren los otros elementos axiológicos, como lo son la propiedad del demandante sobre la finca cuya restitución demanda (escritura No. 5361 visible al fl. 2); identidad entre esta y la que es poseída por la demandada, tratándose como se trata, de una cosa singular, según lo acredita la inspección ocular practicada el 12 de julio de 1962 (fl. 6 ss. cdno. No. 2) la acción restitutoria que consecuencialmente se acumula a la de nulidad está también llamada a prosperar".

Como se ve, el sentenciador dio por probado el derecho de dominio del demandante sobre el bien reivindicado con la copia de la escritura 5361 de 20 de diciembre de 1952, otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá, mediante la cual Santos Mariño Christian vendió a Estella Valenzuela de Nieto y a Cecilia Rojas de Nieto la finca "Santa Rosa de Ocoa". Empero como esta escritura no constituye el título de dominio del demandante sobre dicho inmueble, ni en el proceso obra título alguno que demuestre la existencia de ese derecho, como acertadamente lo nota el recurrente, síguese que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al tener por demostrado el dominio de Santos Mariño Christian sobre la finca que pretende reivindicar, sin que exista en el proceso el título por medio del cual lo adquirió. No es con la escritura mediante la cual se enajena un bien, sino con aquella por medio de la cual se adquirió, como se demuestra el derecho de dominio sobre el mismo, como es obvio, y es ese título el que falta en los autos.

El error en que incurrió el sentenciador al dar por probado el derecho de dominio de Santos Mariño Christian sobre la finca "Santa Rosa de Ocoa", sin existir prueba de ello en el proceso, lo llevó a infringir, por indebida aplicación a la especie litigada, los arts. 946 y 1748 del C. C. Lo cual significa que la sentencia objeto del recurso debe ser infirmada en lo pertinente; y sustituída por la que profiera la Corte como juzgador de instancia.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DE REEMPLAZO

Siendo la acción reivindicatoria un atributo propio del derecho de dominio, su ejercicio sólo compete al titular del mismo. Incumbe, por tanto, al reivindicante la carga de probar su calidad de propietario del bien cuya restitución impetra, pues en ella radica su legitimación para obrar. La no demostración en el proceso de este primer elemento axiológico de la acción de dominio trae como consecuencia obligada el insuceso de la pretensión del actor, que es precisamente lo que ocurre en el caso sub lite, como se pasa a ver.

En la escritura 5.361 de 20 de diciembre de 1952, otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá, mediante la cual Santos Mariño Christian vendió a Estella de Nieto y Cecilia de Nieto la finca "Santa Rosa de Ocoa", se dice que dicho inmueble lo adquirió el vendedor por compra que hizo a Luis Alejandro Castro, según la escritura 318 de 3 de febrero de 1950, pasada ante el Notario 3o. de esta ciudad. Siendo este el título mediante el cual adquirió el demandante el derecho de dominio sobre el inmueble que pretende reivindicar de Ana Dolores Plata, ha debido allegar al proceso copia debidamente expedida de ese instrumento a fin de acreditar su calidad de dueño, cosa que no hizo. La que en papel común y sin la firma del Notario se presentó por el personero de Estella y de Cecilia en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, con el objeto de facilitar la identificación del inmueble materia de la misma, no puede tenerse como prueba del derecho de dominio alegado por el demandante, puesto que el art. 630 del C. J. estatuye terminantemente que "la escritura pública, *para ser estimada como prueba*, se presenta por las partes *en copia autorizada por el funcionario encargado del protocolo* y con la nota de haberse hecho el registro en forma debida". (Subraya la Corte).

La certificación del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que obra en autos, referente a la inscripción de la escritura 318 prenombrada, no constituye prueba idónea del derecho de dominio del demandante sobre el inmueble a que se ha hecho referencia, porque como reiteradamente lo ha dicho la Corte, la facultad que el ord. 4o. del art. 2640 del C. C. confiere a los registradores de "certificar, con vista de los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar..." está circunscrita en el texto a la concreta finalidad de in-

formar sobre esa situación a quienes, interesados en conocerla, soliciten las certificaciones pertinentes; pero el precepto no le atribuye a estas certificaciones la virtud de servir, en juicio, de prueba de los títulos traslaticios o declarativos de dominio sobre inmuebles. Quiere decir que las certificaciones del Registrador, en estos casos, son prueba de haberse hecho la inscripción del título, pero no demuestran el título mismo, cuando este ha de acreditarse, lo cual sólo puede hacerse mediante la aducción del propio título, esto es, de su copia formalmente expedida. Confirma esta conclusión el precepto del art. 2675 que sólo y excepcionalmente admite que un título sujeto a registro pueda suplirse con el certificado del Registrador acerca del punto o de los puntos de que haya constancia en el Registro, relativa a los contenidos en aquel, "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado' y concurran las demás circunstancias señaladas en el mismo artículo". (CI, 100; LXXI, 442 ss.).

No se está en el caso de excepción previsto en el art. 2675 precitado, pues no se acreditó la situación fáctica contemplada en él como presupuesto de su aplicación, y, en consecuencia, no puede admitirse el certificado en referencia como prueba supletoria de la escritura 318 memorada por medio de la cual adquirió Santos Mariño Christian el derecho de dominio sobre el inmueble que pretende reivindicar.

De esta suerte, no habiendo aducido el demandante título alguno que prevalezca sobre la posesión de la demandada Ana Dolores Plata y que desvirtúe la presunción de dominio que en favor de esta consagra el art. 762 del C. C., ha de negarse la pretensión reivindicatoria que contra ella se deduce en la demanda.

Para terminar observa la Corte que la carencia de acción y la falta de personería sustantiva de la demandada Ana Dolores Plata no constituyen excepciones en sentido propio, como desacertadamente las denominaron las demandadas, pues las excepciones, por definición legal (C. J. art. 329), consisten en hechos en virtud de los cuales "las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", y ni la carencia de acción ni la falta de personería sustantiva alegadas por la parte demandada se fundan en hechos impeditivos o extintivos, sino en la ausencia de elementos o requisitos legitimantes de la pretensión. Como en el caso que se examina no se acoge la acción reivindicatoria, por las razones ya vistas, sobra todo pronunciamiento sobre las impropiamente denominadas excepciones a que se hizo referencia.

FALLO

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 segunda instancia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y como juzgador de instancia revoca la de primer grado y en su lugar,

RESUELVE:

Primero.- Declárase rescindido, por vicio del consentimiento del vendedor, el contrato de compraventa de la finca "Santa Rosa de Ocoa", celebrado entre Santos Mariño Christian, de una parte, y Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto, de otra, contenido en la escritura pública número 5.361 de veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), otorgada en la Notaría 7a. de Bogotá.

Segundo.- Ordénase la cancelación de la citada escritura 5.361 de diciembre veinte (20) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), pasada ante el Notario 7o. de Bogotá y de su inscripción en el registro. Por el Juzgado del conocimiento se librarán los oficios del caso.

Tercero.- Deniéganse las peticiones segundas y tercera de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la demandada Ana Dolores Plata Suárez.

Cuarto.- Decrétase la cancelación del registro de la demanda.

Quinto.- Condénase a las demandadas Estella Valenzuela de Nieto y Cecilia Rojas de Nieto a pagar al demandante las costas causadas en las instancias del juicio, por razón de la demanda de nulidad.

Sexto.- Condénase al demandante a pagar a la demandada Ana Dolores Plata Suárez las costas causadas en las dos instancias, por razón de la reivindicación.

Séptimo.- Sin costas el recurso extraordinario.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

PETICION DE HERENCIA

Cuando prospera esta acción, la partición practicada entre los herederos demandados es inoponible al actor, y por tanto debe rehacerse en concurrencia con este.

La *petición de herencia*, que compete al heredero verdadero privado de la materialidad de esta a merced de su ocupación por otro que se da por heredero sin serlo, es la acción que contra el último tiene el primero para que se le reconozca su derecho a la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión. Bien entendido que este aspecto restitutorio, no obstante concretarse en cosas singulares, en nada desvirtúa la categoría esencial de la acción, la que jurídicamente se refiere a una universalidad patrimonial y no a cosas singulares, que es lo que la diversifica de la acción reivindicatoria.

Aunque de naturaleza *real*, por servir en su punto de llegada a la tutela del derecho real de herencia, sin el cual no se concebiría, esta acción entraña en su punto de partida un factor de especificidad *personal*, en cuanto por ella se discute necesariamente la *calidad de heredero*, ya de un modo absoluto o excluyente cuando el accionante pretende y demuestra ser heredero universal único, ya de un modo relativo o parcial, cuando admite la concurrencia del demandado como coheredero.

Pero, debátase el uno o el otro de estos extremos, es lo cierto que al vindicar el actor su calidad de heredero con los atributos que de su vocación dimanan, lo que propugna es su posición en la herencia y, consecuencialmente, la satisfacción *in integrum* del interés patrimonial que en la misma le corresponde.

No otra es la mente legislativa que penetra y da vida al art. 1321 del C. C., cuando estatuye que "El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños". Norma de la cual fluye por imperativo jurídico ineluctable la conclusión de que cuanto en la órbita del patrimonio herencial hiciere el heredero putativo no liga al heredero legítimo a quien no pueden menos de serle inoponibles los actos de aquel. Por sabido se tiene que *la inoponibilidad* de un acto jurídico consiste precisamente en que este, cualesquiera que sean sus condiciones intrínsecas, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno vinculante frente a quienes son extraños al mismo: *res inter alios acta* (cas. 3 marzo 1964, CVI, pág. 179). Por eso, siendo el verdadero o legítimo heredero extraño a la ocupación que de los haberes hereditarios haya hecho el putativo, los actos efectuados por este en relación con tales haberes le son *inoponibles* al primero. Y de ahí también que si el putativo hubiere hecho enajenaciones de cosas hereditarias susceptibles de reivindicación, tenga derecho el heredero legítimo a tenor de lo preceptuado en el art. 1325 ibídem, a hacer uso de la acción reivindicatoria contra los terceros en cuya posesión se hallen tales cosas, en tanto no hayan sido prescritas por ellos.

Desde luego, el conflicto entre el heredero legítimo y el putativo se desatará sin complejidad, cuando el segundo carezca de toda vocación hereditaria a la sucesión de que se trate, pues, no siendo partícipe a título universal, tendrá que restituir íntegramente al heredero legítimo el patrimonio mortuorial de que sea poseedor, en los términos del dicho art. 1321 del C. C.

Pero, si tanto el actor como el demandado son herederos legítimos concurrentes, cada uno en determinada cuota de la herencia, entonces, al encontrarse poseído el acervo en su totalidad por el demandado, que lo pretende

hereditariamente para sí, el demandante tendrá derecho, en virtud del propio art. 1321, a que "se lo adjudique la herencia" en la cuota que le corresponde, esto es, a que se le reconozca su derecho en esa parte de la universalidad sucesoria y, por lo tanto, a que se verifique la partición del caudal relicto entre demandado y demandante, con arreglo a la ley, y se le entreguen a este por aquel, con sus respectivos frutos, los bienes de la herencia que en la misma partición le sean adjudicados en pago de su cuota.

Lo mismo se predica para la hipótesis de ser varios los coherederos demandados en acción de petición de herencia. Y, en todo caso, la adjudicación o partición que del patrimonio herencial se hubiera formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición, carece de toda fuerza contra este, *por serle inoponible*, inoponibilidad en cuya virtud él está legitimado para exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia en conformidad a las normas disciplinales de esta etapa conclusiva de la indivisión sucesoria.

Ciertamente, cuando la acción de petición de herencia se traba entre coherederos, su finalidad específica no es la de que al accionante, desalojado de la posesión de su cuota hereditaria por los otros, se le asignen determinadas cosas singulares de las adjudicadas a aquellos o cuotas pro indiviso de esas cosas singulares, apedazándose así la composición de la hijuela a que tiene derecho y producción de este mismo resultado en la estructura de las hijuelas de los demás. Sino que, en tal caso, el término de la acción es el de que al peticionario se le satisfaga, con ajuste a los preceptos rectores de la materia, su participación en la herencia sin perjuicio de los derechos de los demás herederos, resultado integral a que sólo podría llegarse mediante un acto de participación celebrado con la presencia de todos los interesados y consentido por estos o aprobado por el juez.

Esta solución de estricto derecho no bastaría, empero, a que la petición de herencia entre coherederos llegase a un resultado pragmático distinto, o sea a que, sin prescindirse absolutamente de la partición ya hecha, se le asignase el peticionario triunfante cuota o cuotas determinadas en los bienes de la sucesión adjudicados a los demás, siempre y cuando que así lo hubiera impetrado el demandante y que, para el caso de que triunfase en su pretensión, así lo hubieran aceptado los demandados. Habría entonces allí una solución de orden práctico, amparada ya por la fuerza de la relación jurídico-procesal, ya por el acuerdo expreso o tácito de la unanimidad de los interesados, permitido por el ordenamiento jurídico (arts. 1382, 1391 y 1392 C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: Acta No. 100).

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 Facatativá, con fecha 21 de enero de 1966, en el juicio ordinario seguido por Hernando Ulloa Forero frente a María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago.

I

EL LITIGIO

Ante el Juez Civil del Circuito de Facatativá, Hernando Ulloa Forero demandó a María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago, en solicitud de las siguientes determinaciones:

a) Que el actor "en su carácter de cesionario de los derechos de la heredera Eva Julia Ayala, tiene derecho a la herencia de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, con exclusión de los demandados";

b) que "se condene a cada uno de los demandados a restituir al demandante, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los predios de la sucesión de la señora Mercedes Ulloa de Ayala que cada uno de ellos posee u ocupa, conforme a los hechos 7o. y 8o. de esta demanda, por la ubicación y linderos determinados en tales hechos";

c) que "se condene a cada uno de los demandados a pagar al demandante los frutos naturales y civiles producidos por el predio que cada uno ha ocupado, o los que hubieren podido producir con mediana inteligencia y actividad, desde la fecha en que se acredite que los ocupa"; y

d) que se les condene en las costas del juicio.

Como *hechos* básicos de su pretensión, el demandante alegó:

1. Que Gregorio Ayala y Mercedes Ulloa contrajeron matrimonio el 24 de mayo de 1893;

2. De ese matrimonio nació Eva Julia Ayala;

3. Mercedes Ulloa de Ayala falleció el 10 de febrero de 1927;

4. Por escritura número 40 de 13 de febrero de 1932, de la Notaría de La Vega, Eva Julia Ayala vendió a Aristides Ulloa los derechos y acciones que le correspondían "como heredera en la sucesión intestada e ilíquida de su finada madre legítima señora Mercedes Ulloa de Ayala"; y por escritura número 464 de 31 de julio de 1941, de la misma Notaría, Aristides Ulloa cedió en venta al demandante Hernando Ulloa Forero esos mismos derechos y acciones;

5. Al fallecer la causante Mercedes Ulloa de Ayala, "dejó como único patrimonio un globo de terreno denominado 'El Chircal', en el Municipio de La Vega";

6. El demandado Alberto F. Buitrago, diciéndose cesionario de parte de los derechos de la demandada María Antonia Ayala de Barragán y apoderado de esta señora, siguió ante el Juez 2o. Civil del Circuito de Facatativá el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, en el cual "verificó en esos caracteres la adjudicación del inmueble, 'El Chircal' de que trata el hecho 5o. de esta demanda, 'parte en cuerpo cierto y el resto en común y pro indiviso', como expresó en el punto VI de esa partición";

7. Así, a María Antonia Ayala de Barragán se le adjudicó en tal juicio, como cuerpo cierto, "un lote de terreno que hace parte del terreno... denominado "El Chircal" (el de que trata el hecho 5o. de esta demanda, en el Municipio de La Vega)... comprendido dentro de los siguientes linderos" (aquí ellos);

8. Allí mismo se le adjudicó a Alberto F. Buitrago, como cuerpo cierto, "un lote de terreno que hace parte del terreno... denominado 'El Chircal' (el de que trata el hecho 5o. de esta demanda, en el Municipio de La Vega)... comprendido dentro de los siguientes linderos" (aquí ellos); y

9. Los adjudicatarios de los lotes de que tratan los hechos 7o. y 8o., o sea los demandados Ayala de Barragán y Buitrago, son "respectivamente, poseedores u ocupantes del lote a cada uno de ellos adjudicado, lotes que forman parte del inmueble 'El Chircal', determinado en el hecho quinto de esta demanda, de propiedad de la sucesión de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, sucesión en la cual los demandados no tenían cuando se hicieron tales adjudicaciones, ni tienen, derecho alguno".

En su contestación, los demandados aceptaron como ciertos los hechos 1o. y 3o.; exigieron que se prueben los demás; propusieron la excepción de prescripción del derecho de petición de herencia; y, en suma, se opusieron al otorgamiento de las súplicas del libelo.

La primera instancia, en la que se produjeron pruebas de ambas partes, recibió fallo por el cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta y, en consecuencia, se absolvió a los demandados de los cargos que se les formularon; en el segundo grado, abierto por apelación del actor, el Tribunal Superior de Facatativá, en sentencia de 21 de enero de 1966, *resolvió:*

"1. Revocar la sentencia materia de la apelación, o sea la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres.

"2. Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

"3. Declarar que el señor Hernando Ulloa Forero, en su carácter de cesionaro de los derechos de la heredera Eva Julia Ayala, tiene derecho a la herencia de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, en concurrencia con los demandados María Antonia Ayala de Barragán y Alberto Buitrago R.

"4. Condenar a los demandados a restituir al demandante, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la mitad de los bienes herenciales de la sucesión de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, en la proporción que a cada uno corresponda, de acuerdo con las adjudicaciones que se les hicieron en esa sucesión, por la ubicación y linderos expresados en la demanda.

"5. Condenar a los demandados a pagar al demandante los frutos que correspondan a la parte proporcional de los bienes cuya restitución se ha ordenado desde la fecha de la notificación de la demanda, o sea desde el diecisiete de junio de mil novecientos cincuenta y nueve.

"6. Regúlense en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial.

"7. Condenar en la mitad de las costas del juicio a la parte demandada, ya que las peticiones de la demanda no prosperaron en su totalidad sino sólo parcialmente (art. 2o. ord. 1o. del decreto 243 de 1951".

II

LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Estimando que la acción ejercitada en este juicio está contemplada por los arts. 1321 y 1325 del C. C., el Tribunal, al ventilar el caso del pleito en el ámbito de la petición de herencia que consagra el primero de tales textos, comienza por estudiar la excepción de prescripción de este derecho propuesta por el demandado. De su argumentación al efecto, cabe hacer la siguiente síntesis:

Que, como en este juicio se ha sostenido que la acción de petición de herencia ejercitada por Hernando Ulloa Forero prescribió en virtud de haber transcurrido más de veinte años desde el día del fallecimiento de la señora Mercedes Ulloa, es preciso ante todo establecer desde cuándo comienza a contarse el término señalado por la ley para la prescripción de la acción; y al respecto sostiene que ese lapso no comienza a correr sino desde que el heredero aparente asume la posesión exclusiva de los bienes hereditarios, ya a partir de la adjudicación que de ellos se le ha hecho en la partición de la herencia, o aún, por fuera de esta, cuando "su posesión ha sido exclusiva", con independencia de todo otro heredero, pues faltando esa exclusividad, "mientras se posea conjuntamente por todos los herederos, mientras no haya discusión acerca de su calidad de herederos, la acción de petición de herencia no tiene objeto alguno. Es precisamente cuando un heredero trata de excluir a otro o a los demás cuando surge esa acción y naturalmente es desde ese momento que (sic) empieza a contarse el tiempo necesario para que se extinga la acción de petición de herencia". Conclusión esta que tiene como supuesto necesario el de que el pretendido heredero haya realizado en su cabeza la usucapión o prescripción adquisitiva de los haberes hereditarios, pues el derecho de herencia no se extingue por el mero transcurso del tiempo, como sí ocurre con la prescripción extintiva de las obligaciones.

Y examinando a la luz de estos criterios el caso *sub lite*, el sentenciador considera que "después de la muerte de la señora Mercedes Ulloa de Forero se hicieron varias ventas conjuntas por parte de Eva Julia y Ana María en las cuales ambas se reconocen mutuamente su calidad de herederas. Posteriormente, María Antonia Ayala de Barragán adelantó, en 1958, el juicio de sucesión y se hizo adjudicar el lote o lotes de terreno que son materia de la reivindicación (sic). Y sólo desde ese día pasó a ser poseedora exclusiva de los lotes, pues aún en las posiciones ella reconoció que el lote era para repartir entre ambas herederas. Ahora bien, cómo podía antes de hacerse esa adjudicación tener ánimo absoluto de señora y dueña sin tener esa convicción de que el lote debía repartirse con otra persona, con su hermana concretamente?".

En el examen de las declaraciones de Alberto Luque Delgado, Luis García Perdomo y Eduardo Bohórquez Calderón, aducidas por la parte demandada con el intento de acreditar de su lado una posesión veintenaria del predio que los demandados se adjudicaron en el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, encuentra el Tribunal que tales testimonios no logran demostrar la finalidad dicha. Al respecto nota que "el segundo de los mencionados (García Perdomo) hizo alusión a una posesión de más de quince años y por tanto su testimonio no merece mayor análisis, dado que el tiempo requerido para la prescripción extraordinaria es de veinte años"; y que, en cuanto a los otros dos testigos, "ellos declararon en 1961 y en ese año hicieron referencia a una posesión de más de veinte años, pero sin decir si 21 o 22 o 20 y 3 meses, y como la demanda se inició en 1959, para esa época no puede decirse o colegirse con certeza de esos testimonios que la posesión fuera de más de veinte años o de veinte sino que bien podía ser apenas de 18 o 19 años". Aparte lo cual, agrega el sentenciador que "la posesión no es un ente abstracto, ideal, sino por el contrario un hecho concreto que se traduce generalmente en una explotación económica del predio, en actos tales como hacer siembros, cosechar, tener ganados, levantar cercas, pagar impuestos etc., cosas que ejecuta quien posee con la convicción absoluta de ser el dueño de ese predio o inmueble cuando de estos bienes se trata. Los deponentes citados no hicieron mención alguna a hechos de la naturaleza de los que acabamos de anotar y se limitaron a afirmar que han visto en posesión del terreno a la señora María Ayala de Barragán pero sin expresar en manera alguna en qué ha consistido esa posesión. Mucho menos podría decirse que de esos testimonios se deduce una pose-

sión exclusiva de la señora Ayala de Barragán, con prescindencia de la otra heredera y con prescindencia también de su título de heredera".

Considerando, pues, no probada la excepción de prescripción, entra el juzgador a inquirir si en el caso "puede o no prosperar la acción de petición de herencia". En este examen tiene como probados los siguientes hechos: la defunción de la causante Mercedes Ulloa de Ayala; el ser hijas legítimas suyas Eva Julia Ayala y María Antonia Ayala de Barragán, y, por lo mismo, tener estas la calidad de herederas de aquella; y ser el actor Ulloa Forero cesionario de Eva Julia Ayala. De estos antecedentes concluye que "No hay pues calidad prevalente del demandante sino únicamente concurrente para heredar con la demandada y las restituciones que se ordenen sólo podrán serlo en la mitad, es decir en la parte que hubiera correspondido a Eva Julia Ayala en la sucesión de Mercedes Ulloa de Forero, en concurrencia con su hermana legítima".

Finalmente, ocupándose de la posesión de los demandados, considera que "María Ayala de Barragán comenzó a poseer en conjunto con su hermana los bienes que ahora se reclaman, en virtud de ser herederas de la causante señora Mercedes Ulloa de Forero y fue en ese mismo carácter de heredera como obtuvo la adjudicación de los bienes herenciales. De tal manera que no puede predicarse de ella mala fe pues estaba poseyendo con un título justo o sea el de heredera. Podría decirse que en el tiempo en que poseyó para sí sola, su posesión fue de mala fe, pero ella misma explicó que no tenía conocimiento de las ventas efectuadas por su hermana y creía ser la única heredera, en razón de haber muerto su coheredera... Con relación al demandado doctor Buitrago su posesión también ha sido ejercitada en virtud de un justo título, o sea la adjudicación que se le hizo dentro del sucesorio de Mercedes Ulloa. Y como no se comprobó su mala fe, en forma alguna, debe considerarse como poseedor de buena fe".

III

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Dos cargos contra la sentencia de segundo grado ofrece la demanda de casación, ambos del resorte de la causal primera y los cuales se estudiarán en el orden en que aparecen deducidos.

Primer cargo.- Propuesto por violación indirecta de los arts. 1326, 2512, 2535, 2536 y 2538 del C. C. y 1o. de la Ley 50 de 1936, en el sentido de falta de aplicación de los mismos al "haber declarado el Tribunal no probada la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción de petición de herencia ejercitada en la demanda", el recurrente desarrolla este reparo así:

Que, aunque por el Tribunal no se desconoce que un heredero, pretendiéndose único pueda poseer en esta calidad un bien de la herencia, con exclusión de toda otra persona, aún sin haber obtenido la adjudicación en juicio mortuorio, sin embargo el sentenciador argumenta que, en el caso de la litis, no hay prueba alguna de esa posesión exclusiva por parte de la heredera María Antonia Ayala con anterioridad a la adjudicación que ella y su cesionario parcial obtuvieron en el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, ni de que la posesión de estos dos asignatarios haya durado veinte años con anterioridad a la notificación de la demanda;

que "para llegar a esta conclusión el Tribunal incurrió en manifiesto *error de hecho,* dejando de apreciar un elemento de prueba con el cual se acredita el factor tiempo en el lapso necesario para que se haya extinguido la acción de petición de herencia ejercida en la demanda", prueba que lo es la copia formal de la escritura número 40 de 13 de febrero de 1932, de la Notaría de La Vega, que obra a los fls. 4 y siguientes del cdno. No. 1o., y "dentro de la cual la otorgante Eva Julia Ayala hizo la siguiente declaración en el señalamiento de los linderos de la finca de que trata dicho instrumento:... 'colindando hasta aquí con lote que posee la heredera María Antonia Ayala'";

que, "no apareciendo de autos que María Antonia Ayala haya poseído lote distinto de aquel que fue objeto de partición y adjudicación en el juicio mortuorio de Mercedes Ulloa de Ayala, debe presumirse que a dicho lote se refiere la declaración escrituraria de Eva Julia Ayala que se deja transcrita, de lo cual se sigue que en el año de 1932 en tal (sic) declaración se hizo, María Antonia Ayala tenía la posesión del lote de terreno en referencia";

que, "aquella posesión *veintenaria* con relación a la fecha de la notificación de la demanda era *exclusiva* de parte de María Antonia Ayala, se comprueba con el hecho de solo esta (sic) y su cesionario promovieron el juicio de sucesión de su causante Mercedes Ulloa de

Ayala, y solamente ellos se adjudicaron el lote de terreno que según queda evidenciado venía poseyendo María Antonia desde el año de 1932, por lo menos, según declaración hecha en escritura pública por la otorgante, que hace fe contra ella y sus causahabientes Aristides y Hernando Ulloa"; y

que, así las cosas, el Tribunal por haber incurrido en el *error de hecho* que implica la no apreciación de la referida declaración escriturada de Eva Julia Ayala, fue llevado a declarar no probada la excepción de prescripción extintiva de la acción de petición de herencia, "infringiendo de ese modo, por desobediencia de sus mandatos", las normas sustanciales atrás relacionadas.

La Corte considera:

El cargo, como se ve, encuéntrase reducido a impugnar la sentencia en cuanto denegó la excepción por los demandados invocada, de prescripción de la acción de petición de herencia.

La acusación, empero, no toca con el tratamiento que el Tribunal diera al problema jurídico de la prescripción en la materia. Es decir que el recurso deja ilesas estas premisas sustanciales: a) que el derecho de herencia no se extingue, como ocurre con las obligaciones, por el mero transcurso del tiempo, sino que es preciso que sea usucapido mediante la posesión de las cosas de la sucesión por quien se pretende heredero, posesión que ha de ser veintenaria (arts. 2533 C. C. y 1o. Ley 50 de 1936), a menos que se trate del heredero putativo, en el caso del inciso final del art. 766 C. C., quien puede oponer a la petición de herencia la prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio (art. 1326 ibid); b) que, tratándose de la prescripción del derecho de petición de herencia entre coherederos, para que la posesión de la herencia mantenida por uno de ellos llegue a extinguir el derecho hereditario del otro u otros, es preciso que esa posesión tenga el carácter de exclusiva en pro de quien la ejerce, pues de lo contrario se entendería verificada en nombre y por cuenta de todos los herederos o sea en provecho de la comunidad universal; y c) que, consecuencialmente, el lapso de tal prescripción no puede contarse sino a partir del día en que el heredero prescribiente inició su posesión exclusiva.

El ataque se concreta entonces, a sostener, como argumento único, que los preceptos sustanciales que cita fueron quebrantados por el sentenciador al desestimar la prescripción invocada, a causa del *error de hecho* en que incurriera, no viendo que en la escritura número 40 de 13 de febrero de 1932, de la Notaría de La Vega, por la cual Eva Julia Ayala vendió a Aristides Ulloa los derechos y acciones que le pudieran corresponder como heredera en la sucesión intestada e ilíquida de su madre legítima Mercedes Ulloa de Ayala, derechos y acciones que le quedaban en el terreno denominado "El Chircal", la mencionada Eva Julia, al determinar por sus linderos un lote cuya tenencia le confirió allí al comprador Ulloa y que hace parte del globo general citado, expresó confinar aquel, en un sector, *"colindando hasta aquí con lote que posee la heredera María Antonia Ayala"*. Lo que, según el censor, debe entenderse en el sentido de que ese lote que en tal acto se dijo poseído por María Antonia Ayala lo era en sentido excluyente y es el mismo partido y adjudicado a los demandados en la sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, cuya posesión por estos completó así veinte años con anterioridad a la notificación que de la demanda se les hizo en el mes de junio de 1959.

El cargo se deshace con solo advertir que, en casación, la censura por error de hecho manifiesto en el tramiento de las pruebas por el Tribunal, como vicio de medio que induzca a la lesión del derecho sustancial, ha de versar sobre un yerro de objetividad acerca del ser mismo de los medios de convicción en juego, vale decir que por el juzgador de instancia se haya ignorado una prueba existente en el juicio o se haya supuesto como presente la que no está en él, hipótesis de error grosero a cuyo lado se alínean las ocurrencias, ya de que se mutile ciertamente el real contenido de un medio, ya de que se le haga decir lo que él no expresa en modo alguno, ya de que, tratándose del análisis de las pruebas en orden a sus efectos demostrativos, se saquen conclusiones abiertamente contrarias a la evidencia que las mismas pruebas irradian, y de que en cualquiera de semejantes hipótesis el vicio en la apreciación probatoria sea trascendente a la decisión del litigio. Todo ello, bajo el bien entendido de que, mientras el Tribunal, en el aspecto fáctico, no rebase las susodichas fronteras de la contraevidencia, su estimación, expresa o tácitamente realizada de los medios que le sirvieran para fijar las cuestiones de hecho, básicas del pronunciamiento, es intocable en casación, como atributo propio de su función jurisdiccional.

Ahora bien: para el supuesto de que el sen-

tenciador no hubiera visto el citado pasaje de la alindación dada por Eva Julia Ayala en la susodicha escritura número 40 de 13 de febrero de 1932 y que reza: "colindando hasta aquí con lote que posee la heredera María Antonia Ayala", precisa observar que ese pasaje por sí solo no demuestra, ni que el tal lote, mencionado como poseído por María Antonia Ayala, fuese el mismo sobre que versó la partición en el juicio mortuorio de Mercedes Ulloa de Ayala, ni que, aún siéndolo, su posesión por María Antonia fuera exclusiva de esta. Lo contrario resultaría de una de las pruebas a que aludió el sentenciador o sea la absolución de posiciones por María Antonia Ayala, dentro de este juicio, en donde al contestar a las cuestiones segunda, cuarta y quinta, se pronunció esta así: a la segunda, en que se le preguntaba si hacia el año de 1938 había vendido por escritura otorgada en la Notaría de La Vega a Emiliano Valbuena, descontando las ventas hechas por la absolvente y su hermana Eva Julia a terceros, el resto de los derechos y acciones que a la absolvente le quedaban como heredera de Mercedes Ulloa de Ayala en la finca "El Chircal", contestó: "No es cierto porque yo vendí parte de los derechos y acciones y *queda el resto para la sucesión"; a la cuarta, en donde se le preguntaba si se dividió amigablemente en 1929 con su hermana Eva Julia el resto que les quedaba del terreno de "El Chircal" de la sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, contestó: "No es cierto, porque lo que hicimos fue separar casas por lo que yo me había casado, pero no separamos lotes sino que dejamos así para iniciar el juicio,* pero después no se hizo"; y a la quinta, en donde se le preguntaba si a partir de esa división amigable "que no se hizo constar en la escritura de partición", la absolvente había quedado con el terreno que le entregó luego a Emiliano Valbuena, como equivalente al resto de sus derechos, contestó: "si es cierto que yo vendí porque me hice cargo de una deuda grande que dejaron mis finados padres, y *quedaba el resto para repartir entre nosotras dos"* (los subrayados son de la Corte).

Resulta, pues, en definitiva, que la enunciación del aludido lindero de la escritura número 40, en que se apoya el cargo, no prueba, cual este lo pretende, que María Antonia Ayala hubiera tenido exclusivamente para sí desde 1932 o desde antes la posesión exclusiva del terreno partido más tarde en la sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala; y como el argumento que así se encuentra fallido es el único sustentáculo de la censura en este capítulo contenida, ello importa el fracaso de la misma. El que contribuyen a corroborar las siguientes consideraciones de hecho en que también se apoyó el Tribunal y que no fueron atacadas en el recurso, a saber: que después de la muerte de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, "se hicieron varias ventas conjuntas por parte de Eva Julia y Ana María, en las cuales ambas se reconocen mutuamente su calidad de herederas"; que sólo después del día de 1958 en que María Antonia Ayala se hizo adjudicar el lote o lotes de terreno en el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, pasó ella "a ser poseedora exclusiva de los lotes"; que en la absolución de posiciones rendida por la misma María Antonia y de que atrás se hizo mención, "ella reconoció que el lote era para repartir entre ambas herederas"; que de los testimonios de Alberto Luque Delgado, Luis García Perdomo y Eduardo Bohórquez Calderón, aducidos por la parte demandada, "no puede decirse o colegirse con certeza" que la posesión alegada por esta parte "fuera de más de veinte años o de veinte, sino que bien podía ser apenas de 18 o 19 años"; y que como los deponentes citados no hicieron mención alguna a hechos constitutivos de explotación económica y no expresaron en qué consistió esa posesión, "mucho menos podría decirse que de esos testimonios se deduce una posesión exclusiva de la señora Ayala de Barragán, con prescindencia de la otra heredera".

Y esa falta de exclusividad por veinte años, falta encontrada por el Tribunal en la posesión de María Antonia Ayala se predica, por lo mismo, de la posesión de su cesionario el demandado Alberto F. Buitrago, quien vino a serlo pero sólo en el treinta por ciento de los derechos y acciones que a la misma pudieran corresponder en la referida sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, mediante la cesión contenida en la escritura número 783 de 9 de julio de 1957, de la Notaría de Facatativá.

Quiere, pues, decir que, por no prosperar este primer cargo del recurso, la sentencia acusada ha de quedar en firme en lo correspondiente al rechazo de la excepción de prescripción.

Segundo cargo.- Propuesto por infracción del art. 1321 del C. C., en el concepto de indebida aplicación del mismo, al hacerle producir efectos a que no podía dar lugar, lo sustenta el impugnante así:

Que, "Cuando el fallo sobre la acción de petición de herencia es *excluyente,* es decir, cuando por él se reconoce al demandante el derecho ín-

tegro de herencia *con exclusión del demandado,* está bien que se ordene entregar por este los bienes determinados que componen el caudal hereditario, porque ya se sabe que en la liquidación y partición de la herencia nada habrá de corresponder al demandado en tales bienes.

"Pero cosa distinta ocurre cuando el fallo no reconoce al actor, *en su totalidad,* el derecho de herencia que reclama, sino tan sólo en concurrencia con el demandado. En este evento, el fallo no puede decretar la entrega de bienes determinados, ni de cuotas determinadas de ellos, porque deberá venir una nueva liquidación y partición de la herencia para incluir en ese acto al heredero triunfante que había sido excluido.

"Si la herencia había sido liquidada y partida con exclusión de dicho heredero, tal acto viene a quedar sin efectos por virtud del fallo que reconoce al actor el derecho herencial en concurrencia con el demandado. Y es por eso por lo que se impone una nueva liquidación y partición incluyendo al heredero favorecido por el fallo

"La herencia retorna entonces a su estado de *indivisión,* y en tal estado ninguno de los herederos puede pretender derecho adquirido a determinados bienes o cuotas de estos, pues sólo tiene el derecho de herencia, que no radica en cosas singulares, ni en cuotas partes de estas, sino en la *universalidad patrimonial* dejada por el causante.

"En el fallo de esta clase el hecho de *adjudicar al heredero triunfante* (sic) se cumple reconociéndole tal derecho, para que en la debida oportunidad y en obedecimiento a la sentencia se le adjudique la parte de bienes que correspondan a su cuota hereditaria.

"Proceder como lo hizo el Tribunal en su fallo, ordenando la entrega de cuotas determinadas en bienes singulares de la herencia, equivale a efectuar una liquidación y partición extemporánea de esta, con prescindencia de los normas legales sobre la materia. Ya se vio cómo en la sentencia recurrida se ordenó entregar por los demandados al demandante la mitad de cada uno de los lotes de terreno especificados en la demanda.

"Del modo indicado y por las razones que se dejan expresadas, el Tribunal sentenciador violó en su fallo, por indebida aplicación al caso del litigio, la norma sustancial del art. 1321 del C. C...".

Concluye, así, el acusador solicitando "la invalidación del fallo recurrido para que en su lugar y en función de instancia se pronuncie por la Corte la sentencia que deba reemplarle (sic), en concordancia con lo alegado en el presente escrito".

La Corte considera:

La *petición de herencia,* que compete al heredero verdadero, privado de la materialidad de esta a merced de su ocupación por otro que se da por heredero sin serlo, es la acción que contra el último tiene el primero para que se le reconozca su derecho a la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias de que el demandado se halla en posesión. Bien entendido que este aspecto restitutorio, no obstante concretarse en cosas singulares, en nada desvirtúa la categoría esencial de la acción, la que jurídicamente se refiere a una universalidad patrimonial y no a cosas singulares, que es lo que la diversifica de la acción reivindicatoria.

Aunque de naturaleza *real,* por servir en su punto de llegada a la tutela del derecho real de herencia, sin el cual no se concebiría, esta acción entraña en su punto de partida un factor de especificidad *personal,* en cuanto por ella se discute necesariamente la *calidad de heredero,* ya de un modo absoluto o excluyente cuando el accionante pretende y demuestra ser heredero universal único, ya de un modo relativo o parcial, cuando admite la concurrencia del demandado como coheredero.

Pero, debátase el uno o el otro de estos extremos, es lo cierto que al vindicar el actor su calidad de heredero con los atributos que de su vocación dimanan, lo que propugna es su posición en la herencia y, consecuencialmente, la satisfacción *in integrum* del interés patrimonial que en la misma le corresponde.

No otra es la mente legislativa que penetra y da vida al art. 1321 del. C. C., cuando estatuye que "El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños". Norma de la cual

fluye por imperativo jurídico ineluctable la conclusión de que cuanto en la órbita del patrimonio herencial hiciere el heredero putativo no liga al heredero legítimo a quien no pueden menos de serle inoponibles los actos de aquel. Por sabido se tiene que *la inoponibilidad* de un acto jurídico consiste precisamente en que este, cualesquiera que sean sus condiciones intrínsecas, no tiene entidad ni puede, por lo tanto, producir efecto alguno vinculante frente a quienes son extraños al mismo; *res inter alios acta* (cas. 3 marzo 1964, CVI, pág. 179). Por eso, siendo el verdadedo o legítimo heredero extraño a la ocupación que de los haberes hereditarios haya hecho el putativo, los actos efectuados por este en relación con tales haberes le son *inoponibles* al primero. Y de ahí también que si el putativo hubiere hecho enajenaciones de cosas hereditarias susceptibles de reivindicación, tenga derecho el heredero legítimo a tenor de lo preceptuado en el art. 1325 ibídem, a hacer uso de la acción reivindicatoria contra los terceros en cuya posesión se hallen tales cosas, en tanto no hayan sido prescritas por ellos.

Desde luego, el conflicto entre el heredero legítimo y el putativo se desatará sin complejidad, cuando el segundo carezca de toda vocación hereditaria a la sucesión de que se trate, pues, no siendo partícipe a título universal, tendrá que restituir íntegramente al heredero legítimo el patrimonio mortuorial de que sea poseedor, en los términos del dicho art. 1321 del C. C.

Pero, si tanto el actor como el demandado son herederos legítimos concurrentes, cada uno en determinada cuota de la herencia, entonces, al encontrarse poseído el acervo en su totalidad por el demandado, que lo pretende hereditariamente para sí, el demandante tendrá derecho, en virtud del propio art. 1321, a que "se le adjudique la herencia" en la cuota que le corresponde, esto es, a que se le reconozca su derecho en esa parte de la universalidad sucesoria y, por lo tanto, a que se verifique la partición del caudal relicto entre demandado y demandante, con arreglo a la ley, y se le entreguen a este por aquel, con sus respectivos frutos, los bienes de la herencia que en la misma partición le sean adjudicados en pago de su cuota.

Lo mismo se predica para la hipotésis de ser varios los coherederos demandados en acción de petición de herencia. Y, en todo caso, la adjudicación o partición que del patrimonio herencial se hubiera formalizado anteriormente, con prescindencia del titular de la acción de petición, carece de toda fuerza contra este, *por serle inoponible,* inoponibilidad en cuya virtud él está legitimado para exigir que, con su intervención, se efectúe la partición de la herencia en conformidad a las normas disciplinales de esta etapa conclusiva de la indivisión sucesoria.

Ciertamente, cuando la accion de petición de herencia se traba entre coherederos, su finalidad específica no es la de que al accionante, desalojado de la posesión de su cuota hereditaria por los otros, se le asignen determinadas cosas singulares de las adjudicadas a aquellos o cuotas pro indiviso de esas cosas singulares, apedazándose así la composición de la hijuela a que tiene derecho y producción de este mismo resultado en la estructura de las hijuelas de los demás. Sino que, en tal caso, el término de la acción es el de que al peticionario se le satisfaga, con ajuste a los preceptos rectores de la materia, su participación en la herencia sin perjuicio de los derechos de los demás herederos, resultado integral a que sólo podría llegarse mediante un acto de partición celebrado con la presencia de todos los interesados y consentido por estos o aprobado por el juez.

Esta solución de estricto derecho no bastaría, empero, a que la petición de herencia entre coherederos llegase a un resultado pragmático distinto, o sea a que, sin prescindirse absolutamente de la partición ya hecha, se le asignase al peticionario triunfante cuota o cuotas determinadas en los bienes de la sucesión adjudicados a los demás, siempre y cuando que así lo hubiera impetrado el demandante y que, para el caso de que triunfase en su pretensión, así lo hubieran aceptado los demandados. Habría entonces allí una solución de orden práctico, amparada ya por la fuerza de la relación jurídico procesal, ya por el acuerdo expreso o tácito de la unanimidad de los interesados, permitido por el ordenamiento jurídico (arts. 1382, 1391 y 1392 C. C.).

Mas, no aparece que esta última hipótesis sea la del presente litigio, en el cual se dedujo por el actor Hernando Ulloa Forero, como adquirente del derecho de Eva Julia Ayala, lisa y llanamente, sin acomodamientos, la acción de petición de la herencia de Mercedes Ulloa de Ayala contra María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago R., de los cuales demandados la primera resultó ser también heredera de la causante y al segundo ser cesionario de parte del derecho hereditario de la misma María Antonia en la referida sucesión.

En cambio, aparece que en el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala, protocolizado en la Notaría de Facatativá por medio de la escritura número 160 de 30 de enero de 1958, seguido por María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago R., sin intervención de Eva Julia Ayala o de quien representase sus derechos, y en que figuró como único activo el lote de terreno denominado "El Chircal", ubicado en el Municipio de La Vega y determinado como se indica en la copia del mismo juicio aducida a los autos, este activo representado en tal inmueble se partió exclusivamente entre los dichos Ayala de Barragán y Buitrago R., dividiendo este predio en tres porciones singulares, de las cuales una se adjudicó en común y pro indiviso a estos partícioneros en las proporciones del setenta (70) por ciento para la primera y del treinta (30) por ciento para el segundo, y las otras dos porciones se adjudicaron separadamente la una a María Antonia Ayala de Barragán y la otra a Alberto F. Buitrago R.

Por lo tanto, el Tribunal, luego de haber reconocido en el punto tercero de la parte resolutiva de la sentencia el derecho del actor Hernando Ulloa Forero, en su carácter de cesionario de los derechos de la heredera Eva Julia Ayala en la herencia de Mercedes Ulloa de Ayala, en concurrencia con los demandados María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago R., al condenar a estos, en el punto cuarto de la misma resolución, a restituir al demandante, "la mitad de los bienes herenciales" de la misma sucesión, "en la proporción que a cada uno corresponda, de acuerdo con las adjudicaciones que se les hicieron en esa sucesión, por la ubicación y linderos expresados en la demanda", ciertamente violó el art. 1321 del C. C., haciéndole producir un efecto impropio, al sujetar a los demandados a la división que del único bien inventariado o sea el predio "El Chircal" se efectuó en el dicho acto de partición de herencia y, sobre esa base, otorgarle al demandante una participación de cuota en cada una de las concretas adjudicaciones que a aquellos se les hicieron en la referida partición.

Cual bien lo afirma el recurrente, "proceder como lo hizo el Tribunal en su fallo, ordenando la entrega de cuotas determinadas en bienes singulares de la herencia, equivale a efectuar una liquidación y partición extemporánea de esta, con prescindencia de las normas legales sobre la materia".

Aunque el recurrente da en el caso la denominación de "indebida aplicación" al quebrantamiento del art. 1321 del C. C., claramente aparece que no invocó el fenómeno en el sentido específico que en la técnica de casación se asigna a este calificativo y que es propio de la hipótesis de que a la especie del litigio se le aplique un precepto que no le corresponda. Sino que se valió de esa forma de dicción para referirse a lo que en técnica se llama en sentido estricto "interpretación errónea", que también conduce a la indebida aplicación no ya de un texto sustancial impertinente al caso, sino del que sí le corresponde, aunque dándole el sentenciador una inteligencia o efectos impropios. Y es éste precisamente el sentido en que se anima y estructura la censura, la cual se pone en marcha diciendo que "se aplicó indebidamente esta norma (art. 1321 al caso del litigio, haciéndola producir efectos que en él no podía producir". Así que, aun cuando el impugnante no empleó la locución "interpretación errónea", es este, con indiscutible claridad, el concepto que da forma a su acusación.

Prospera, pues, este cargo, lo cual dará lugar a que el fallo recurrido sea casado en lo pertinente.

LA SENTENCIA DE REEMPLAZO

Las consideraciones atrás expuestas para el despacho de la censura, sirven de motivo a la decisión que como juzgador de instancia dictará la Corte en reemplazo de la del Tribunal.

Mas, en procura de la unidad de resolución, en la de la Corte se reproducirán textualmente los puntos de la del *ad quem* que sustancialmente no exigen modificación alguna o sea los distinguidos bajo los números primero (1o.), segundo (2o.), tercero (3o.), sexto (6o.) y séptimo (7o.), y se sustituirán como corresponde los puntos cuarto (4o.) y quinto (5o.) a que afecta la casación.

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 del Distrito Judicial de Facatativá, el veintiuno (21) de enero de mil novecientos sesenta y seis (1966), y como juzgador de instancia, en su lugar, *decide:*

1. Revocar la sentencia materia de la apelación, o sea la proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y tres.

2. Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

3. Declarar que el señor Hernando Ulloa Forero, en su carácter de cesionario de los derechos de la heredera Eva Julia Ayala, tiene derecho a la herencia de la señora Mercedes Ulloa de Ayala, en concurrencia con los demandados María Antonia Ayala de Barragán y Alberto Buitrago R.

4. Ordenar, en consecuencia, que la partición efectuada en el juicio de sucesión de Mercedes Ulloa de Ayala entre María Antonia Ayala Ulloa de Barragán y Alberto F. Buitrago R., aprobada por el Juez Segundo (2o.) Civil del Circuito de Facatativá mediante la sentencia de trece (13) de enero de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), registrada en el libro número Primero el veintidós (22) del mismo mes, sea rehecha con la intervención del demandante Hernando Ulloa Forero, a fin de que, en armonía con lo dispuesto en el ordinal inmediatamente anterior, se les hagan a los tres partícipes dichos las adjudicaciones correspondientes a sus respectivos derechos, con arreglo a las prescripciones legales.

5. Condenar a cada uno de los demandados, por concepto de frutos de los bienes que respectivamente recibió en la partición que se ordena rehacer, a pagar al demandante la cuota que a éste le correponda en dichos frutos, conforme a lo dispuesto en el art. 1323 del C. C., a partir de la fecha de la notificación de la demanda o sea desde el diez y siete (17) de junio de mil novecientos cincuenta y nueve (1959).

6. Regúlense estos en la forma prevista por el art. 553 del Código Judicial.

7. Condenar en la mitad de las costas del juicio a la parte demandada, ya que las peticiones de la demanda no prosperaron en su totalidad sino solo parcialmente (art. 2o. ord. 1o. del Decr. 243 de 1951).

Sin costas en el recurso de casación.

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

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

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

SEGUROS

Con certificación de la Superintendencia Bancaria se prueba no solo la personería del gerente, sino la existencia legal de las compañías de seguros, tanto extranjeras como nacionales.

La Ley 105 de 1927 es un estatuto que, siguiendo la estela trazada por el art. 55 de la Ley 68 de 1924 al disponer que "quedarán sometidas a la supervigilancia de las Superintendencia Bancaria las instituciones de seguros de cualquier clase", vino a reglar dicha supervigilancia, sometiendo a la intervención y control de la Superintendencia Bancaria a "toda compañía que se ocupe o pretenda ocuparse en negocios de seguros en Colombia" (art. 1o. Ley 105). Así, verbigracia, esta ley dispuso: en su art. 2o., que "las personas que traten de organizar una compañía de seguros deberán enviar al Superintendente, para su aprobación, sus estatutos y reglamentos", y dirigirle la solicitud que el mismo artículo previene; en su art. 3o., que "Las compañías extranjeras que se propongan establecer los negocios de seguros en Colombia, dirigirán al Superintendente Bancario una solicitud en que se expresen: los negocios que se proponen establecer" y las demás circunstancias que el mismo artículo señala; en el art. 4o., que "el Superintendente admitirá o rechazará la solicitud, en vista del concepto que se forme sobre la conveniencia para el público de la nueva institución y de la solvencia y responsabilidad de ella"; en el art. 5o., que "todo certificado de autorización expedido de acuerdo con esta ley expirará el 31 de diciembre del año en que se haya expedido, y podrá ser renovado en virtud de solicitud hecha por la compañía al Superintendente Bancario, antes del 15 de noviembre anterior a la fecha de la expiración del certificado"; en el art. 7o., que "todas las compañías de seguros nacionales o extranjeras que hagan sus negocios en Colombia darán a la Superintendencia Bancaria los informes que ella solicite y en la época que determine. La Superintendencia hará el examen y revisión de estas compañías en la forma y época que estime conveniente"; en el artículo 20, que "las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria"; en el art. 26, que "en caso de incumplimiento por parte de una compañía a las disposiciones establecidas en esta ley, y a la reglamentación que el Gobierno haga de ella, el Superintendente Bancario puede apremiarla por medio de sanciones similares a las establecidas en la Ley 45 de 1923, para los establecimientos bancarios"; en el art. 27, que "en virtud de la supervigilancia conferida a la Superintendencia por la Ley 68 de 1924, esta oficina podrá ejercer respecto de las compañías de seguros las facultades que le confiere la Ley 45 de 1923, sobre toma de posesión y liquidación de las compañías de seguros, en cuanto dichas disposiciones sean aplicables"; y en el art. 29, que "las compañías de seguros, lo mismo que los bancos, no estarán sujetas a otras contribución que las impuestas por las leyes".

Estas disposiciones entresacadas de la Ley 105 de 1927, como muestra de que tal estatuto legisló para todas las compañías de seguros, así nacionales como extranjeras, que funcionasen en Colombia, sometidas en todo lo posible a igualdad de tratamiento y disciplina, llevan necesariamente a pensar que el legislador mal pudo establecer una discriminación inexplicable en cuanto a la prueba de la personería entre las empresas de seguros nacionales y las foráneas, dando a éstas para tal prueba la certificación del Superintendente Bancario de que trata la última parte del art. 8o. de la Ley 105 de 1927, e imponiendo a aquéllas, ya el certificado del presidente y el secretario de la Cámara de Comercio, previsto en el art. 40 de la Ley 28 de 1931, ya la demostración compleja resultante de los arts. 465 y 471 del C. de Co., cuando, como ya está visto, la verdad es que unas y otras compañías de seguros, nacionales y extranjeras, tienen su matrícula y cartilla de vida en manos de

la Superintendencia Bancaria, la que por razón del sistema y su mecánica tendría que ser la entidad llamada a testimoniar sobre la personería de todas ellas, sin diferencia alguna.

Todo lo cual hace ver que la preceptiva del art. 8o. de la Ley 105 de 1927 no puede tomarse como exclusiva para las compañías de seguros extranjeras, sino en la primera parte del mismo texto en cuanto específicamente se refiere a éstas para imponerles la obligación de acreditar "en el país un apoderado general en el lugar en donde sea el asiento principal de sus negocios en Colombia, con poderes suficientes para representar a la compañía en todos los asuntos judiciales, extrajudiciales y administrativos que puedan ocurrir"; pero que la sección del mismo art. 8o., en cuanto reza que "*La persona que ejerza las funciones de gerente, agente general o apoderado de una compañía de seguros, tendrá la personería de la compañía para todos los efectos legales. La certificación de la Superintendencia respecto de la persona que ejerza estas funciones en un momento dado constituirá prueba suficiente de la personería de la respectiva compañía ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas*", abarca por igual a las empresas de seguros extranjeras y nacionales, no solamente por el absurdo ya apuntado que resultaría de someter a diferentes sistemas de prueba de su personería a entidades que para la posibilidad de su funcionamiento en Colombia están en igualdad de condiciones desde el punto de vista de la intervención y control estatal confiados por la ley a la Superintendencia Bancaria, sino porque el tenor literal de tal sección en su concepción y diafanidad se está refiriendo a todas esas compañías indiscriminadamente.

Por otra parte, esta conclusión se abroquela en la consideración siguiente: Si las compañías de seguros, nacionales y extranjeras, que funcionan en Colombia, están sujetas por la ley al mismo control que los bancos, encontrándose por este aspecto asimiladas a aquellos, es obvio también que en cuanto a la prueba de la personería de unos y otras, uno mismo ha de ser el sistema. Ahora bien: tratándose de los bancos, el art. 104 de la Ley 45 de 1923, luego de enseñar que "la persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal de banco nacional o extranjero, sea como gerente principal o como subgerente, tendrá la personería del establecimiento para todos los efectos legales", dispone a continuación que "*La certificación escrita del Superintendente respecto de la persona que ejerza tal gerencia en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal, ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas*". Y frente a este precepto y señalando sus proyecciones, el art. 1o. de la Ley 57 de 1931 enseñó en uno de sus pasajes que "todo certificado del Superintendente Bancario relacionado con la existencia legal de cualquier establecimiento bancario, será prueba de dicha existencia legal". Entonces, si en relación con el mérito y alcance probatorio de la certificación del Superintendente Bancario acerca de la persona que ejerza la gerencia de una compañía de seguros, el art. 8o. de la Ley 105 de 1927 usó la misma terminología empleada anteriormente por el art. 104 de la Ley 45 de 1923 en lo tocante con la certificación de las mismas procedencias y finalidad relativamente a los bancos identidad literal que se advierte al comparar los dos textos cuyas respectivas transcripciones se han hecho atrás, no cabe duda de que el mismo significado con que se ofrece en lo pertinente el art. 1o. de la Ley 57 de 1931 frente a la susodicha disposición del art. 104 de la Ley 45 de 1923 sobre bancos, lo tiene igualmente el art. 8o. de la Ley 105 de 1927 sobre compañías de seguros, en lo correspondiente.

Síntesis de este último razonamiento es, así, la de que todo certificado del Superintendente Bancario relacionado con la existencia legal de cualquier compañía de seguros, nacional o extranjera, es prueba de dicha existencia legal; y, por lo tanto, que la certificación de la misma Superintendencia, de que habla in fine el art. 8o. de la Ley 105 de 1927, respecto de la persona que ejerza las funciones de gerente o personero de un compañía de seguros, como "prueba suficiente de la personería", acredita, no solo la legitimación del gerente o personero, sino la existencia legal de la propia compañía, cualquiera que sea su oriundez.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

(Aprobación: Acta No. 98).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el "Instituto de Crédito Territorial" contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 22 de septiembre de 1966, en

el juicio ordinario seguido por "Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A." frente al nombrado Instituto y a la sociedad "Vásquez Peña & Cía. Ltda".

I

EL LITIGIO

La entidad "Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A." trajo a juicio ordinario al "Instituto de Crédito Territorial" y a la sociedad "Vásquez Peña & Cía. Ltda.", en procura de las siguientes determinaciones:

"*Primera:* Que ha quedado rescindido, o en subsidio resuelto, el contrato de seguro identificado anteriormente, en virtud de los hechos expuestos en esta demanda; y en consecuencia la sociedad demandante está libre de toda obligación y responsabilidad por cualquier aspecto referente al contrato celebrado por el Instituto con la sociedad 'Vásquez Peña & Cía. Ltda.' y especialmente por la indebida entrega de dineros que aquel le hizo a esta.

"*En subsidio de la anterior:*

"Que la sociedad demandante no está obligada a indemnizar al Instituto demandado la pérdida que haya podido sufrir por razón de la indebida entrega de dineros que le hizo al contratista 'Vásquez Peña & Cía. Ltda.' ni por ningún otro motivo relacionado con el contrato determinado anteriormente, aun en el supuesto de que no se declare la rescisión o resolución del contrato de seguro.

"*Segunda:* Que las mencionadas resoluciones son nulas o carecen de valor en cuanto exigen a la Aseguradora el pago del seguro.

"*Tercera:* Que el Instituto de Crédito Territorial debe pagar a la sociedad demandante la totalidad de los perjuicios, tanto materiales como morales, que le ha ocasionado y le siga ocasionando hasta la fecha de la liquidación de los mismos, en razón de los hechos expuestos, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que los fije o del incidente de liquidación posterior.

"*Cuarta:* Que los demandados deben pagar las costas del juicio".

De los *hechos* fundamentales de la demanda cabe acoger aquí la sinopsis que de los mismos hizo el Tribunal en los siguientes términos:

"1. El 7 de diciembre de 1962 se celebró entre el Instituto de Crédito Territorial y la firma de ingenieros 'Vásquez Peña & Cía. Limitada', un contrato para la ejecución de instalaciones, muros y acabados en los multifamiliares, bloques Nos. 2, 5, 8 y 9 de la supermanzana No. 2 de la ciudad de Techo, en los términos de que da cuenta el documento que en copia obra a los folios 8 y siguientes del cdno. ppal.

"2. Para garantizar las específicas y claras obligaciones del contratista referente al manejo de las sumas de dinero que le fueran entregadas en los términos y con los requisitos señalados en el contrato, y para garantizar el cumplimiento de este, en general, la Compañía Aseguradora Grancolombiana expidió la póliza No. C-3797 de 18 de diciembre de 1962, que en copia obra al fl. 44 v. del cdno ppal.

"3. La Aseguradora no amparó el manejo de los dineros del anticipo en forma distinta a la autorizada en la cláusula 4a. del contrato, ni asumió riesgo diferente al que allí se consagra.

"4. El Instituto, por conducto de su interventor, violó la cláusula cuarta mencionada al entregarle dineros al contratista en forma distinta a la pactada, creando así, con culpa gravísima, un riesgo que no estaba amparado por la póliza de seguro.

"5. La conducta gravemente culposa del Instituto se pone de manifiesto no solamente por el hecho de haber entregado en forma irresponsable al contratista cerca de medio millón de pesos, sino por no haber ejercido ningún control sobre las cuentas y las obras realizadas por aquel, y no haber ejercitado en tiempo su derecho de dictar la resolución de incumplimiento del contrato que conforme a la cláusula b) de las condiciones generales de la póliza debía notificarse a la Aseguradora dentro de los 180 días a contar de la fecha señalada en el contrato o en las prórrogas que haya amparado la Aseguradora como término de su ejecución.

"6. No obstante que la Aseguradora Grancolombiana no tenía ninguna responsabilidad contractual ni legal por la entrega indebida de dineros que el Instituto hizo al contratista, y a pesar de que había cesado toda responsabilidad suya en razón de ese seguro, al no habérsele notificado ninguna resolución de incumplimiento del contrato materia del mismo, el Instituto dictó la Resolución No. 1226 de 18 de diciembre de 1963 en la cual declara el incumplimiento del contratista e impone a la Aseguradora la obligación de pagar la garantía total, resolución que fue opor-

tunamente impugnada por la Aseguradora sin resultado favorable.

"7. El cobro que se le hace a la Aseguradora es doblemente ilegal, pues no podía hacerse después de expirado el plazo contemplado en la póliza matriz, ni exigírsele el pago total de la garantía.

"8. El Instituto ha causado graves perjuicios materiales y morales a la Aseguradora con su conducta, y al negarse a aceptar nuevas garantías de esta, alegando que no cumple sus compromisos, lesionando injustamente su patrimonio moral, su buen nombre y su negocio".

De su lado el "Instituto de Crédito Territorial" interpuso demanda de reconvención contra "Aseguradora Grancolombiana de Crédito" en impetración de las siguientes declaraciones:

"a) Que la póliza por medio de la cual la Aseguradora Grancolombiana amparó a la Nación contra el incumplimiento de los contratistas es una fianza;

"b) Que en virtud de la anterior declaración la compañía es responsable solidariamente por causa del incumplimiento de la firma Vásquez Peña & Cía. Ltda.".

Como hechos fundamentales de la mutua petición el Instituto reconviniente, además de referirse al dicho contrato para la ejecución de unas obras, celebrado entre él y la firma de ingenieros "Vásquez Peña & Cía. Ltda.", y a la expedición por la entidad reconvenida de la citada póliza de seguro para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la firma contratista, afirma como hecho culminante el de que "Los contratistas, por su cuenta, dispusieron del anticipo sin dar cumplimiento a la construcción de las obras especificadas en el contrato de la referencia".

La primera instancia, en que hubo producción de pruebas por parte de la actora principal, cerróse con fallo de inhibición para decidir en el fondo, por haberse echado menos la demostración de su existencia; y por apelación de la misma actora, abrióse el segundo grado que culminó con la sentencia del Tribunal de Bogotá de 22 de septiembre de 1966, por la cual se revoca la del inferior y, en su lugar, se resuelve lo siguiente:

"*Primero.* Declárase que la sociedad *Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A.* está libre de toda responsabilidad en relación con el contrato de seguro celebrado con el *Instituto de Crédito Territorial*, de que da cuenta la póliza C-3797 de 18 de diciembre de 1962, mediante el cual garantizó el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad "*Vásquez Peña & Cía. Ltda.*" en el contrato de construcción acordado con el *Instituto de Crédito Territorial* el 7 de diciembre de 1962.

"*Segundo.* Declárase que las Resoluciones dictadas por el *Instituto de Crédito Territorial* el 18 de diciembre de 1963 y el 10 de abril de 1964, distinguidas con los números 1.226 y 247, respectivamente, son ineficaces en cuanto exigen a la *Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A.* el pago de la garantía a que se refiere el numeral anterior, y, consiguientemente, que no obligan a la sociedad aseguradora.

"*Tercero.* Niégase la petición tercera de la demanda, de cuyos cargos se absuelve al Instituto demandado.

"*Cuarto.* Niéganse las peticiones de la demanda de reconvención, de cuyos cargos se absuelve a la sociedad contrademandada.

"*Quinto.* Condénase al *Instituto de Crédito Territorial* y a la sociedad "*Vásquez Peña & Cía. Limitada* en las costas de la primera instancia causadas por razón de la demanda principal.

"*Sexto.* Condénase al *Instituto de Crédito Territorial* en las costas de la primera instancia causadas por razón de la demanda de reconvención.

"*Séptimo.* No se hace condena en costas en la segunda instancia.

II

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Puesto que el juez *a quo* se había inhibido para decidir sobre el mérito, en cuanto no encontró demostrado el presupuesto procesal de capacidad para ser parte en la "Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A.", por echar menos el certificado de la Cámara de Comercio que, al tenor de lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 28 de 1931, acreditase la constitución y existencia de la dicha sociedad, el Tribunal, comenzando por afrontar semejante razonamiento, lo refuta en los siguientes términos:

"Acontece, en efecto, que por mandato del art. 8o. de la Ley 105 de 1927 la certificación que expida la Superintendencia Bancaria respecto de la persona que ejerza las funciones de gerente, agente general o apoderado de una compañía de seguros, prueba, asimismo, la personería de la respectiva compañía. Reza esta disposición en lo pertinente: "La certificación de la Superintenden-

cia respecto de la persona que ejerza estas funciones en un momento dado *constituirá prueba suficiente de la personería de la respectiva compañía ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas'* (Se subraya).

"De donde se sigue que la capacidad para ser parte de la compañía demandante se halla debidamente acreditada en el proceso...".

Asentado lo cual, se adentra en el examen de fondo de la cuestión debatida, para encontrar acreditados los hechos básicos de las súplicas primera y segunda de la demanda inicial, e impartir la decisión definitiva cuyo texto queda transcrito atrás.

III

LA DEMANDA DE CASACION

Invocando la primera de las causales de este recurso extraordinario, el acusador se pronuncia así:

Cargo único

"Acuso la sentencia por infracción indirecta de la ley sustantiva. El fallador ha realizado una aplicación indebida del inc. 2o. del art. 8o. de la Ley 105 de 1927, con la consiguiente violación, por la falta de aplicación de los arts. 40 de la Ley 28 de 1931 y del art. 253 del Decr. Regl. No. 2521 de 1951 (sic). Como consecuencia de la violación de estas normas la sentencia censurada también violó indirectamente los arts. 634 y 461 del C. de Co.

"El cargo anterior lo sustento así: El honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, de antemano, consideró que el certificado que obra al fl. 38 del cdno. ppal. y expedido por el Superintendente Bancario era prueba suficiente para acreditar la existencia y personería de la Sociedad Anónima demandada. Tal documento reza así: *"Certifico:* Que el doctor *Jaime Michelsen Uribe* en su calidad de Presidente es el representante legal de la *Aseguradora Grancolombiana de Créditos S. A.* domiciliada en esta ciudad, la cual se halla legalmente establecida y tiene autorización de esta Superintendencia para trabajar en los ramos de Seguros de Crédito, Manejo y Cumplimiento, Incendio, Transportes, Automóviles, Robo, Vidrios Planos y Responsabilidad Civil Extracontractual. Bogotá, D. E., 30 de marzo de 1964. *Superintendente Bancario.* Segundo Delegado'. El Honorable Tribunal al considerar como prueba suficiente esta certificación, en su sentencia, ha incurrido en un manifiesto error de derecho, ya que tal prueba no sirve para demostrar los supuestos antes indicados. Lo ha tomado como prueba idónea en detrimento de la doctrina y de los mandatos consignados en los arts. 40 de la Ley 28 de 1931 y del 253 del Decr. 2521 de 1951 (sic).

"El art. 8o. de la Ley 105 de 1927 —establece la manera como las Compañías de Seguros extranjeras pueden acreditar su personería, cuando estas establezcan sus negocios en Colombia. Es el mismo enunciado del art. 1o. del Decreto Legislativo No. 2 de 1906. El inc. 2o. del art. 8o. de la Ley 105 de 1927 se refiere, exclusivamente, a la manera como las Compañías de Seguros Extranjeras que se establezcan en Colombia puedan acreditar su personería. El mencionado inciso no puede desconectarse del contexto general de la misma norma para darle un alcance extensivo que no lo tiene. Se trata de una norma de carácter excepcional, de mera interpretación restrictiva. Es excepcional porque únicamente tiene relación con las compañías de Seguros extranjeras y no con las compañías de seguros nacionales.

"Esta certificación, a mi juicio, sólo es idónea para demostrar la personería adjetiva. Por lo tanto, el Honorable Tribunal, al otorgarle carácter de prueba suficiente, de antemano, ha hecho caso omiso a la capacidad sustantiva de la Aseguradora Grancolombiana en el presente juicio. La existencia de una sociedad no se puede presumir. Tal es el sentido del art. 40 de la Ley 28 de 1931..."

Y como para dar un respaldo a sus afirmaciones, el impugnante se remite a doctrinas de la Corte relacionadas con el problema de la prueba de la constitución y existencia de las sociedades comerciales.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como se ve, la acusación intenta plantear el quebrantamiento indirecto de los arts. 634 y 461 del C. de Co. en razón del error de derecho que supone cometió el sentenciador al aceptar, como prueba de la personería jurídica de "Aseguradora Grancolombiana de Crédito S. A.", el certificado de la Superintendencia Bancaria aducido por dicha sociedad con el fin de legitimarse en el proceso.

Aunque el cargo se cae, como se verá adelante, por su ineptitud sustancial, en razón de no servir

aquí los referidos artículos del Código de Comercio para sustentar la censura, no sobra el apuntarle al recurrente su falta de acierto en la imputación al Tribunal del pretenso yerro de valoración probatoria.

En efecto, arguye el acusador así:

Que el art. 8o. de la Ley 105 de 1927, por cuanto en su primera parte trata sobre el modo como las compañías de seguros extranjeras pueden acreditar en el país su personería, también se refiere a las mismas compañías extranjeras y sólo a estas cuando en su segunda parte dispone que la certificación de la Superintendencia Bancaria respecto de la persona que ejerza las funciones de gerente, agente general o apoderado de una compañía de seguros en un momento dado "constituirá prueba suficiente de la personería de la respectiva compañía ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas"; que esta certificación sólo sería idónea para demostrar la personería adjetiva; y que, así las cosas, el tribunal, no solo violó por aplicación indebida en punto probatorio el citado art. 8. de la Ley 105 de 1927, sino que hizo caso omiso del art. 40 de la Ley 28 de 1931 y de su reglamentario el 253 del Decr. No. 2521 de 1950 (el cargo cita erróneamente el año de 1951), según los cuales la constitución y existencia de una sociedad anónima se prueban con el certificado suscrito por el presidente y el secretario de la Cámara de Comercio y sellado con el sello de esta, que incluya las atestaciones a que los mismos preceptos se refieren.

Pero, el impugnante, interpretando a su modo los arts. 40 de la Ley 28 de 1931 y 8o. de la Ley 105 de 1927, amplía el radio de aplicación del primero para incluir bajo su ordenamiento a las compañías de seguros y reduce el ámbito del último, para excluir de la preceptiva de su segunda parte a las compañías de seguros nacionales.

Más, no es ni lo uno, ni lo otro:

No aquello, porque cuando el art. 40 de la Ley 28 de 1931, proveyendo a una forma subsidiaria y opcional de acreditar la constitución y existencia de las sociedades comerciales, en relación con lo preceptuado en los arts. 465 y 471 del código de la materia, dispuso que para tal probación *"bastará"* el certificado suscrito por el presidente y el secretario de la Cámara de Comercio previsto en el mismo art. 40, no fue más allá de sentar una norma de simple carácter general, pero no íntegramente reguladora de la materia y que, por lo tanto, dejaba por fuera de su aplicación a aquellas entidades que por virtud de preceptos especiales estuviesen sujetas a sistemas de excepción, tales como los bancos y las compañías de seguros.

Y no lo último, porque el sentido del art. 8o. de la ley 105 de 1927 no puede captarse tomándolo aisladamente del cuerpo de la ley de que es miembro, como ha pretendido hacerlo el recurrente.

En efecto, la Ley 105 de 1927 es un estatuto que, siguiendo la estela trazada por el art. 55 de la Ley 68 de 1924 al disponer que "quedarán sometidas a la supervigilancia de la Superintendencia Bancaria las instituciones de seguros de cualquier clase", vino a reglar dicha supervigilancia, sometiendo a la intervención y control de la Superintendencia Bancaria a "toda compañía que se ocupe o pretenda ocuparse en negocios de seguros en Colombia" (art. 1o. Ley 105). Así, verbigracia, esta ley dispuso: en su art. 2o., que "las personas que traten de organizar una compañía de seguros deberán enviar al Superintendente, para su aprobación, sus estatutos y reglamentos" y dirigirle la solicitud que el mismo artículo previene; en su art. 3o., que "Las compañías extranjeras que se propongan establecer los negocios de seguros en Colombia, dirigirán al Superintendente Bancario una solicitud en que se expresen: los negocios que se proponen establecer" y las demás circunstancias que el mismo artículo señala; en el art. 4o., que "el Superintendente admitirá o rechazará la solicitud, en vista del concepto que se forme sobre la conveniencia para el público de la nueva institución y de la solvencia y respetabilidad de ella"; en el art. 5o., que "todo certificado de autorización expedido de acuerdo con esta ley expirará el 31 de diciembre del año en que se haya expedido, y podrá ser renovado en virtud de solicitud hecha por la compañía al Superintendente Bancario, antes del 15 de noviembre anterior a la fecha de la expiración del certificado"; en el art. 7o., que "todas las compañías de seguros nacionales o extranjeras que hagan sus negocios en Colombia darán a la Superintendencia Bancaria los informes que ella solicite en la época que determine. La Superintendencia hará el examen y revisión de estas compañías en la forma y época que estime conveniente"; en el art. 20, que "las pólizas contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales y los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria"; en el art. 26, que "en caso de incumplimiento por parte de una compañía a las dis-

posiciones establecidas en esta ley, y a la reglamentación que el Gobierno haga de ella, el Superintendente Bancario puede apremiarla por medio de sanciones similares a las establecidas en la Ley 45 de 1923, para los establecimientos bancarios"; en el art. 27, que "en virtud de la supervigilancia conferida a la Superintendencia por la Ley 68 de 1924, esta oficina podrá ejercer respecto de las compañías de seguros las facultades que le confiere la Ley 45 de 1923, sobre toma de posesión y liquidación de las compañías de seguros, en cuanto dichas disposiciones sean aplicables"; y en el art. 29, que "las compañías de seguros, lo mismo que los bancos, no estarán sujetas a otras contribuciones que las impuestas por las leyes".

Estas disposiciones entresacadas de la Ley 105 de 1927, como muestra de que tal estatuto legisló para todas las compañías de seguros, así nacionales como extranjeras, que funcionasen en Colombia, sometiéndolas en todo lo posible a igualdad de tratamiento y disciplina, llevan necesariamente a pensar que el legislador mal pudo establecer una discriminación inexplicable en cuanto a la prueba de la personería entre las empresas de seguros nacionales y las foráneas, dando a estas para tal prueba la certificación del Superintendente Bancario de que trata la última parte del art. 8o. de la Ley 105 de 1927, e imponiendo a aquellos, ya el certificado del presidente y el secretario de la Cámara de Comercio, previsto en el art. 40 de la Ley 28 de 1931, ya la demostración compleja resultante de los arts. 465 y 471 del C. de Co. cuando, como ya está visto, la verdad es que unas y otras compañías de seguros, nacionales y extranjeras, tienen su matrícula y cartilla de vida en manos de la Superintendencia Bancaria, la que por razón del sistema y su mecánica tendría que ser la entidad llamada a testimoniar sobre la personería de todas ellas, sin diferencia alguna.

Todo lo cual hace ver que la preceptiva del art. 8o. de la Ley 105 de 1927 no puede tomarse como exclusiva para las compañías de seguros extranjeras, sino en la primera parte del mismo texto en cuanto específicamente se refiere a estas para imponerles la obligación de acreditar "en el país un apoderado general en el lugar en donde sea el asiento principal de sus negocios en Colombia, con poderes suficientes para representar a la compañía en todos los asuntos judiciales, extrajudiciales y administrativos que puedan ocurrir"; pero que la sección del mismo art. 8o., en cuanto reza que *"La persona que ejerza las funciones de gerente, agente general o apoderado de una compañía de seguros, tendrá la personería de la compañía para todos los efectos legales. La certificación de la Superintendencia respecto de la persona que ejerza estas funciones en un momento dado constituirá prueba suficiente de la personería de la respectiva compañía ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas"*, abarca por igual a las empresas de seguros extranjeras y nacionales, no solamente por el absurdo ya apuntado que resultaría de someter a diferentes sistemas de prueba de su personería a entidades que para la posibilidad de su funcionamiento en Colombia están en igualdad de condiciones desde el punto de vista de la intervención y control estatal confiados por la ley a la Superintendencia Bancaria, sino porque el tenor literal de tal sección en su concepción y diafanidad se está refiriendo a todas esas compañías, indiscriminadamente.

Por otra parte, esta conclusión se abroquela en la consideración siguiente: Si las compañías de seguros, nacionales y extranjeras, que funcionan en Colombia, están sujetas por la ley al mismo control que los bancos, encontrándose por este aspecto asimiladas a aquellos, es obvio también que en cuanto a la prueba de la personería de unos y otras, uno mismo ha de ser el sistema. Ahora bien: tratándose de los bancos, el art. 104 de la Ley 45 de 1923, luego de enseñar que "la persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario o de una sucursal de banco nacional o extranjero, sea como gerente principal o como subgerente, tendrá la personería del establecimiento para todos los efectos legales", dispone a continuación que *"La certificación escrita del Superintendente respecto de la persona que ejerza tal gerencia en un momento dado, constituirá prueba suficiente de la personería del respectivo establecimiento o sucursal, ante cualesquiera autoridades judiciales y administrativas"*. Y frente a este precepto y señalando sus proyecciones, el art. 1o. de la Ley 57 de 1931 enseñó en uno de sus pasajes que *"todo* certificado del Superintendente Bancario *relacionado* con la existencia legal de cualquier establecimiento bancario, será prueba de dicha existencia legal". Entonces, si en relación con el mérito y alcance probatorio de la certificación del Superintendente Bancario acerca de la persona que ejerza la gerencia de una compañía de seguros, el art. 8o. de la Ley 105 de 1927 usó la misma terminología empleada anteriormente por el art. 104 de la Ley 45 de 1923 en lo tocante con la certificación de las mismas procedencia y finalidad relativamente a los bancos —identidad literal que se advierte al comparar los dos textos cuyas

respectivas transcripciones se han hecho atrás—, no cabe duda de que el mismo significado con que se ofrece en lo pertinente el art. 1o. de la Ley 57 de 1931 frente a la susodicha disposición del art. 104 de la Ley 45 de 1923 sobre bancos, lo tiene igualmente el art. 8o. de la Ley 105 de 1927 sobre compañías de seguros, en lo correspondiente.

Síntesis de este último razonamiento es, así, la de que todo certificado del Superintendente Bancario relacionado con la existencia legal de cualquier compañía de seguros, nacional o extranjera, es prueba de dicha existencia legal; y, por lo tanto, que la certificación de la misma Superintendencia, de que habla *in fine* el art. 8o, de la Ley 105 de 1927, respecto de la persona que ejerza las funciones de gerente o personero de una compañía de seguros, como *"Prueba suficiente de la personería"*, acredita, no solo la legitimación del gerente o personero, sino la existencia legal de la propia compañía, cualquiera que sea su oriundez.

No violó, pues, el Tribunal, ni por falta de aplicación el art. 40 de la Ley 28 de 1931, a que no tenía por qué atender en el caso, ni por indebida aplicación el art. 8o. de la Ley 105 de 1927, que en lo pertinente a la especie del litigio interpretó y aplicó correctamente. Por lo demás, el primer aspecto de la censura, en lo que se relaciona con el art. 253 del Decr. Reg. 2521 de 1950 (que no 1951), es impertinente, porque si no resultó infringido el art. 40 de la ley 28 de 1931, menos pudo serlo su correspondiente reglamentario, y ante todo porque los decretos reglamentarios no sirven de piso a la casación, en cuanto no pueden ir más allá de los preceptos reglamentados que son los que, en razón de su quebranto, darían la base para el recurso extraordinario.

Y si no se cometió por el sentenciador yerro de derecho en la estimación de la prueba, no pudo por esta vía llegarse al quebranto de las disposiciones del Código de Comercio que el recurso relaciona.

Fuera de que, como se dijo al principio, los arts 461, 634 del dicho código no sirven a fundar la censura: no el art. 461, por versar sobre una materia completamente extraña a la litigada; y no el art. 634, que apenas se limita a dar una definición del seguro real, con que tampoco toca la cuestión del pleito y que es texto que por sí solo no configuraría en caso alguno una situación subjetiva de derecho sustancial.

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 veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no aparecer causadas.

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

Guillermo Ospina Fernández, Ernesto Blanco Cabrera, Gustavo Fajardo Pinzón, César Gómez Estrada, Enrique López de la Pava, Carlos Vila Escobar, conjuez.

Heriberto Caicedo Méndez, Secretario.

NULIDAD DE UNA PERMUTA

DOLO POR RETICENCIA

La reticencia constituye dolo, que invalida la convención, cuando está conectada con un deber legal o moral de información, y se refiere a hechos de trascendencia en el contrato.

Aunque el art. 1603 del C. C. solo alude expresamente a la ejecución del contrato para exigir en ella la observancia de la buena fe, la verdad es que como por principio todo acto humano ha de ajustarse a los postulados de la moral, el de la buena fe, que es uno de ellos, ha de estar presente también en la etapa que precede a la celebración o formación definitiva de aquel, esto es, en la de su preparación, y es así como el desconocimiento en tal oportunidad de ese precepto ético, es tomado en consideración por el derecho para sancionarlo.

De acuerdo con lo anterior, pues, en el período precontractual cada parte debe observar una conducta acorde con las exigencias de la buena fe. Lo cual significa, en un sentido negativo, que los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes, la ingenuidad del otro quede atrapada y convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero. Y significa, en un sentido positivo, que en el desarrollo del proceso previo al perfeccionamiento del contrato, las partes están en el deber recíproco de obrar dentro de los términos de la lealtad, la probidad y la rectitud de intención según las circunstancias de cada caso, de modo que una vez celebrado el acto no pueda decirse que, por haber pecado en materia grave contra tales valores, una de ellas colocó a la otra en condiciones de inferioridad, aprovechándolas para lograr la consumación del contrato.

El quebrantamiento de la buena fe en la celebración del contrato constituye el dolo, que específicamente considerado consiste en el empleo por uno de los contratantes de maniobras, maquinaciones artificios o astucias engañosas tendientes a inducir al otro a emitir una declaración de voluntad que sin aquellos no habría emitido (dolo principal), o la habría emitido pero distinta en algún sentido (dolo incidental). Cuando media dolo, entonces, la volición ha sido perturbada por una motivación errónea que la otra parte ha provocado; y si dicha motivación ha sido determinante de la volición, esta no ha sido consciente, y por lo mismo es ineficaz.

En cuanto a la naturaleza de los hechos constitutivos del dolo, existe conformidad en la doctrina acerca de que el medio engañoso empleado no ha de consistir necesariamente en actos positivos externos. En ese punto es suficiente un comportamiento del agente dirigido a crear o mantener en estado de error al sujeto pasivo, pudiendo tal comportamiento consistir en una simple abstención. Cuando así sucede, se da la categoría especial de dolo conocida con el nombre de dolo negativo u omisivo, una de cuyas formas es la reticencia, cuya consideración ofrece particular interés en el caso de autos.

En principio, la simple reticencia, es decir, el silencio, no es jurídicamente relevante, y ello tiene que ser así porque una solución contraria conspiraría contra el sello de firmeza y seguridad que, para fines de conveniencia social, debe revestir toda relación contractual. Más cuando por virtud de la ley misma, o de que por las circunstancias especiales del caso adquiera particular operancia la buena fe, uno de los contratantes quede colocado ante el deber de poner en conocimiento del otro hechos de trascendencia relativos al contrato que proyectan celebrar, la reticencia al respecto equivale a un artificio engañoso constitutivo de dolo.

Para este efecto, pues, todo depende de que la reticencia esté conectada con un deber legal o moral de información. Ninguna dificultad ofrece la verificación de la existencia de ese deber, cuando él está impuesto por la ley, como ocurre, por ejemplo, en los casos contemplados por los arts. 1915, numeral 3o., 1922 y 2284 del C. C., y 680, numeral 1o. del C. de Co. Más complejo es

deducirlo, de las circunstancias especiales de la celebración del contrato de que se trate, pero en todo caso la apreciación de tales circunstancias debe hacerse bajo el criterio de que si el dato materia de la reticencia tuvo de por sí entidad suficiente para influir en la voluntad de la parte a quien se oculta, aquel deber existía y por lo mismo la reticencia es dolosa.

En este evento, entonces, y ya en relación con la carga de la prueba, quien invoque el dolo por reticencia debe demostrar el hecho materia del ocultamiento y que el demandado tenía conocimiento del mismo. Labor propia del juzgador es la de calificar la trascendencia de aquel hecho, para deducir de ello si se faltó al deber de comunicarlo y si por lo tanto el silencio del demandado es doloso.

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

(Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada)

(Aprobación: Diciembre 12/69.- Acta No. 98).

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio ordinario de María Olga Porras de Urdaneta contra María Peñaranda de Villamizar.

EL LITIGIO

Ante el entonces Juzgado Primero Civil del Circuito de Cúcuta, María Olga Porras de Urdaneta demandó a María Peñaranda de Villamizar en solicitud de que por los trámites de un juicio ordinario se decretase:

"1. La nulidad absoluta del contrato de permuta que celebró mi poderdante con la demandada contenido en la escritura pública No. 1706 de 14 de octubre de 1964 otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Cúcuta y las cláusulas adicionales a este contrato contenidas en la escritura pública No. 1881 de 7 de noviembre de 1964 otorgada ante el mismo Notario Primero de este Circuito, a causa de existir objeto ilícito en dicho contrato por ser el inmueble que recibió en pago mi poderdante objeto litigioso y reserva de la Nación.

"2. Subsidiariamente, la nulidad relativa del mismo contrato de permuta a que se refiere el punto petitorio inmediatamente anterior, a causa de haber sufrido mi poderdante dolo por parte de la demandada al celebrar el referido contrato de permuta.

"3. La restitución del inmueble que mi poderdante le dio a la demandada en virtud del contrato de permuta cuya nulidad se solicita a que se refieren las expresadas escrituras públicas con los frutos percibidos por la demandada desde la fecha de la celebración del contrato hasta que le sea devuelto el inmueble más el pago de los daños y perjuicios que le han ocasionado a mi poderdante.

"4. La cancelación de las inscripciones en el Libro No. 1o. y en Libro de Matrículas correspondientes a las escrituras públicas Nos. 1706 de 14 de octubre de 1964 y 1881 de 7 de noviembre de 1964 de la Notaría 1a. de Cúcuta, así como la cancelación de las mismas en dicha Notaría.

"5. Las costas judiciales".

En apoyo de las anteriores peticiones se afirmaron en la demanda los siguientes hechos que en lo pertinente se sintetizan:

1. Que por escritura pública 1706 de 14 de octubre de 1964, de la Notaría 1a. de Cúcuta, adicionada por la número 1881 de 7 de noviembre de 1964, de la misma Notaría, debidamente registradas, entre demandante y demandada se celebró un contrato de permuta en virtud del cual aquella transfirió a esta un inmueble situado en el área urbana de la ciudad de Cúcuta, cuyos linderos y especificaciones se describen, y a su turno la segunda transfirió a la primera un predio rural conocido con el nombre de "El Carmen", corregimiento de Puerto Villamizar, municipio de Cúcuta, con una cabida de 134 hectáreas y comprendido por los linderos que se relacionan, habiéndole pagado además la suma de $ 60.000.00 en dinero.

"2. Que al momento de celebrarse el contrato de permuta en referencia, el inmueble transferido a la actora, o sea el predio "El Carmen", era objeto de reserva y de litigio por parte de la Nación por intermedio del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora)", pues "la Nación se había reservado la zona de terreno donde está ubicado el inmueble y había iniciado juicio sobre extinción del dominio". En tal virtud, el carácter litigioso y de reservado de tal inmueble hizo que el contrato de permuta quedara afectado de nulidad absoluta por el objeto ilícito.

3. Que además de lo anterior, hubo dolo de parte de la demandada para inducir a la actora a celebrar el contrato, pues con la manifestación

que en la escritura hizo aquella de que el citado inmueble se encontraba saneado, a sabiendas de que estaba reservado y en litigio, engañó a la segunda.

4. Que al declararse la nulidad pedida, las cosas deben volver al estado anterior, y restituir la demandada los frutos del inmueble que recibió desde la fecha de la celebración del contrato hasta el momento de la restitución, y

5. Que la actora "ha recibido con la nulidad del contrato de permuta daños y perjuicios que se estiman así: los materiales en la suma de veinte mil pesos y los morales los que el Juzgado determine".

Al contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones de la actora, la demandada negó que al momento de la celebración del contrato tuviera conocimiento de que el inmueble "El Carmen" fuera objeto de juicio de extinción del dominio; que dicho inmueble tampoco era objeto de reserva por parte de Incora, y que seguramente al hablarse de reserva en la demanda, a lo que ha querido referirse es "a la expropiación por parte de Incora de tierras adecuadamente explotadas". Expresó también que en virtud de la permuta aludida la actora recibió no sólo lo que la escritura determina, es decir el inmueble "El Carmen" y la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) en dinero, sino además 75 cabezas de ganado vacuno por valor de $ 55.000.00, 6 bestias de carga en cinco mil pesos y diez mil pesos en dinero y a título de arras.

La primera instancia del juicio terminó con sentencia totalmente absolutoria. Apelada esta por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta la confirmó en todas sus partes, mediante la suya de 3 de febrero de 1967 que es materia del recurso de casación que se decide.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de hacer algunas consideraciones generales en torno al objeto como elemento de todo contrato, y de citar los eventos en que la ley lo señala como ilícito, entra el Tribunal a examinar la acción de nulidad absoluta por objeto ilícito incoada principalmente en la demanda, poniendo de presente que la aludida ilicitud se hace depender de que el predio "El Carmen" dado en permuta por la demandada era materia "de reserva y de litigio por parte de la Nación por intermedio de Incora, antes o al momento de celebrarse el referido contrato de permuta objeto de este litigio". Dentro de este planteamiento, estudia la reserva invocada como motivo de la nulidad, para darla por no producida en el caso de autos con la argumentación de que sobre terrenos de propiedad privada no cabe que el Estado haga reservas territoriales, pues ellas sólo son posibles en relación con terrenos baldíos, y el predio "El Carmen" no lo es conforme lo deduce el Tribunal del certificado de tradición que obra en autos, relativo a tal inmueble.

Y analizando luego el otro hecho de que se hace depender la nulidad absoluta pretendida por la parte actora, o sea el carácter litigioso que tenía el inmueble "El Carmen" cuando se celebró el contrato de permuta impugnado, comenta el numeral 4o. del art. 1521 del C. C. y el art. 2o. de la Ley 38 de 1945, y deduce de ellos las condiciones requeridas para que una cosa pueda considerarse como litigiosa para los efectos previstos en el primero de tales preceptos. Enfocando luego a la luz de dichos comentarios los textos de las Resoluciones números 0812 de 30 de noviembre de 1962 y 1863 de 1963, expedidas por la Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de las cuales, respectivamente, se ordenó la expropiación por motivos de utilidad pública del inmueble "La Gloria", y se dispuso adelantar las diligencias conducentes a establecer si era del caso declarar extinguido el dominio privado, en todo o en parte, del mismo inmueble, dijo el Tribunal: respecto de la primera de tales resoluciones, que el acto contenido en ellas no convirtió en cosa litigiosa el inmueble "El Carmen", pues que "ninguna autoridad competente ha ordenado la inscripción de alguna demanda en el Libro de Registro de Demandas Civiles". Y agrega: "Es que puede afirmarse sin lugar a duda y como regla general, que mientras no se haya verificado la inscripción de que ha hablado, en el libro respectivo, no puede considerarse en litigio una cosa, así se den los restantes requisitos apuntados por la doctrina".

Y en cuanto a la segunda de las resoluciones aludidas, rechaza también la tesis de que ella haya colocado el inmueble en referencia en la condición de cosa litigiosa "visto lo expuesto anteriormente", es decir, lo sostenido con el mismo fin a propósito de la resolución que decretó la expropiación, y además porque una resolución que ordena iniciar las diligencias pertinentes a la declaración de extinción del dominio de un inmueble, como la Rs. 1863 de que ahora se trata, da lugar a una serie de actuaciones y diligencias administrativas, y aun a recurso de revisión, según los arts. 3 a 24 del Decr. 1902 de

1932, circunstancias estas que a juicio del Tribunal permiten deducir que la dicha Resolución "no es un litigio en que fatalmente se declara caducado el dominio del predio sub lite, único caso en que sería menos aventurada la tesis del actor".

Desechada así por el sentenciador de segunda instancia la acción de nulidad absoluta principalmente ejercitada en la demanda, procede a continuación a juzgar la acción de nulidad relativa por dolo incoada subsidiariamente, y al efecto empieza por describir doctrinariamente la figura del dolo como vicio del consentimiento, por concluir luego diciendo: "Entonces, y de conformidad con los anteriores derroteros, aun cuando apareciera claramente que sin la reticencia del demandado el actor no hubiera contratado, lo que no sucede, preciso es concluir que si no se demostró en juicio ál dolo no es posible declarar la nulidad relativa que conlleva, porque cualquiera que sea su naturaleza y alcance, no se presume y esto porque como lo entiende la doctrina "la ley presume la buena fe de los contratantes y no la mala".

LA DEMANDA DE CASACION

Dos cargos formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal, ambas dentro del ámbito de la causal primera. Como uno de ellos, o sea el propuesto en primer término, en cuanto viene dirigido contra lo resuelto en relación con la acción subsidiaria de nulidad relativa por dolo, está destinado a prosperar, la Corte habrá de limitarse al estudio del mismo (art. 538 del C. J.).

El cargo en cuestión, por el aspecto aludido, se hace consistir en errores de hecho y de derecho cometidos por el sentenciador en la apreciación de la prueba, con la consecuencial infracción de los arts. 63, 1502, 1508, 1515, 1740, 1741, 1743 y 1746 del C. C., por falta de aplicación.

En sustentación del cargo dice el censor que el fallador de segunda instancia consideró que en autos no estaba demostrado el dolo invocado en la demanda, y que en tales circunstancias no podía declararse la nulidad relativa impetrada, pues el dolo no se presume. Consideración que el recurso refuta expresando que en la demanda se afirmó el hecho de que la demandada no había informado a la actora acerca de la existencia de las resoluciones sobre declaratoria de utilidad pública y sobre iniciación de las diligencias para declarar extinguido el dominio del inmueble "El Carmen", expedidas con anterioridad a la celebración del contrato de permuta. Y que en la demanda se afirmó también que "la demandada incurrió en dolo al manifestar en la escritura que el inmueble estaba saneado, sin informar de tales circunstancias. Ese hecho: no haber informado a la demandante de la existencia de esas resoluciones de Incora, constituye una negación indefinida que, conforme a la doctrina universal, no requiere prueba. Era a la demandada a quien correspondía probar que sí había informado de ella a la demandante; pero lejos de probarlo, de la contestación de la demanda y del debate del pleito se deduce una implícita admisión de su conducta negativa. Al exigir el Tribunal que se pruebe esa negación, violó el art. 595 del C. de P. C., incurriendo en un error de derecho en materia probatoria".

Por otra parte, sigue diciendo el recurrente, en autos obra la plena prueba de que existían las aludidas resoluciones de Incora. En efecto, allí obran copias de dichas resoluciones, y la certificación de que ellas fueron notificadas personalmente a la demandada. No tuvo en cuenta el Tribunal tales pruebas, y por ello incurrió en error manifiesto "al no tener por demostradas esas notificaciones y la existencia de esas resoluciones". Ni tuvo en cuenta tampoco que en la escritura de permuta obra la plena prueba de la reticencia dolosa de la demandada, al manifestar esta allí que el inmueble estaba libre de toda limitación del dominio y de todo gravamen, lo mismo que de pleitos pendientes y condiciones resolutorias "puesto que esas resoluciones administrativas son, por mandato de la ley sobre reforma agraria... creadoras de un verdadero litigio entre el particular y la Nación, que constituye una limitación a su dominio y una especie de condición resolutoria del mismo. Hubo, pues, otro error manifiesto de hecho, por parte del Tribunal, al no ver esa prueba de la reticencia dolosa de la demandada".

En virtud de los errores de derecho y de hecho mencionados, el Tribunal violó las disposiciones sustanciales citadas como infringidas, por no haber declarado la nulidad impetrada subsidiariamente, "Puesto que probado ese dolo, aquellos tenían aplicación evidente y como resultado debía prosperar tal petición".

Haciendo especial referencia a la infracción del art. 63 del C. C. cometida a consecuencia de aquellos errores, dice el recurrente que el Tribunal dejó de aplicarlo a pesar de haber reconocido que conforme a ese texto hay dolo en el silencio "si había obligación de ejecutar el hecho de hablar ya por imperio de la ley, de la costum-

bre o de las circunstancias". Pues, agrega, a partir de la expedición de la ley de reforma agraria ha venido a producirse en Colombia una verdadera máxima general de experiencia, que como tal no necesita prueba, en el sentido de que "los inmuebles rurales sometidos al procedimiento de expropiación o al de extinción del dominio, mediante resolución de Incora, quedan prácticamente fuera del comercio, porque nadie compra lo que está en camino de expropiación o extinción del dominio... No puede ponerse en duda que si la demandante hubiera conocido esas circunstancias, no habría celebrado el contrato de permuta; como tampoco que el callar esas circunstancias, fue un acto evidentemente doloso de la demandada".

No se trataba, respecto a las aludidas circunstancias, sigue diciendo el recurso, de cuestión accesoria, secundaria o sin importancia, sino vital, fundamental y principalísima, y por lo mismo determinante del negocio. Como la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se presume de derecho que la demandada conocía la forma menguada y perjudicial como el Incora paga las tierras que expropia y hace los avalúos de ellas, y por eso no informó sobre la existencia del procedimiento de extinción del dominio a la demandante; y por virtud de la misma presunción, de haber sabido la demandante la existencia del procedimiento de expropiación, se habría abstenido de contratar.

Se considera:

I

Aunque el art. 1603 del C. C. solo alude expresamente a la ejecución del contrato para exigir en ella la observancia de la buena fe, la verdad es que como por principio todo acto humano ha de ajustarse a los postulados de la moral, el de la buena fe, que es uno de ellos, ha de estar presente también en la etapa que precede a la celebración o formación definitiva de aquel, esto es, en la de su preparación, y es así como el desconocimiento en tal oportunidad de ese precepto ético, es tomado en consideración por el derecho para sancionarlo.

De acuerdo con lo anterior, pues, en el período precontractual cada parte debe observar una conducta acorde con las exigencias de la buena fe. Lo cual significa, en un sentido negativo, que los contratos no pueden ser utilizados como instrumentos para que, refugiándose en ellos la astucia ilícita de uno de los contratantes, la ingenuidad del otro quede atrapada y convertida en medio para satisfacer aviesamente los intereses del primero. Y significa, en un sentido positivo, que en el desarrollo del proceso previo al perfeccionamiento del contrato, las partes están en el deber recíproco de obrar dentro de los términos de la lealtad, la probidad y la rectitud de intención, según las circunstancias de cada caso, de modo que una vez celebrado el acto no pueda decirse que, por haber pecado en materia grave contra tales valores, una de ellas colocó a la otra en condiciones de inferioridad, aprovechándolas para lograr la consumación del contrato.

El quebrantamiento de la buena fe en la celebración del contrato constituye el dolo, que específicamente considerado consiste en el empleo por uno de los contratantes de maniobras, maquinaciones, artificios o astucias engañosas tendientes a inducir al otro a emitir una declaración de voluntad que sin aquellos no habría emitido (dolo principal), o la habría emitido pero distinta en algún sentido (dolo incidental). Cuando media dolo, entonces, la volición ha sido perturbada por una motivación errónea que la otra parte ha provocado; y si dicha motivación ha sido determinante de la volición, esta no ha sido consciente, y por lo mismo es ineficaz.

En cuanto a la naturaleza de los hechos constitutivos del dolo, existe conformidad en la doctrina acerca de que el medio engañoso empleado no ha de consistir necesariamente en actos positivos externos. En ese punto es suficiente un comportamiento del agente dirigido a crear o mantener en estado de error al sujeto pasivo, pudiendo tal comportamiento consistir en una simple abstención. Cuando así sucede, se da la categoría especial de dolo conocida con el nombre de dolo negativo u omisivo, una de cuyas formas es la reticencia, cuya consideración ofrece particular interés en el caso de autos.

En principio, la simple reticencia, es decir, el silencio, no es jurídicamente relevante, y ello tiene que ser así porque una solución contraria conspiraría contra el sello de firmeza y seguridad que, para fines de conveniencia social, debe revestir toda relación contractual. Mas cuando por virtud de la ley misma, o de que por las circunstancias especiales del caso adquiera particular operancia la buena fe, uno de los contratantes quede colocado ante el deber de poner en conocimiento del otro hechos de trascendencia relativos al contrato que proyectan celebrar, la reticencia al respecto equivale a un artificio engañoso constitutivo de dolo.

Para este efecto, pues, todo depende de que la reticencia esté conectada con un deber legal o moral de información. Ninguna dificultad ofrece la verificación de la existencia de ese deber, cuando él está impuesto por la ley, como ocurre, por ejemplo, en los casos contemplados por los arts. 1915, numeral 3o., 1922 y 2284 del C. C., y 680, numeral 1o., del C. de Co. Más complejo es deducirlo, de las circunstancias especiales de la celebración del contrato de que se trate, pero en todo caso la apreciación de tales circunstancias debe hacerse bajo el criterio de que si el dato materia de la reticencia tuvo de por sí entidad suficiente para influir en la voluntad de la parte a quien se oculta, aquel deber existía y por lo mismo la reticencia es dolosa.

En este evento, entonces, y ya en relación con la carga de la prueba, quien invoque el dolo por reticencia debe demostrar el hecho materia del ocultamiento y que el demandado tenía conocimiento del mismo. Labor propia del juzgador es la de calificar la trascendencia de aquel hecho, para deducir de ello si se faltó al deber de comunicarlo y si por lo tanto el silencio del demandado es doloso.

II

En el caso de autos se demandó subsidiariamente la declaración de nulidad relativa del contrato de permuta identificado en la demanda, con base en que el inmueble "El Carmen" que en virtud de dicho contrato enajenó la demandada a la actora, en el momento de perfeccionarse dicho contrato, era materia de reserva por parte de la Nación, y a la vez objeto de diligencias administrativas tendientes a la declaración de extinción del dominio que sobre él tenía la enajenante, circunstancias que esta no sólo no puso en conocimiento de la otra contratante, sabiendo que existían, sino que las dio como inexistentes al declarar en la escritura respectiva que dicho inmueble estaba saneado.

En relación con tales hechos, obran en los autos las siguientes pruebas aportadas por la parte actora: a) copia de la Resolución número 812 de 30 de noviembre de 1962, expedida por el Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria en ejercicio de las atribuciones que le confieren la Ley 135 de 1961 y el Decr. 1489 de 1962, por medio de la cual se declaró de utilidad pública la adquisición del inmueble "El Carmen" "con destino a las obras de recuperación de tierras, reforestación y dotación de ellas a los campesinos de la región"; b) Copia de la diligencia de notificación personal de dicha Resolución a la demandada María Peñaranda de Villamizar, acto realizado el 18 de enero de 1963; c) copia de la Res. No. 1863 de 1o. de octubre de 1963, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por medio de la cual se ordenó iniciar las diligencias administrativas pertinentes "a fin de acordar si es el caso de declarar extinguido el derecho de dominio privado, en todo o en parte", en relación, entre otros, con el inmueble "El Carmen". Es de advertirse que en la Res. 1863 en referencia se identifica el inmueble "El Carmen" por los mismos linderos con que aparece singularizado en la escritura que contiene el contrato impugnado aquí de nulidad relativa, y que en uno de sus considerandos se expresa que lo ordenado mediante ella es resultado de las diligencias adelantadas en razón de la declaración de utilidad pública del mismo inmueble dispuesta mediante la Res. 0812 a que atrás se hizo referencia, todo lo cual permite afirmar, de una vez, que el inmueble "El Carmen" objeto de dichas resoluciones y del contrato mencionado, es uno mismo; c) un certificado expedido por funcionario del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, según el cual las Res. 0812 y 1863 antes aludidas, fueron notificadas a María Peñaranda el día 6 de noviembre de 1963; y, d) copia de la escritura contentiva del contrato de permuta atacado por nulidad en este juicio.

Las pruebas relacionadas acreditan plenamente que cuando el 14 de octubre de 1964 se celebró entre las partes el contrato de permuta de que aquí se trata, la permutante María Peñaranda de Villamizar era sabedora de que el inmueble "El Carmen" enajenado por ella a la otra permutante, María Olga Porras de Urdaneta, había sido declarado de utilidad pública por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, para ser adquirido por esta entidad con destino a "obras de recuperación de tierras, reforestación y dotación de ellas a los campesinos de la región", todo en los términos de la Ley 135 de 1961 y de los decretos que la reglamentan, pues la Resolución respectiva, número 0812 de 30 de noviembre de 1962, le había sido notificada personalmente desde el 18 de enero de 1963, conforme consta de la copia de tal diligencia que obra en autos. No puede decirse lo mismo en relación con la decisión adoptada por el mismo Instituto en el sentido de iniciar las diligencias administrativas pertinentes a la declaratoria de extinción del dominio del mismo predio, conforme a la Res. 1863 de 1o. de octubre de 1963, pues el conocimiento de tal hecho por parte de la se-

ñora Peñaranda de Villamizar se quiso acreditar con una certificación de Incora según la cual la notificación a aquella de dicha Resolución se produjo el 6 de noviembre de 1963, certificación que no era apta para tal fin, sino la copia de la diligencia misma de notificación, conforme se desprende de lo dispuesto por el art. 632 del C.J.

De esas mismas pruebas resulta establecido, también, sin que al respecto obre en los autos prueba en contrario, que la permutante Peñaranda de Villamizar omitió hacer conocer de la permutante Porras de Urdaneta la situación especial en que por virtud de la citada Res. No. 0812 estaba colocado el inmueble "El Carmen"; y no sólo eso, sino que la declaración genérica sobre libertad jurídica de dicho inmueble, esto es, de que ningún riesgo se cernía sobre el dominio de ese bien, hizo más patente todavía el ocultamiento de aquella circunstancia.

Ahora bien, no se remite a dudas que para la Sra. Porras de Urdaneta era de vital trascendencia, en la celebración del contrato de permuta, la circunstancia en referencia; y tanto, que es de suponerse, por aplicación del simple sentido común, que de haberla conocido, de no haber sido mantenida en su ignorancia, no habría prestado su consentimiento, pues, como fácilmente se comprende, quien pretende adquirir un inmueble a título oneroso, normalmente obra ante todo impulsado por el interés de hacerse propietario de él, lo cual significa entre otras cosas someterlo a su propia y libre determinación, a su autónomo poder de disposición, dentro de los límites de la ley, de suerte qué cualquier situación concreta y particular contraria a ese objetivo, o susceptible siquiera de poner en riesgo su realización, como es una declaratoria de utilidad pública conducente a su expropiación, ha de considerarse como factor de peso específico suficiente para disuadir al interesado de llevar a cabo el acto de adquisición. Dicho en otras palabras, no es natural ni normal pensar que para el adquirente a título oneroso de un inmueble sea indiferente el hecho de que el bien se encuentre, en el momento de la adquisición, en proceso de ser objeto de una enajenación coactiva en favor del Estado; ni que, por lo mismo, conocido por él tal hecho, no obstante ello celebre el contrato de adquisición respectivo, aceptando así que, a la postre, en lugar de los fines propios de la adquisición, se produzcan los de convertirlo en simple sucesor del propietario en la relación jurídica creada, mediante la expedición del acto administrativo declarativo de la utilidad pública del bien, entre dicho propietario y la entidad pública respectiva. Tanto más si esa entidad pública es el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, como en la hipótesis de este juicio ocurre, pues para fines relacionados con la adquisición de inmuebles rurales este organismo está dotado de prerrogativas que le dan especial prepotencia en punto de señalamiento de precios y forma de pago, con la correlativa desventaja práctica para el propietario.

Sobre la permutante María Peñaranda de Villamizar existía, entonces, de acuerdo con planteamientos generales atrás hechos, el deber de comunicar a la otra contratante la situación jurídica en que frente al Instituto de la Reforma Agraria se encontraba el inmueble "El Carmen". No lo hizo así, sino que guardó silencio al respecto, y aún recató más ese hecho con la declaración hecha por ella en la cláusula tercera de la escritura de permuta. Observó, pues, una conducta que según todo lo indica estaba dirigida deliberadamente a lograr que la permutante María Olga Porras de Urdaneta prestara su consentimiento para el perfeccionamiento del negocio, objetivo que seguramente se hubiera frustrado si aquella hubiera cumplido con el deber de comunicación aludido. En una palabra, incurrió en dolo en los términos del art. 1515 del C. C. a virtud del cual el consentimiento de la otra parte contratante quedó viciado por esa causa, de manera que la consecuencia legal de ello es la nulidad relativa del contrato, tal como se solicitó subsidiariamente en la demanda inicial de este juicio.

El Tribunal de Cúcuta absolvió a la parte demandada de la acción de nulidad relativa en mención, aduciendo como motivo cardinal de su decisión que el dolo alegado al efecto no se encontraba demostrado. Pero, según se dejó visto atrás, los hechos constitutivos del dolo imputado a la demanda sí se encuentran ostensiblemente acreditados en los autos con las pruebas antes examinadas, y por lo tanto el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al pasar por alto tales pruebas y dejar de ver que ellas acreditan plenamente el dolo que se tuvo por no demostrado. Y como el cargo que se examina se funda precisamente en error de hecho por falta de apreciación de las aludidas pruebas, quiere decir entonces que efectivamente el fallador de segunda instancia violó indirectamente las disposiciones sustanciales que el recurrente señala como infringidas. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser casada en el extremo atinente a la negatoria de la declaración de nulidad re-

lativa por dolo solicitada subsidiariamente en el libelo inicial de este juicio.

Con fundamento en las mismas razones que apoyan la prosperidad del cargo examinado, la Corte, obrando ya como fallador de instancia, habrá de declarar la nulidad relativa en referencia, con la consiguiente restitución de las partes al estado anterior.

Para efectos de esta restitución, ha de partirse de la base de que, conforme lo expuso la parte demandada desde la contestación de la demanda, la escritura que contiene el contrato de permuta atacado no reza en realidad la totalidad del negocio celebrado por las partes. En efecto, según dicha escritura el negocio consistió simplemente en que la Porras de Urdaneta transfirió a la Sra. Peñaranda de Villamizar un inmueble urbano estimado allí en la suma de $ 150.000.00, y esta a aquella el inmueble "El Carmen" tantas veces mencionado, estimado en la suma de $ 90.000.00, más la suma de $ 60.000.00 en dinero efectivo. Pero en virtud de prueba escrita que obra en autos, proveniente de la parte actora, complementada con las declaraciones testimoniales de Hugo Francisco Bueno y Miguel Durán, quienes colaboraron con las partes en la celebración del contrato, el primero como recomendado de la Sra. Peñaranda de Villamizar y el segundo como comisionista, se llega a la evidencia de que como contraprestación por el predio urbano recibido por ella, la Sra. Peñaranda de Villamizar pagó no sólo lo que la escritura expresa, esto es, el inmueble "El Carmen", más $ 60.000.00 en dinero efectivo, sino además setenta y cinco cabezas de ganado vacuno, por valor de $ 55.000. 00, seis bestias por valor de $ 5.000.00, y otros $ 10.000.00 en dinero efectivo.

Siendo ello así, pues, la Sra. Peñaranda de Villamizar tiene derecho a que, como consecuencia de la nulidad, la otra parte le restituya todo lo que, según acaba de verse, esta recibió de aquella en virtud del contrato anulado. Mas es de advertirse que no dándose, como no se dan en autos, circunstancias que permitan referir aquel derecho a los semovientes mismos que la señora Peñaranda de Villamizar entregó, ni aún a otros que le sean equivalentes, pues no se saben cuáles eran las características siquiera aproximadas de ellos, tal restitución, en cuanto a los semovientes aludidos toca, habrá de hacerse recaer sobre el valor en dinero en que estos fueron apreciados por las partes al celebrar el contrato objeto del juicio.

Para los efectos relacionados con las restituciones mutuas a que se viene haciendo referencia, la demandada será considerada como de mala fe, en razón de haber sido obra suya el dolo causante de la nulidad del contrato. Por consiguiente, en lo que a ella respecta la condena al pago de frutos del inmueble que recibió, comprenderá todos los producidos o que hubieran podido producirse desde que dicho inmueble le fue entregado y hasta que lo restituya.

De su lado, y para los mismos efectos dichos, la parte demandante será considerada como de buena fe. Pero por aplicación del principio de que la sentencia estimatoria de la demanda debe actuar la ley como si esto ocurriese en el momento de la demanda judicial, esto es, en el momento en que ésta haya sido notificada a la parte demandada y no habiéndose probado que en este caso la demanda se hubiera presentado con dilación culposa por parte de la actora, ha de entenderse que la obligación de restituir dicha actora los bienes que recibió en virtud del contrato que habrá de anularse mediante la presente sentencia, tuvo existencia desde el momento en que la demanda le fue notificada a la demandada, y por lo mismo deberá aquella ser condenada al pago de los frutos producidos o que hubieran podido producir tales bienes desde aquel momento y hasta que efectivamente estos sean restituidos.

En la demanda se pidió también que la demandada fuera condenada a indemnizar los perjuicios sufridos por la actora como consecuencia de la nulidad del contrato. Mas como ninguna prueba obra en autos de que dichos perjuicios se hubieran causado, esa petición no puede prosperar.

Por todo lo dicho y 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 tres (3) de febrero de mil novecientos sesenta y siete (1967), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, dentro del juicio ordinario de María Olga Porras de Urdaneta contra María Peñaranda de Villamizar, y, procediendo como juzgador de instancia, en su lugar,

RESUELVE

1. Revócase la sentencia de primera instancia proferida en este juicio por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Cúcuta, de fecha 30 de septiembre de 1966.

2o. Absuélvese a la parte demandada de las

acciones de nulidad absoluta y de indemnización de perjuicios ejercitadas en la demanda.

3o. Declárase rescindido por causa de dolo el contrato de permuta celebrado entre María Olga Porras de Urdaneta y María Peñaranda de Villamizar, contenido en las escrituras públicas números 1706 y 1881 de 14 de octubre y 7 de noviembre de 1964, respectivamente, otorgadas en la Notaría Primera de Cúcuta. Ordénase la cancelación de tales escrituras lo mismo que la de sus respectivos registros.

4o. Como consecuencia de la declaración de rescisión contenida en el numeral anterior, se ordenan las restituciones siguientes:

a) María Peñaranda de Villamizar entregará a María Olga Porras de Urdaneta el inmueble que esta dijo transferir a aquella mediante el referido contrato, o sea un lote de terreno junto con el edificio construído en él, ubicado en la urbanización "La Merced" del municipio de Cúcuta, Avenida 5a. con calle 1a. A, distinguido el edificio en sus puertas de entrada con lo números 1-47 y 1-53, y comprendido por los linderos que relaciona la cláusula segunda de la citada escritura número 1706 de 14 de octubre de 1964, de la Notaría Primera de Cúcuta, es a saber: "Por el Norte con casa de propiedad de María Olga Porras de Urdaneta; por el Sur, con la calle 1a. A citada; por el Oriente, con terreno de propiedad de Salustiano Calixto; y por el Occidente, con la avenida 5a. citada".

b) Condénase a la misma María Peñaranda de Villamizar a restituir a la parte actora el valor de los frutos que el inmueble de que trata el literal anterior, administrado con mediana inteligencia y actividad, hubiera podido producir desde el catorce (14) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), hasta el momento en que la restitución del mismo inmueble tenga lugar, previa deducción de los gastos ordinarios invertidos en su producción.

c) De su lado, Olga Porras de Urdaneta devolverá a la demandada María Peñaranda de Villamizar los siguientes bienes que recibió de esta en virtud del contrato rescindido: Primero, el predio denominado "El Carmen", ubicado en el corregimiento de "Villamizar" del municipio de Cúcuta, comprendido por los linderos relacionados bajo la cláusula primera de la escritura 1706 de 14 de octubre de 1964, viarias veces mencionada, es a saber: "Por el Norte, partiendo del río Zulia por una hilera de matarratones que hay al Sur de la casa de "El Caraño" hasta un guásimo que está en la esquina misma de la hilera; de ahí se sigue por un caminito que hay a la izquierda del camino cerca al caño de El Fraile; de este punto hasta un rancho que hay en la Bancada, y siguiendo desde este rancho la misma dirección al Oriente, pasando al norte del sitio en que hubo una casa en la misma bancada, hasta el caño de madera; por el Oriente y Sur, y parte por el Occidente, con propiedades de Santos Delgado, siguiendo una cerca de alambre hasta el río Zulia y de ahí por el curso del río hasta el punto de partida"; y segundo, la suma de ciento treinta mil pesos ($ 130.000.00) m.cte., en dinero efectivo, que comprende, de un lado, al valor en que fueron estimados por las partes los ochenta y un (81) semovientes que entraron en la operación de permuta, o sea la suma de sesenta mil pesos ($60.000.00) m/l; y, de otro, a la cantidad de setenta mil pesos ($ 70.000.00) pagada en dinero efectivo por la demandada por concepto de la misma operación.

d) La misma demandante Olga Porras de Urdaneta pagará a la demandada María Peñaranda de Villamizar el valor de los frutos naturales que el inmueble "El Carmen" hubiera podido producir, administrado con mediana inteligencia y actividad, a partir del 19 de febrero de 1965 y hasta que se realice la devolución material del mismo inmueble, previa deducción de los gastos ordinarios para producirlos, al igual que los intereses legales de la suma de ciento treinta mil pesos ($ 130.000.00) m.cte. que conforme al literal anterior queda a cargo de la misma demandante Olga Porras de Urdaneta, intereses que se computarán a partir del citado diecinueve (19) de febrero de mil novecientos sesenta y cinco (1965) y hasta que el pago del capital indicado tenga lugar.

e) Los frutos que recíprocamente deben restituirse las partes serán liquidados por el procedimiento del art. 553 del C. J., y habrá lugar a compensación de los mismos hasta concurrencia de valores; y

f) Condénase a la parte demandada en las costas de la primera y de la segunda instancias. Sin costas en el presente recurso de casación.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

SOCIEDADES

Contrato de suscripción de acciones. Las acciones por suscribir no constituyen patrimonio de la sociedad. El aportante de bienes debe no solo *darlos* sino *entregarlos* materialmente.

1. El art. 2079 del C. C. define: "La sociedad o compañía es un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación". Y la doctrina tiene bien declarado que, según la definición transcrita, los elementos esenciales del referido contrato son: 1o. pluralidad de personas; 2o. aporte de bienes o de industria por todas y cada una de ellas; 3o. el fin especulativo; 4o. la participación de los asociados en las utilidades o pérdidas de la sociedad, y 5o. el ánimo de asociación.

2. Constituída una sociedad con sus precitados elementos esenciales, puede ocurrir que a ella ingresen posteriormente personas distintas de sus fundadores, bien sea por el traspaso del interés social de estos, o bien por el aumento del número de socios sin que se operen mutaciones en cuanto al interés de los socios existentes al ingresar los nuevos. En cualquiera de estos dos supuestos necesariamente tienen que darse respecto de los socios ingresantes las condiciones esenciales del contrato de sociedad, tales como el ánimo especulativo, el de asociación y la real participación en los resultados económicos de esta, pues sólo así ellos adhieren a la sociedad. Y en lo que toca con los aportes cabe distinguir si se trata o no de transferencia del interés social de socios anteriores: en el primer caso estos quedan total o parcialmente sustituidos por sus causahabientes en dicho interés y en los aportes respectivos, al paso que en el segundo se requiere que los socios nuevos, a su vez, aporten bienes o industria, por ser este requisito indispensable para que alguien se repute partícipe de un contrato de sociedad.

3. En las sociedades anónimas tienen que ofrecerse todos los elementos esenciales del contrato de sociedad, entre ellos el de los aportes por todos y cada uno de los socios, aportes aquí representados en *acciones*, las que pueden ser suscritas por los fundadores en el acto de la constitución de la sociedad, o con posterioridad por estos mismos o por terceros, hasta que las suscripciones copen el capital autorizado inicialmente y sus aumentos. Pero, en todo caso este acto es un contrato que siempre le impone al suscriptor la obligación de hacer un aporte, según definición del art. 70 del Decr. 2521 de 1950. "La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento de suscripción respectivo, y esta se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente".

4. Como es obvio, las acciones todavía no suscritas y que la sociedad mantiene en reserva para su ulterior colocación no constituyen un bien patrimonial de esta, carácter que solamente adquieren cuando ya representan una parte del capital suscrito.

5. Lo últimamente dicho muestra a las claras la diferencia específica que existe entre una permuta y un contrato de suscripción de acciones en una sociedad anónima. Para que se configure la primera cuando una de las partes se obliga a dar acciones de dicha clase, es necesario que estas ya estén suscritas, o sea que realmente constituyan un bien patrimonial de efectivo contenido económico cual es el respectivo interés social o participación en el fondo social, bien sea que las mismas se encuentren en poder de accionistas, quienes pueden negociarlas, o bien que hayan retornado por readquisición a la sociedad emitente, evento este último en que los derechos que ellas importan quedan

en suspenso hasta su nueva colocación. Por el contrario, cuando las acciones que se obliga a dar la sociedad a cambio de un bien llamado a ingresar a su fondo todavía no representan una participación en este, sino precisamente es el aporte de ese bien el que ha de venir a darles valor patrimonial, se trata de un típico contrato de suscripción de acciones.

La sociedad, en lo que toca con el aporte de dinero o de otros bienes, bien sea en propiedad o en usufructo (C. C. arts. 2081 y 2108), al igual que la compraventa, la permuta o cualquier otro contrato traslaticio, genera una obligación *de dar* que contiene la de *entregar* la cosa o cosas, obligación esta última cuyo cumplimiento le confiere al adquirente la posesión útil de las mismas (ibídem art. 1608) y la obligación de mantener a este adquirente en dicha posesión útil y pacífica que a su vez, se traduce en el saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios (ibídem, arts. 1880, 1893, 2111, etc.).

2. Que la obligación *de dar* cuyo objeto es genéricamente, la transferencia del dominio o de otros derechos reales, implica la consiguiente obligación de *entregar* la cosa, resulta indiscutible con el sólo tener en cuenta que el pago o solución de aquella ha de realizarse mediante la tradición, así definida por la ley: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo". (C. C. art. 740). Y cobra aún mayor relevancia la mencionada obligación de *entregar* cuando esta subsiste después de satisfecha la *de dar*, como sucede en tratándose de bienes inmuebles, respecto de los cuales la tradición se realiza jurídicamente con la inscripción del título en el registro (ibídem art. 756), pudiendo quedar la cosa en poder del tradente, quien, entonces, debe entregarla materialmente para colocar al adquirente en la posesión útil de la misma. La subsistencia de esta obligación de *entregar* está expresamente contemplada en el art. 887 del C. J.

3. Ahora bien, la obligación de entregar cosa produce como efectos principales, al igual que cualquiera otra obligación, los correlativos derechos del acreedor a exigir su cumplimiento o la indemnización de perjuicios por la inejecución total o parcial de la misma, o por su ejecución imperfecta o retardada. En consecuencia, al contraer el socio la obligación de aportar bienes a la sociedad, debe entregárselos a esta en la forma y tiempo debidos, pues de no hacerlo así, queda expuesto a la acción de cumplimiento y, una vez constituído en mora, a la de indemnización de los perjuicios que le haya ocasionado a la sociedad, tanto los moratorios, como los compensatorios (C. C. arts. 1613, 1614, y 1615). Esto último es lo que, por aplicación concreta dispone el art. 2109 de la obra citada, cuyo tenor: "El socio que aún por culpa leve ha retardado la entrega de lo que le toca poner en común, resarcirá a la sociedad todos los perjuicios que le haya ocasionado el retardo". Más claramente no podía expresar este texto legal que los socios están obligados a entregar al ente social los bienes materia de sus aportes, so pena de incurrir en responsabilidad, hipótesis que, según quedó dicho, es bien diferente de la contemplada por el art. 2111 ibídem que se refiere al saneamiento por la evicción de la especie ya aportada efectivamente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández).

(Aprobación: Acta No. 97).

Procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el actor contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio el 7 de marzo de 1967 en el juicio de Hernando Cala y Barbosa frente al Municipio de Villavicencio.

EL LITIGIO

Hernando Cala y Barbosa formuló demanda ante el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Villavicencio contra el Municipio de este nombre para que, por los trámites de la vía ordinaria, se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.*- Declarar que el *municipio de Villavicencio*, se halla obligado a pagar a mi mandante doctor *Hernando Cala y Barbosa*, el valor total de los frutos naturales y civiles del predio que retiene y que hace parte del inmueble denominado "Nuevo Matadero", relaciona-

do en los hechos 2o., 3o., 4o., 14o., y 15o., de este libelo de demanda, desde el 12 de agosto de 1955, hasta la fecha de la entrega a razón de *siete mil pesos mensuales* ($ 7.000.00) moneda corriente o el mayor o menor valor que de los mismos, se establezca en el proceso, frutos que ha venido percibiendo en forma continua e ininterrumpida desde la fecha primeramente mencionada.

"Segunda.- Como consecuencia de la declaración anterior, condenar al *municipio de Villavicencio* a pagar a favor de mi mandante, seis (6) días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decreta la cantidad de *seiscientos setenta y dos mil pesos* moneda corriente ($ 672.000.00) moneda corriente, por concepto de la totalidad de los frutos civiles y naturales que ha venido percibiendo continua e ininterrumpidamente, desde el 12 de agosto de 1955, hasta el 11 de agosto del presente año de mil novecientos sesenta y tres (1963), por la explotación del fundo antes mencionado, o el mayor o menor valor que por tal concepto se establezca en este juicio.

"Tercera.- Igualmente como consecuencia de la declaración primera, se *condene* al Municipio de *Villavicencio,* a pagar a mi mandante doctor *Hernando Cala y Barbosa,* seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, la suma de *siete mil pesos mensuales* ($ 7.000.00) moneda corriente, o el mayor o menor valor que se establezca en el proceso, por concepto de los mismos frutos civiles y naturales que perciba el Municipio demandado, desde el doce de agosto del presente año de 1963, hasta el día en que se realice la entrega total del inmueble "Nuevo Matadero".

"Cuarta.- Declarar que el Municipio de Villavicencio es civilmente responsable de la indemnización de perjuicios por la no entrega oportuna de la totalidad de la cosa permutada, descrita en el hecho segundo de esta demanda, en los términos de la ley y del contrato.

"Quinta.- Como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, condenar al *municipio de Villavicencio* a pagar a mi mandante doctor *Hernando Cala y Barbosa,* seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, como indemnización de perjuicios, daño *emergente y lucro cesante,* y demás que se desprendan de la violación contractual, la suma de *quinientos cincuenta mil pesos moneda corriente* ($ 550.000.00) o el mayor o menor valor que se establezca en este juicio, o bien en la forma prevista en el art. 553 del C. J.

"Sexta.- Declarar que el Municipio de Villavicencio se halla obligado a cumplir en su totalidad, *La obligación de entregar* el predio *"Nuevo Matadero",* tantas veces mencionado de cuyo dominio se desprendió voluntariamente, en los términos del contrato y de la ley.

"Séptima.- Como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, condenar al municipio de *Villavicencio* a entregar a mi mandante, doctor *Hernando Cala y Barbosa,* seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, el globo de terreno descrito en el hecho catorce (14o.) de esta demanda, por la situación y linderos allí determinados, con todas sus anexidades, construcciones e instalaciones existentes en el mismo.

"Octava.- Condenar igualmente al municipio de Villavicencio a entregar a mi mandante, seis (6) días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, el globo de terreno descrito en el hecho 16o. de esta demanda, que viene ocupando como consecuencia de la apertura de la calle 18D.

"PETICIONES SUBSIDIARIAS

"1. En el evento de que el municipio demandado, se halle imposibilitado de entregar a mi mandante el globo de terreno a que se refiere la petición octava (8a.) de esta demanda, por tratarse de un bien de uso público, pido al señor Juez, que condene al municipio demandado a lo siguiente:

"Condenar al municipio de Villavicencio a pagar a mi mandante doctor *Hernando Cala y Barbosa,* seis días después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, el valor de dicha zona de terreno a razón de veinte pesos moneda corriente ($ 20.00) vara cuadrada o el mayor o menor valor que dentro del juicio se establezca.

"2. Para el evento que el municipio demandado, pretenda desconocer su obligación de entregar, diciéndose poseedor o tenedor, del bien materia del litigio, ruego al señor Juez, que como subsidiaria de la petición séptima de esta demanda, se haga la siguiente:

"Condenar al municipio de Villavicencio a restituir a mi mandante, seis después de la ejecutoria de la sentencia que así lo decrete, el

globo de terreno descrito en el hecho catorce de esta demanda, por la situación y linderos allí determinados, junto con todas sus construcciones y anexidades e inmuebles por adherencia, bien como consecuencia de la acción reivindicatoria o alternativamente como consecuencia de la de RECOBRO, prevista en el art. 971 del C. C.".

Los hechos constitutivos de la *causa petendi* se pueden sintetizar así: 1o. Por escritura pública 735 otorgada en la Notaría de Villavicencio el 20 de julio de 1947, se constituyó la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A.; 2o. por escritura 1290 otorgada en la misma Notaría el 20 de diciembre de 1948 el municipio de Villavicencio transfirió a título de permuta a la mencionada sociedad el derecho de dominio sobre un lote de terreno ubicado en el área urbana del mismo municipio, conocido con el nombre de "Nuevo Matadero", con todas sus mejoras, anexidades e inmuebles por adherencia y comprendido dentro de los linderos que se indican en este hecho; 3o. dicho inmueble mide aproximadamente cuatro hectáreas y en él se encuentra un cobertizo de madera, cubierto con lámina eternit, construcción que tiene diez y seis noventa metros de ancho por treinta y tres cuarenta metros de largo, con pisos de cemento, dos albercas, con dotación de tubería galvanizada, instalaciones eléctricas, varios botalones, y está destinada al sacrificio de ganados; 4o. la alindación del predio relacionada en el hecho primero por sus puntos cardinales es la misma que se ofrece en este hecho y en el título de tradición del dominio a la sociedad; 5o. según el contrato de permuta de que se ha hecho referencia, el municipio tratante se obligó a entregar la totalidad del inmueble y a buscar una solución con terceros ocupantes de dicho globo, obligación que no ha cumplido pese a los requerimientos que se le han hecho para el efecto; 6o. la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., después de haber funcionado de acuerdo con su objeto, entró en liquidación por decisión de la Asamblea General de Accionistas, protocolizada por escritura 1613 del 22 de noviembre de 1954 y de la Notaría de Villavicencio; 7o. por escritura 4189 otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá el 12 de agosto de 1955, la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., en liquidación, "se obligó a transferir todos sus bienes" muebles e inmuebles al Banco de Colombia S. A. a título de dación en pago, tradición que se realizó por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos de Villavicencio; 8o. entre los bienes sobre que versa la aludida dación en pago quedó incluído el inmueble a que se refieren los hechos 2o. a 4o. del libelo 9o. por contrato de permuta contenido en la escritura 4190 del 12 de agosto de 1955 otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá y debidamente inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos de Villavicencio, Hernando Cala y Barbosa adquirió, entre otros bienes, el derecho de dominio sobre el mencionado globo de terreno denominado "Nuevo Matadero" antes enajenado por el municipio de Villavicencio; 10a. este municipio fue socio fundador y accionista de Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., calidad que tuvo hasta la liquidación definitiva de esta, en la cual intervino su Personero municipal debidamente autorizado, quien participó en las decisiones de la Asamblea General de Accionistas y ratificó el acta que autorizaba a la sociedad para la dación en pago que esta le hizo al Banco de Colombia; 11o. Hernando Cala y Barbosa es titular del dominio del terreno Nuevo Matadero, con todos sus inmuebles por adherencia desde el 12 de agosto de 1955; 12o. desde tal fecha el nombrado Cala y Barbosa, por diferentes medios, y en varias oportunidades, requirió a los representantes legales del municipio de Villavicencio para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, tales la entrega material de dicho bien o el pago de un arrendamiento justo; 13o. las autoridades del municipio, aún aceptando la existencia de sus obligaciones, han eludido el arreglo directo de la situación creada por la no entrega de los bienes de que se viene haciendo mención; 14o. el municipio de Villavicencio retiene un globo de terreno que es parte integrante del inmueble que enajenó por la escritura 1290 de 1948 y que tiene una extensión mayor de media hectárea, en la que se encuentra el cobertizo con todas las instalaciones mencionadas en el hecho 3o., porción cuyos linderos particulares se indican; 15o. el municipio viene explotando por intermedio de sus agentes el bien relacionado en el punto anterior y prestando en él servicios de matadero público con una ganancia superior a $ 8.000.00 mensuales, desde el 12 de agosto de 1955; 16o. también construyó el municipio dentro del predio Nuevo Matadero una calle pública, de oriente a occidente, que es prolongación de la calle 18 D, desde la carrera 26 B o Avenida Eduardo Santos, en extensión aproximada de mil varas cuadradas, ocupando así sin formalidad legal alguna terrenos del actor, a lo que se agrega que dicho municipio tampoco cumplió su deber de conservar el bien permutado hasta la entrega, por lo cual, a conse-

cuencia de su negligencia y descuido, varios terceros ocuparon parte del inmueble; 17a. se repite que el municipio viene explotando en su exclusivo provecho bienes de propiedad del actor, sin reconocerle retribución alguna y en contravención a sus obligaciones; 18a. el actor tiene interés jurídico para instaurar las acciones del libelo, como causahabiente que es del Banco de Colombia, de la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. y del municipio demandado; 19o. los frutos producidos por el inmueble permutado pertenecen al actor desde el 12 de agosto de 1955 hasta que el municipio le haga entrega del mismo; 20o. el municipio no sólo incumplió su obligación de entregar la cosa permutada, sino que en esta continuó una explotación idéntica a la que realizaba la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., de la cual aquel era socio fundador y, además, recibió por el inmueble Nuevo Matadero 3.200 acciones de la misma; 21o. el municipio está obligado a entregarle al actor la totalidad del inmueble permutado y a pagarle el precio del terreno ocupado por la calle pública, caso de que este ya no pueda ser restituído por tener la calidad de bien de uso público; 22o. el municipio debe indemnizar los perjuicios que ha causado por la no entrega de la cosa permutada y por el descuido en su conservación que ha permitido la ocupación de parte de ella por terceros; 23o. el municipio está sujeto al derecho común; 24o. nadie puede enriquecerse a expensas de otro y el municipio, como parte del Estado, está obligado constitucionalmente a amparar los bienes de los particulares.

Notificado el municipio de la anterior demanda, se abstuvo de contestarla.

La sentencia de la primera instancia negó todas las súplicas del libelo y, apelada por el actor, fue confirmada por el Tribunal Superior de Villavicencio en el fallo materia del presente recurso extraordinario.

LA MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

Relacionado el desarrollo del juicio, el Tribunal entra a fundar su pronunciamiento.

Con miras a averiguar si es procedente la acción de indemnización de perjuicios instaurada contra el municipio demandado por la falta de entrega del inmueble a que se refiere el libelo, se pregunta el Tribunal si realmente aquel estaba obligado o no a hacer dicha entrega.

Verifica el hecho de que tanto las partes como el Juez del conocimiento han considerado que el contrato consignado en la escritura 1290 del 20 de diciembre de 1948 es de permuta o venta, calificación esta que encuentra desacertada, porque en su sentir, se trata de "un contrato de aporte". El Concejo Municipal de Villavicencio por Acuerdo No. 4 del 18 de junio de 1947 autorizó al Personero para "suscribir a nombre del municipio la escritura de constitución de la sociedad denominada 'Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A.' hasta la cantidad de cincuenta mil pesos ($ 50.000.00) moneda corriente en dinero efectivo, más la suma de pesos en que se avaluó por peritos el lote de terreno y las mejoras existentes en el globo de tierra llamado Nuevo Matadero de propiedad del municipio de Villavicencio", y por Acuerdo No. 19 del 16 de enero de 1948 se facultó al Personero "para suscribir, a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., dicha finca por su previo avalúo, recibiendo en pago acciones de la sociedad compradora computadas a su valor nominal". Agrega que sostener lo contrario sería tanto como pregonar la nulidad del contrato en cuestión, por haberse excedido el Personero en el ejercicio de las autorizaciones conferidas.

De lo anteriormente expuesto, concluye el sentenciador que las reglas que gobiernan el contrato en cuestión no son las de la compraventa ni las de la permuta, sino las propias de los aportes en sociedad. "Ahora bien, el socio aportante sólo responde de perjuicios en caso de evicción y esta, al tenor del art. 211 (sic) del C. C., en concordancia con el 1894 de la misma obra, debe ser declarada por sentencia judicial, y el actor hasta ahora, no ha demostrado haber sufrido evicción o a lo menos no ha traído la prueba de ello... En este orden de ideas, no es de recibo en tratándose de un contrato de aporte hablar de perjuicios, mientras en sentencia judicial no se hubiere declarado la evicción".

Encuentra además el Tribunal que la entrega del inmueble aportado por el municipio a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. se subordinó a una condición suspensiva: "que el Frigorífico construya y dé al servicio el matadero que se propone establecer", de donde se deduce que mientras no se cumpla

esta condición, dicho municipio no está obligado a hacer la referida entrega.

A este respecto, después de relacionar y comentar el acervo probatorio, considera que este no establece el cumplimiento de la referida condición, o sea "que la sociedad hubiera construido un matadero donde se procesaran carnes en un frigorífico, sino que se trata de un matadero común". Y, seguidamente, concluye: "Por lo demás, la condición de que se ha hecho mérito se estableció a favor del municipio y debe tenerse por fallida, pues el contrato entre este y la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. se hizo en consideración a la práctica y conocimientos de la sociedad que debía presumirse experta en la materia; y cuando un contrato se concluye *intuitu personae'*, se encuentra automáticamente rescindido por la muerte de la persona en consideración de la cual se había celebrado, todo en conformidad con el art. 1537 del C. C. Y como resulta cierto y evidente que la condición en cuestión no podrá cumplirse, entonces ni el Matadero ni sus causahabientes (sic) pueden exigir al Municipio la referida entrega. Parece anómalo que teniendo la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., el dominio, hoy sus causahabientes, el actor no pueda gozar de los atributos de ese dominio entre los cuales está el *jus fruendi;* pero esta anomalía es solo aparente porque si el minicipio goza de la tenencia y administración del matadero, sin tener el dominio, se debe a que no se ha ejercitado la acción resolutoria del contrato mediante el cual hizo el aporte sujeto a la condición de que se construyera el Frigorífico... ejercitada la acción resolutoria la tenencia del municipio se convertiría en posesión respaldada por el dominio".

Por otra parte, estima el fallo que el liquidador de la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. al celebrar la dación en pago con el Banco de Colombia no podía entregarle a este más de lo que ella tenía, "y si esta, como quedó visto, no tenía la tenencia del bien, mal podía entregarlo, o sea que el actor, como causahabiente que es de aquella sociedad, no está legitimado en causa para pedir la entrega".

En fin, considera el sentenciador que deben despacharse desfavorablemente las tres primeras súplicas del libelo; como también la cuarta porque la escritura 1290 de 1948 expresa que "el Municipio entregó a la sociedad el inmueble cuyo dominio transfiere"; la quinta por ser consecuencia de la anterior; la sexta porque el municipio se reservó el goce del bien aportado, o sea que "se trata de una retención pactada"; la séptima, por la misma razón; y la octava "por no haberse determinado en el libelo la zona por su situación y linderos, y también por no haberse determinado su valor".

Por lo que hace a las peticiones subsidiarias la primera queda resuelta en el punto anterior, y la segunda como todas las demás debe despacharse desfavorablemente en razón de que aquí no se ejercitó la acción reivindicatoria y de que la consagrada en el art. 971 del C. C. tiene tramitación especial".

LA IMPUGNACION

Interpuesto el recurso extraordinario por el actor fúndase en demanda que contiene siete cargos en la órbita de la causal primera de casación, los que se examinan en el orden lógico que impone su despacho.

PRIMER CARGO

Dice quebrantados directamente, por aplicación indebida, los arts. 1894, y 2111 del C. C., y, por falta de aplicación, los 717, 718, 1880, 1882, 1956 y 1958 del mismo Código y el 11 de la Ley 71 de 1916.

Transcribe el paso del fallo acusado en que este rectifica la calificación que las partes y el Juez del conocimiento hicieron del contrato consignado en la escritura pública 1920 de 1948 como de compraventa o permuta, en el sentido de declarar que en realidad este es un "contrato de aporte" y concluye que el socio aportante sólo es responsable ante la sociedad de los perjuicios que se le causen en caso de evicción, la que de conformidad con el art. 211 (sic) del C. C., en concordancia con el 1894 ibídem, debe ser declarada por sentencia judicial. "En este orden de ideas —concluye el fallo— no es de recibo en tratándose de un contrato de aporte hablar de perjuicios, mientras en sentencia no se hubiera declarado la evicción".

Considera el censor que la referida calificación del Tribunal es equivocada, pues los elementos esenciales de la convención celebrada en el mencionado instrumento en verdad configuran la permuta de un inmueble por tres mil doscientas acciones de una sociedad anónima. Siendo esto así, el sentenciador habría dejado de aplicar "las normas pertinentes a este con-

trato", tales los arts. 1880, 1882, 1955, 1956 y 1958 del C. C. como también el 11 de la Ley 71 de 1916.

De otro lado, al suponer el fallo un "contrato de aporte", también habría incurrido en error jurídico consistente en aplicarle a este preceptos legales que tocan con aspectos no invocados en la demanda, como lo es el de la evicción del aporte a una sociedad, regida por el art. 2111 del C. C., en concordancia con el 1894 del mismo. "La no entrega de la cosa aportada, —dice el recurso— se halla reglada por el art. 2109 del C. C. siguiendo los criterios directrices de la responsabilidad civil contractual, cuando el deudor no cumple con una obligación de resultado. Se presume la culpa del deudor. Luego, no es verdad que el socio aportante sólo es responsable civilmente en los casos de evicción, como lo anota la sentencia censurada. Todo el que transmite el derecho de dominio de un cuerpo cierto, tiene la obligación concreta de hacer la entrega material del mismo en su totalidad al adquirente. A los causahabientes de éste se transmite igualmente el derecho de reclamar la entrega total de la cosa materia de la prestación. No entregar la cosa aportada, vendida o permutada, o enajenada a cualquier título, es una cuestión bien distinta a la prevista en el art. 2111 del C. C.... La persona jurídica es titular del derecho de dominio de la cosa aportada en propiedad. Y si no cumple esa obligación (la de entregar), debe responder en los términos del art. 2109 del C. C., por haber retardado la entrega. En este evento, el Tribunal ha debido aplicar esta norma, si consideró que era un contrato de aporte y no una permuta. Nadie invocó en la demanda la evicción: se invocó el pago de frutos, el pago de perjuicios por la retención de la cosa materia de la obligación de entregar, y la entrega de la cosa, aspectos muy distintos a los reglamentados por el precepto contenido en el art. 2111 del C. C. El demandante es causahabiente a título singular del Banco de Colombia, y este del "Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A." entidad esta última que adquirió el dominio del predio "Nuevo Matadero", como consecuencia de un negocio jurídico válido con el municipio demandado".

También expresa el cargo: "El pago de frutos no tiene carácter indemnizatorio. A menos que sea considerado este pago como un equivalente de los frutos que hubiera percibido el propietario directamente. La indemnización o pago de un perjuicio tiene una fuente concreta de la obligación: EL DAÑO, la lesión de un derecho subjetivo relativo o de un derecho subjetivo absoluto. Las cosas deben fructificar para su dueño, por esto, si otro disfruta de la cosa ajena, debe pagar los frutos al titular del derecho". Aunque no se dice expresamente, parece que estas últimas razones se enderezan a fundar la acusación de quebranto de los arts. 717 y 718 del C. C., por falta de aplicación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Según se ve, este primer cargo de la demanda involucra tres motivos o cuestiones distintas que requieren examen separado, a saber:

I.- Error jurídico en cuanto a la calificación como "contrato de aporte" que le diera el Tribunal al celebrado entre el municipio demandado y la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., mediante la escritura 1290 de 1948.

Se considera:

1. El art. 2079 del C. C. define: "La sociedad o compañía es un contrato por el cual dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación". Y la doctrina tiene bien declarado que, según la definición transcrita, los elementos esenciales del referido contrato son: 1o. pluralidad de personas; 2o. aporte de bienes o de industria por todas y cada una de ellas; 3o. el fin especulativo; 4o. la participación de los asociados en las utilidades o pérdidas de la sociedad, y 5o. el ánimo de asociación.

2. Constituída una sociedad con sus precitados elementos esenciales, puede ocurrir que a ella ingresen posteriormente personas distintas de sus fundadores, bien sea por el traspaso del interés social de éstos, o bien por el aumento del número de socios sin que se operen mutaciones en cuanto al interés de los socios existentes al ingresar los nuevos. En cualquiera de estos dos supuestos necesariamente tienen que darse respecto de los socios ingresantes las condiciones esenciales del contrato de sociedad, tales como el ánimo especulativo, el de asociación y la real participación en los resultados económicos de esta, pues sólo así ellos adhieren a la sociedad. Y en lo que toca con los aportes cabe distinguir si se trata o no de transferencia del interés social de socios anteriores: en el primer caso estos quedan total o parcial-

mente sustituidos por sus causahabientes en dicho interés y en los aportes respectivos, al paso que en el segundo se requiere que los socios nuevos, a su vez, aporten bienes o industria, por ser este requisito indispensable para que alguien se repute partícipe en un contrato de sociedad.

3. En las sociedades anónimas tienen que ofrecerse todos los elementos esenciales del contrato de sociedad, entre ellos el de los aportes por todos y cada uno de los socios, aportes aquí representados en *acciones*, las que pueden ser suscritas por los fundadores en el acto de la constitución de la sociedad, o con posterioridad por estos mismos o por terceros, hasta que las suscripciones copen el capital autorizado inicialmente y sus aumentos. Pero, en todo caso este acto es un contrato que siempre le impone al suscriptor la obligación de hacer un aporte, según definición del art. 70 del Decr. 2521 de 1950 "La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento de suscripción respectivo, y esta se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente".

4. Como es obvio, las acciones todavía no suscritas y que la sociedad mantiene en reserva para su ulterior colocación no constituyen un bien patrimonial de esta, carácter que solamente adquieren cuando ya representan una parte del capital suscrito.

5. Lo últimamente dicho muestra a las claras la diferencia específica que existe entre una permuta y un contrato de suscripción de acciones en una sociedad anónima. Para que se configure la primera cuando una de las partes se obliga a dar acciones de dicha clase, es necesario que estas ya estén suscritas, o sea que realmente constituyan un bien patrimonial de efectivo contenido económico cual es el respectivo interés social o participación en el fondo social, bien sea que las mismas se encuentren en poder de accionistas, quienes pueden negociarlas, o bien que hayan retornado por readquisición a la sociedad emitente, evento este último en que los derechos que ellas importan quedan en suspenso hasta su nueva colocación. Por el contrario, cuando las acciones que se obliga a dar la sociedad a cambio de un bien llamado a ingresar a su fondo todavía no representan una participación en este, sino que precisamente es el aporte de ese bien el que ha de venir a darles valor patrimonial, se trata de un típico contrato de suscripción de acciones.

6. En el caso *sub lite*, mediante la escritura pública 1290 de 1948 la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. le dio al municipio demandado el título 201, representativo de 3.200 acciones de aquella, *hasta entonces no colocadas*, a cambio del predio Nuevo Matadero cuyo dominio ingresó como aporte a la misma sociedad, todo lo cual se colige claramente de los documentos insertados en dicha escritura. Luego el contrato en cuestión no fue de permuta, sino de suscripción de acciones, como acertadamente lo calificó el Tribunal. No incurrió, pues, este en los errores interpretativos que se le imputan al respecto, ni en el quebranto de los arts. 1880, 1882, 1955, 1956 y 1958 del C. C. y del 11 de la Ley 71 de 1916, normas pertinentes a la compraventa y a la permuta, mas no a la sociedad.

II. Considerado el contrato en cuestión como de suscripción de acciones, según el recurso el fallo habría incurrido en el error jurídico de reducir la responsabilidad del socio aportante al caso de la evicción, contemplado en el art. 2111 del C. C., excluyendo así la que al mismo correspondería por el incumplimiento de la obligación de entregarle su contingente a la sociedad, hipótesis traída por el art. 2199 ibídem.

Se considera:

1. La sociedad, en lo que toca con el aporte de dinero o de otros bienes, bien sea en propiedad o en usufructo (C. C. arts. 2081 y 2108), al igual que la compraventa, la permuta o cualquier otro contrato traslaticio, genera una obligación *de dar* que contiene la *de entregar* la cosa o cosas, obligación esta última cuyo cumplimiento le confiere al adquirente la posesión útil de las mismas (ibídem art. 1608) y la obligación de mantener a este adquirente en dicha posesión útil y pacífica que a su vez, se traduce en el saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios (ibídem, arts. 1880, 1893, 2111, etc.).

2. Que la obligación *de dar* cuyo objeto es genéricamente, la transferencia del dominio o de otros derechos reales, implica la consiguiente obligación de *entregar* la cosa, resulta indiscutible con el sólo tener en cuenta que el pago o solución de aquella ha de realizarse mediante la tradición, así definida por la ley: "La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el

dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo". (C. C. art. 740). Y cobra aún mayor relevancia la mencionada obligación de *entregar* cuando esta subsiste después de satisfecha la *de dar*, como sucede en tratándose de bienes inmuebles, respecto de los cuales la tradición se realiza jurídicamente con la inscripción del título en el registro (ibídem art. 756), pudiendo quedar la cosa en poder del tradente, quien, entonces, debe entregarla materialmente para colocar al adquirente en la posesión útil de la misma. La subsistencia de esta obligación de *entregar* está expresamente contemplada en el art. 887 del C. J.

3. Ahora bien, la obligación de entregar cosa produce como efectos principales, al igual que cualquiera otra obligación, los correlativos derechos del acreedor a exigir su cumplimiento o la indemnización de perjuicios por la inejecución total o parcial de la misma, o por su ejecución imperfecta o retardada. En consecuencia, al contraer el socio la obligación de aportar bienes a la sociedad, debe entregárselos a esta en la forma y tiempo debidos, pues de no hacerlo así, queda expuesto a la acción de cumplimiento y, una vez constituido en mora, a la de indemnización de los perjuicios que le haya ocasionado a la sociedad, tanto los moratorios, como los compensatorios (C. C. arts. 1613, 1614, y 1615). Esto último es lo que, por aplicación concreta dispone el art. 2109 de la obra citada, a cuyo tenor: "El socio que aún por culpa leve ha retardado la entrega de lo que le toca poner en común, resarcirá a la sociedad todos los perjuicios que le haya ocasionado el retardo". Más claramente no podía expresar este texto legal que los socios están obligados a entregar al ente social los bienes materia de sus aportes, so pena de incurrir en responsabilidad, hipótesis que, según quedó dicho, es bien diferente de la contemplada por el art. 2111 ibídem que se refiere al saneamiento por la evicción de la especie ya aportada efectivamente.

4. Razón tiene, pues, la censura al impugnar la desacertada tesis jurídica sentada al respecto por el Tribunal. Mas esto no quiere decir que dicha censura haya de prosperar, porque ella reduce sus acusaciones y, por ende, el ámbito decisorio de la Corte, al quebranto de los mencionados arts. 2109 y 2111 del C. C., que se dicen violados: el primero por falta de aplicación, y por indebida aplicación el segundo, acusaciones estas que resultan infundadas, como se verá en seguida:

5. La doctrina suele explicar el funcionamiento o aplicación de las leyes, a manera de símil, como un silogismo cuya premisa mayor es la ley, cuya premisa menor es la situación fáctica o social que ella pretende gobernar y cuya conclusión es el efecto jurídico previsto por la misma, el que puede consistir en una sanción, en la atribución de un derecho, en la imposición de una obligación, etc. De suerte que aplicar la ley es deducir los efectos que ella prevé y así, en el campo del recurso extraordinario de casación, dícese que un fallo la quebranta por falta de aplicación cuando descarta los efectos de esta siendo pertinentes, o que la viola por aplicación indebida cuando hace operar esos efectos respecto de situación fáctica para la cuál no están previstos.

En el presente caso, el sentenciador dijo que no había lugar a deducir responsabilidad a cargo del municipio demandado de conformidad con el art. 2111 del C. C., porque en los autos no aparece establecida la evicción contemplada en ese texto legal, o sea que no lo aplicó. Por lo tanto la censura de aplicación indebida del mencionado artículo es del todo impertinente.

6. En lo que toca con el art. 2109 que es el otro que el recurso dice violado por falta de empleo, la censura es también inane, ya que, por razones diversas de las que tuvo el Tribunal, encuentra la Corte que este precepto es inaplicable en el caso *sub lite*.

7. En primer lugar, el demandante en el presente juicio no estaba legitimado para incoar la acción personal de entrega de todo o parte del aporte que el municipio demandado le hizo a Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. según la escritura 1290 de 1948, y, consecuencialmente, tampoco lo estaba para ejercitar la acción indemnizatoria sucedánea de aquella otra y de que trata el citado art. 2109. Celebrado un contrato, las obligaciones que este genera se forman entre los contratantes, quienes así adquieren o la calidad de deudores de dichas obligaciones o la correlativa de acreedores de las mismas, calidad esta última que conservan hasta que el respectivo vínculo personal se extinga, o hasta que el crédito se traspase por causa de muerte de su titular o por la cesión que este realice por acto entre vivos, en principio de conformidad con las reglas del capítulo 1o. título 25, libro 4o. del C. C.

Dicho está que por la escritura 1290 de 1948 el municipio demandado contrajo la obligación de darle a la sociedad Matadero Frigorí-

fico de Villavicencio S. A. un inmueble denominado Nuevo Matadero. A lo que se agrega, como adelante se verá, que la entrega de una porción de tal bien se subordinó a una condición suspensiva. Resulta, pues, que el titular originario del crédito correlativo a dicha obligación lo fue la mencionada sociedad. Posteriormente, por escritura 4189 otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá el 12 de agosto de 1955, esta hizo al Banco de Colombia una dación en pago de los bienes relacionados en ese instrumento, entre los cuales se hicieron figurar el inmueble Nuevo Matadero y una serie de créditos que no incluye el que la sociedad tenía con el municipio de Villavicencio para la entrega de aquella parte del referido inmueble cuya tenencia conservó el deudor bajo condición suspensiva. En tales circunstancias, es palmario que el Banco de Colombia no adquirió dicho crédito, sino que este continuó radicado en la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. Tanto así lo entendió el Banco que en el contrato de permuta celebrado con el actor en este juicio, mediante escritura pública 4190 otorgada el 12 de agosto de 1955 en la Notaría 2a. de Bogotá, se dijo lo siguiente: "Tanto el Banco como Cala y Barbosa declaran que han recibido a su satisfacción los bienes que a cada uno de ellos se le enajenan por medio de esta escritura y que si respecto de los inmuebles relacionados en los ordinales c) y d) de este instrumento se presentare alguna dificultad de orden material o legal en relación con la tenencia o posesión material de ellos, corresponderá a Cala y Barbosa gestionar las diligencias necesarias para obviarlas, sin responsabilidad alguna del Banco en relación con el desarrollo y resultado final de estas gestiones ya que el saneamiento a que el Banco se obliga se refiere al dominio de los bienes pero no a su tenencia y posesión material". El aludido ord. c) se refiere precisamente al inmueble Nuevo Matadero. En suma: ni Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. le cedió al Banco de Colombia su crédito contra el municipio demandado relativo a entrega del predio Nuevo Matadero o de parte del mismo, ni dicho Banco le cedió ese crédito, que no había adquirido, a Cala y Barbosa. Carece este, por consiguiente, de legitimación en causa para exigirle al municipio demandado el pago del referido crédito, como también para ejercitar contra el mismo la acción subsidiaria de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la obligación. Con otras palabras: a términos del art. 2109 del C. C., invocado por la censura, el titular del derecho a reclamar la entrega del aporte de los socios y la indemnización de perjuicios allí contemplada es la sociedad y, desde luego, los causahabientes de ella en tal preciso derecho. Y, como en los autos no se encuentra establecido que el actor Cala y Barbosa haya adquirido ese derecho crediticio a ningún título, el dicho art. 2109 no podía ser aplicado en su favor.

8. Para el recto entendimiento del despacho desfavorable de la censura dentro de la preceptiva del recurso extraordinario, se aclara que la Corte no quiere significar que el actor Cala y Barbosa, en su condición de propietario del inmueble Nuevo Matadero, adquirido por él en virtud de permuta con el Banco de Colombia, debidamente registrada, carezca de la acción de dominio para perseguir dicho bien en cualesquiera manos en que se encuentre, inclusive respecto del municipio demandado quien se lo había enajenando a Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. y este al mencionado Banco. "Bien sabido es —ha dicho la Corte— que en nuestro ordenamiento civil la transferencia del dominio sobre bienes inmuebles por acto entre vivos se opera por virtud de un contrato translaticio solemne (título), como lo es la compraventa, y por su competente registro (modo). Surtidos estos dos actos sucesivos en las condiciones legales, entre los que está la titularidad del derecho por parte del tradente (art. 752), el adquirente se hace dueño de la cosa con todos los atributos y facultades inherentes a esa calidad, como la de perseguirla en cualesquiera manos en que se encuentre, para cuyo efecto se le otorga precisamente la acción reivindicatoria (art. 946). Por manera que esta acción es un atributo propio del derecho real de dominio y que compete al titular de este por el solo hecho de serlo".

Y agrega: "Al otorgarle el art. 946 esta acción al dueño de cosa singular 'de que no está en posesión' adoptó la fórmula del proyecto inédito de Bello que sustituyó la consignada en el de 1853 (art. 1030) que expresaba: 'cuya posesión ha perdido'. De esta suerte quedó clara y acertadamente definida la milenaria polémica doctrinal acerca de si para la procedencia de la reivindicación era o no necesario que el actor ya hubiera entrado en posesión de la cosa v. gr. porque le hubiera sido entregada por su tradente y que posteriormente hubiera perdido dicha posesión. Se dice que la solución de nuestro Código es la acertada, porque se repite que la acción reivindicatoria emana directamente del derecho de dominio y, además, porque en el sistema del mismo Código este derecho se adquiere mediante la sola inscripción

registral del título traslaticio en tratándose de inmuebles, o por una tradición ficta o simbólica de los bienes muebles" (Casación 25 febrero de 1969, juicio de María Elena Murillo de Gutiérrez y otros frente a Susana Camacho Ramírez y otro, aún no publicada).

Pero, las precitadas cuestiones a que se refiere la doctrina transcrita no son las que se debaten en la censura que se viene examinando. El fallo acusado se pronunció con razones desacertadas sobre la acción personal de entrega que pudiera tener Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. contra el Municipio demandado y sobre la acción también personal de indemnización de perjuicios por la falta de esa entrega, pero expresamente dijo que no era el caso de pronunciarse acerca del derecho de dominio del actor Cala y Barbosa ni de la acción reivindicatoria emanada de este derecho.

Y el recurrente de su lado, tampoco formuló ataque alguno por este último aspecto de la acción de dominio, sino que, circunscribiendo las posibilidades decisorias de la Corte, enfocó sus censuras a través de los arts. 2109 y 2111 del C. C. que, se repite, contemplan acciones personales, campo en que estas censuras no pueden prosperar por las razones ya expuestas.

9. Para mayor abundamiento se agrega que, aún en el supuesto de que el actor en este juicio fuese titular legítimo de la acción personal indemnizatoria que consagra el art. 2109 del C. C., tal precepto también resultaría inaplicable en el caso *sub lite,* porque dicho actor no acreditó, según lo ofreciera en su libelo, haber requerido al Municipio demandado para constituirlo en mora. Este requisito está perentoriamente ordenado por el art. 1615 ibídem que sienta regla general así: "Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituído en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención". Y como la obligación principal que aquí se dice infringida por el municipio demandado es una obligación positiva y además subordinada a una condición suspensiva, la constitución en mora de aquel debió hacerse mediante requerimiento judicial, según lo preceptuado por el art. 1608, 3a. ibídem que, a vuelta de declarar que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, o cuando ha dejado pasar el tiempo dentro del cual debía ser cumplida, agrega que "En los demás casos cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

III. En fin, imputasele al fallo acusado infracción de los arts. 717 y 718 del C. C., pues según dice el censor "las cosas deben fructificar para su dueño, por esto si otro disfruta de la cosa ajena debe pagar los frutos al titular del derecho".

Se considera:

1. Bien declarado lo tiene la doctrina que el motivo de casación que consiste en que el fallo acusado haya dejado de aplicar a la situación sub lite el régimen legal que le es pertinente, impone la necesidad de que si este régimen legal no está contenido en un solo precepto, sino que resulta del conjunto de varias normas que se integran entre sí para formar lo que se llama "la proposición jurídica completa", la impugnación debe formular esta proposición, indicando todas las disposiciones legales que la integran y demostrando su quebranto por el sentenciador. La deficiencia del recurso a este respecto lo condena al fracaso.

2. La censura que se examina, a manera de alegato de instancia, ofrece este planteamiento: "las cosas deben fructificar para su dueño, por esto si otro disfruta de la cosa ajena, debe pagar los frutos al titular del derecho". Y adelante se limita a decir violados por el fallo acusado los arts. 717 y 718 del C. C. El primero de estos da la noción de los frutos civiles y el segundo le atribuye al dueño de la cosa fructífera el derecho a los mismos, salvas las excepciones legales. Evidentemente estos dos textos no estructuran una proposición jurídica completa para los fines que busca la censura y que consisten en que se declare que el Municipio demandado debe pagarle ciertos frutos al actor desde que este se hizo dueño del predio Nuevo Matadero. Otros son los preceptos legales que le imponen al poseedor o al detentador de cosa ajena esa obligación específica de pagarle los frutos al dueño, preceptos estos que la censura ni siquiera cita ni cuya violación podía la Corte averiguar, dada la índole estricta del recurso.

El cargo no prospera.

Segundo cargo:

Por la vía indirecta y basada en error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda, esta censura dice quebrantados los arts. 1894 y 2111 del C. C. por aplicación indebida; los 756, 713, 717, 718, 1872, inc. 2o., 1880, 1882,

1955, 1956, 1958 y 2108 ibídem, y los 472 y 593 del C. J. por falta de aplicación.

Transcribe el censor las peticiones primera, segunda y tercera del libelo en que se impetra la condenación al Municipio demandado a pagarle al actor los frutos naturales y civiles de la parte del predio Nuevo Matadero que aquel retiene, desde el 12 de agosto de 1955 hasta la fecha en que se realice la entrega de dicha parte.

Parece de la redacción de la censura que el yerro interpretativo que se le imputa al fallo es el de haber confundido los conceptos jurídicos de *frutos* y de *perjuicios*. "Según la doctrina clásica, —dice el impugnante— fruto es todo lo que una cosa produce y reproduce periódicamente... Nuestro estatuto civil llama frutos civiles los precios, pensiones, cánones de arrendamiento o censo, los intereses de capitales. Luego quien usa una cosa ajena, debe pagar por ese uso y goce, art. 717 del C. C. El perjuicio es un elemento de la responsabilidad civil, y viene a estar constituído por un menoscabo patrimonial. Algunos autores lo consideran sinónimo del daño. Otros consideran el *daño*, como fuente de la responsabilidad, como hecho jurídico generador de esta, como fuente de obligaciones. De esto se infiere que son nociones conceptuales distintas, son categorías jurídicas diferentes.

Adelante agrega: "No se discute en este proceso, si la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. cumplió o no cumplió un contrato. Lo cierto es que el Municipio demandado, retiene en su beneficio un bien de cuyo dominio se desprendió legítimamente. Se pide que el Municipio que usa y goza de una cosa que no le pertenece, pague los frutos de ella, y la restituya a su legítimo dueño. El Tribunal, al interpretar la demanda, desvía las pretensiones de la misma, para apreciar factores y circunstancias diversas, ignorando la peticiones 1a., 2a. y 3a., que en forma concreta se refieren al pago de los frutos. Esto implica un error manifiesto de hecho en la interpretación del acto que sirve de base a la relación jurídico procesal..."

SE CONSIDERA

I. Bien repetido lo tiene la Corte que el error de hecho considerado como punto de partida de una de las especies de la causal primera de casación solamente se configura cuando el sentenciador ha supuesto un medio probatorio que no existe en los autos o cuando ha preterido el que sí obra en ellos, hipótesis estas que comprenden la adulteración de dicho medio por la agregación de un contenido que no tiene (suposición) o por cercenamiento de parte del mismo (preterición). De otro lado, como lo requiere la ley, el referido error ha de ser *manifiesto*, vale decir, *evidente*, perceptible a simple vista, pues si su demostración requiere denodados esfuerzos dialécticos y argumentos diversos de los que tocan con la objetividad misma del medio en cuestión, la apreciación del sentenciador no puede ser modificada por la Corte, sencillamente por no ser *contraevidente*.

II. Admitido por la Jurisprudencia que el referido error manifiesto de hecho puede ser relevante en el recurso extraordinario cuando versa sobre la demanda, por la trascendencia que los elementos fácticos de esta alcanzan en la litis contestación, la naturaleza y las características del mismo antes indicadas han de ofrecerse también en este terreno. Dicho error ha de consistir en que el sentenciador haya cercenado el contenido de la demanda o en que le haya agregado elementos que no están en ella. Además, estos precisos vicios de apreciación también han de ser manifiestos en forma tal que su establecimiento pueda verificarse a simple vista y no mediante procedimientos deductivos o inductivos encaminados a desentrañarlos con mayor o menor dificultad.

III. Revive aquí el recurso la cuestión ya planteada por el mismo en su primer cargo, cual es la relativa a la obligación que tendría el Municipio demandado de restituirle al actor frutos percibidos por aquel con posterioridad a la adquisición por este del dominio del predio Nuevo Matadero. Sólo que ahora la censura en casación ya no se formula por la vía directa del yerro jurídico, sino por la indirecta del error manifiesto de hecho en la interpretación de los primeros tres pedimentos de la demanda que tocan con esa obligación restitutoria de frutos.

IV. De esperarse era, pues, que el censor, ciñéndose a la preceptiva técnica de la vía por él elegida, tratase de demostrar que el fallo acusado, de modo manifiesto o evidente, hubiera adulterado el contenido de los aludidos pedimentos, haciéndoles decir cosas que no están en ellos o mutilándoles las que sí enuncian. Pero no: lo que dicho censor pretende es demostrar un supuesto error fáctico a base de

consideraciones de índole jurídica que nada tienen que ver con él, tales como la oposición que, en el sentir del mismo, existiría entre las instituciones de los frutos civiles y de la responsabilidad civil. Falla, por tanto, el cargo desde su punto mismo de partida.

V. Por añadidura, el censor relaciona una serie de artículos del Código Civil, y del Judicial, los que dice violados sin entrar en demostración alguna al respecto. De tales artículos, en la explicación del cargo apenas sí se alude al art. 717 del primero de tales códigos para indicar el criterio legal de los frutos civiles. Pero, este texto, en cuanto sólo contiene una definición, no es sustancial en sentido técnico, pues no es atributivo de derechos objetivos o de obligaciones, ni modifica o extingue los ya existentes.

No hay, pues, cargo en forma.

Tercer cargo

Se hace consistir en el quebranto, por aplicación indebida, de los arts. 1894 y 2111 del C. C., y de los 756, 765, 713, 717, 718, 1621, 1622, 1872, 1880, 1882, 1955, 1956, 1958, 2108 y 2109 ibídem y de los 472 y 593 del C. J., por falta de aplicación, a consecuencia de manifiesto error de hecho en que el Tribunal habría incurrido al tipificar el contrato contenido en la escritura pública 1290 de 1948, por el cual el Municipio demandado le transfirió a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. el inmueble denominado Nuevo Matadero.

Los errores interpretativos, punto de partida de la acusación, estribarían en no haber tenido en cuenta el sentenciador el contexto de la mencionada escritura ni los otros documentos insertos en la misma, de los que resultaría que el contrato en ella consignado es una permuta y no un "contrato de aporte" según la calificación del sentenciador.

Consideraciones de la Corte

El precitado yerro hermenéutico que se le atribuye al fallo acusado ya fue ampliamente examinado con ocasión del primer cargo de la demanda, para llegar a la conclusión de la inexistencia del mismo, ya que, en la opinión de la Corte fundada en la organización de nuestro sistema positivo al respecto, el contrato que contiene la aludida escritura 1290 de 1948 realmente es el de suscripción de acciones en una sociedad anónima y no una compraventa o una permuta, como lo pretendieron las partes y el Juez del conocimiento.

Por consiguiente, no dándose el pretenso error, el cargo es impertinente.

Cuarto cargo

Denuncia quebranto por la vía indirecta de los arts. 752, 1530, 1536, 1537, 1609, 1894 y 2111 del C. C. por aplicación indebida; y de los arts. 756, 765, 713, 1539, 1618, 1622, 1880, 1882 y 2109 de la misma obra, por falta de aplicación. Dícense también violados los arts. 214, 472 y 593 del C. J. El punto de partida de la censura sería el de haber incurrido el fallo en errores de hecho y de derecho en la apreciación de la cláusula c) de la escritura 1290 otorgada en la Notaría de Villavicencio el 20 de diciembre de 1948.

Se transcribe la aludida estipulación así: "Las partes contratantes han convenido que el Municipio continúe usando y gozando el matadero que construyó y existe actualmente en servicio en el inmueble materia de esta convención hasta cuando la sociedad construya y dé al servicio el Matadero Frigorífico que se propone establecer, sin que por ello tenga que dar ni pagar nada a la sociedad...".

Dice el censor que el claro tenor literal de la cláusula transcrita indica que esta "simplemente estableció, por convenio entre los contratantes, que el Municipio continuara en calidad de tenedor, si así puede llamársele, de parte del bien enajenado, para usarlo y gozarlo durante un plazo indeterminado: hasta que se construyera el matadero y se diera al servicio. No tiene otro alcance..." Pero agrega que el Tribunal erró manifiestamente de hecho al suponer que el referido pacto implicaría una condición suspensiva del aporte prometido por el Municipio a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., en forma tal que esta solamente estaría llamada a adquirir el dominio del inmueble Nuevo Matadero o cuando "el Municipio esté dotado de un moderno matadero que funcione en forma permanente";

erró al calificar el hecho constitutivo de la pretensa condición "como una obligación a cargo de la mencionada sociedad de construir un matadero en donde se procesaran carnes en un frigorífico"; y erró al agregar que esta obligación así entendida era *"intuitu personae"* respecto de la sociedad.

En el sentir del recurso, la cláusula en cuestión no contiene una condición suspensiva o sea un evento futuro e incierto; el inmueble aportado ingresó, por tradición registral, al patrimonio de la sociedad; el pacto conforme al cual se autorizó al Municipio para continuar usando y gozando el matadero, hasta que la sociedad construyera y diera al servicio el que se proponía explotar constituiría "una concesión gratuita de la sociedad que no vincula a los terceros adquirentes del inmueble 'Nuevo Matadero', toda vez que estos no se hallan obligados a permitir el uso y goce de sus bienes. Extinguida la sociedad, cesó ese derecho de uso y goce del Municipio, porque los terceros no pueden quedar ligados por actos de liberalidad de otros".

Con apoyo en los denunciados errores de hecho que se vienen de sintetizar, el cargo se extiende en una serie de consideraciones enderezadas a demostrar lo que en él se llama "errores de derecho en la apreciación de la cláusula". Si, como quedó dicho, el inmueble aportado por el Municipio ingresó al patrimonio de Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., por tradición realizada mediante el registro de la escritura 1290 de 1948, el concepto que en contrario se formara el Tribunal pugnaría con los arts. 750, 756, 765, 1931 y 2637 del C. C. y con el 1o. de la Ley 45 de 1930; extinguida la sociedad cesó el derecho de uso y goce del inmueble por parte del Municipio, porque los causahabientes de aquella no podían continuar ligados por actos de liberalidad de la misma, según el art. 2205 del C. C.; en el supuesto de que la estipulación discutida implicara una condición suspensiva, "esto sería suspensiva puramente potestativa indeterminada (condición *si volan,* (sic *si voluero)* de aquellas previstas en el art. 1635 del C. C., porque estaría subordinada a la mera voluntad de la sociedad" y, por ende, sería nula conforme al texto aludido; el Tribunal admite que la supuesta condición suspensiva falló porque la sociedad obligada a construir el edificio para un matadero frigorífico fue liquidada, pero de esto deduce consecuencias inaceptables, pues, de ser cierta tal premisa, conforme al art. 1539 del C. C. "el pacto se considera inexistente desde el principio y caducan los efectos que provisionalmente haya producido. En ese caso la cláusula o pacto elucidado, se miraría como inexistente y el Municipio no puede invocar esa situación para negarse a entregar un bien que no es de su propiedad".

Quinto cargo

También por la vía indirecta se dicen violados los arts. 214, 472, 593, 594, 668, 688, 697, 722 y 730 del C. J.; y por falta de aplicación los arts. 713, 717, 718, 1759, 1872, 1880, 1882 2108 y 2109 del C. C., a consecuencia de errores de derecho en la valoración de los testimonios de Helgen Svenson, Reyes Sánchez y de Evaristo Rodríguez López, del acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal y de los dictámenes anexos a la misma, y de error de hecho en la apreciación de la escritura 4189 otorgada en la Notaría 2a. de Bogotá el 12 de agosto de 1955.

Transcribe el censor los aludidos testimonios de Svenson, Sánchez y Rodríguez, los que en su sentir demuestran el hecho de que sí se construyó y estuvo funcionando el Matadero Frigorífico de Villavicencio de que trata el literal c) de la escritura 1290 de 1948, hecho este que solamente requeriría una apreciación visual, pese a lo cual el sentenciador les negó a aquellos mérito probatorio, so pretexto de tratarse de cuestiones técnicas, violando así los arts. 668, 688, 696 y 697 del C. J.

Le censura al Tribunal el afirmar que el acta de inspección ocular ya aludida "no llenó su cometido", negándole así el valor probatorio que le atribuye el art. 730 del C. J., ya que en ella "se describen todos los elementos propios para el funcionamiento de un matadero frigorífico", como también al negarle al dictamen pericial el mérito que tiene conforme al art. 722 ibídem como quiera que dicho dictamen demuestra la existencia del Matadero Frigorífico de Villavicencio con todas sus instalaciones, en concordancia con lo relacionado en la escritura 4189 de 1955, y con lo afirmado por el propio personero municipal en su interrogatorio a los testigos, cuando les pregunta "si les consta que no obstante la construcción del matadero frigorífico por la sociedad fundada con tal objeto, *él no pudo ser dado al servicio en forma eficiente,* razón por la cual la

sociedad fracasó y se liquidó en corto plazo" (subraya el censor). Por tanto, respecto de estos dos últimos medios, escritura y declaración del Personero, se habría incurrido en manifiesto error de hecho al ser preteridos.

Consideraciones de la Corte

I. Define el art. 1530 del C. C.: "Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no". El ser *futuro* e *incierto* el acontecimiento de que se trate es, pues, lo que caracteriza la condición. Además, entre otras clasificaciones, la condición es *positiva* cuando consiste en acontecer una cosa y *negativa* cuando lo previsto es que una cosa no suceda (ibídem art. 1531); es *suspensiva*, si mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho, y es *resolutoria* cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (ibídem art. 1536). Si el hecho futuro depende del acaso o de la voluntad de un tercero, la condición es *casual;* si depende de la voluntad del acreedor o del deudor, es *potestativa*, y si depende, a la vez, del acaso o de la voluntad de un tercero y de la voluntad del acreedor es *mixta* (ibídem, art. 1534); y la condición potestativa se subclasifica en *simplemente potestativa* cuando no consiste en la mera voluntad del acreedor o del deudor, sino en un hecho voluntario de cualquiera de ellos, como el estudio de una profesión o abstenerse de realizar un negocio, y es *meramente o puramente potestativa* cuando se reduce al solo querer del acreedor o del deudor *(si volueris, si voluero)* (ibídem art. 1535). La condición *meramente o puramente potestativa del deudor (si voluero),* anula el vínculo obligatorio, según expresamente lo declara la ley, lo que no ocurre respecto de las condiciones simplemente potestativas y de la meramente o puramente potestativa del acreedor *(si volueris,* art. cit).

II. La escritura pública 1290 otorgada en la Notaría de Villavicencio el 20 de diciembre de 1948, por la cual el Municipio de Villavicencio le transfirió a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., el inmueble Nuevo Matadero, a título de aporte por la suscripción de 3.200 acciones de esta sociedad, en su literal b) expresa "Que el Municipio entregó a la sociedad el inmueble cuyo dominio le transfiere...", y en su literal c) agrega: "Las partes contratantes han convenido que el Municipio continúe usando y gozando el matadero que construyó y existe actualmente en servicio en el inmueble objeto de esta convención hasta cuando la sociedad construya y dé al servicio el matadero frigorífico que se propone establecer...".

III. El Tribunal sentenciador interpretó esta última estipulación en el sentido de que ella contiene una condición suspensiva que afecta la obligación a cargo del Municipio de entregar el matadero cuyo uso y goce le fue reservado por la convención de las partes. "Respecto a la entrega —dice el fallo— encuentra la Sala que en el contrato celebrado entre el Municipio de Villavicencio y la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., se estipuló una condición suspensiva: que el Frigorífico construya y dé al servicio el matadero que se propone establecer. Así las cosas el Municipio no está obligado a entregar..." y adelante agrega: "Por lo demás, la condición de que se ha hecho mérito se estableció a favor del Municipio y debe tenerse por fallida, pues el contrato entre este y la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. se hizo en consideración a la práctica y conocimientos de la sociedad que debía presumirse experta en la materia; y cuando un contrato se 'concluye *intuitu personae*', se encuentra automáticamente rescindido por la muerte de la persona en consideración de la cual se había celebrado, todo de conformidad con el art. 1537 del C. C. Y como resulta cierto y evidente que la condición en cuestión no podrá cumplirse, entonces ni el matadero ni sus causahabientes pueden exigir al Municipio la referida entrega...".

IV. El cuarto cargo rebate estas apreciaciones del fallo, tildándolas de ser el fruto de manifiestos errores de hecho cometidos por el sentenciador: 1) considera que la cuestionada estipulación no implica una condición suspensiva; 2) que en ella nada afecta el aporte del Municipio a la sociedad; 3) que tampoco estructura una obligación a cargo de esta última; y 4) menos aún, una obligación *intuitu personae.*

1. El primero de los aludidos errores que se le imputan al fallo es totalmente infundado: en la cláusula transcrita se pactó un derecho en favor del Municipio demandado de continuar usando y gozando del matadero que a la sazón existía dentro del inmueble aportado por el mismo a la sociedad hasta que esta "construya y dé al servicio el matadero frigorífico que se propone establecer", previsión esta que constituye un hecho *futuro* respecto de la

fecha del contrato e *incierto*, pues, entonces no podía darse por seguro que la sociedad construyera o no ese nuevo matadero frigorífico que apenas sí tenía en propósito, o sea que dicha previsión claramente estructura una condición con las siguientes características: es *positiva*, porque consiste en la ejecución de un hecho; es *simplemente potestativa*, porque no depende de la mera voluntad de la sociedad, sino de un hecho de esta, la construcción del matadero; es *resolutoria* respecto del derecho del Municipio para continuar usando y gozando del antiguo matadero, y, consecuencialmente, es *suspensiva* respecto de la obligación de entregar materialmente que dicho Municipio contrajo como aportante del inmueble a la sociedad.

2. Cierto es, como lo dice el censor, que la referida condición no afectó la obligación de dar a cargo del Municipio, o sea, la de transferirle a la sociedad el dominio del inmueble Nuevo Matadero o de parte de él sino solamente la de entregar materialmente la parte de dicho bien cuyo uso y goce este se reservó. Pero tal es precisamente la conclusión a que llega, según quedó visto, el Tribunal sentenciador, pues el fallo no dice que el dominio de aquel inmueble continúe radicado en el Municipio y no en la sociedad. Por el contrario, hasta insinúa la posibilidad de que el primero ejercite una acción resolutoria para recobrar ese dominio. Por lo tanto, también resulta infundada la censura a este respecto.

3. Como ya quedó expresado, de la simple lectura de la estipulación cuestionada resulta que esta contiene una *condición simplemente potestativa* consistente en el hecho de que Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. realizara su propósito de construir un nuevo matadero, condición esta que, por su mencionada naturaleza y la claridad de los términos en que está concebida, apenas sí conllevaría, mientras estuviera pendiente, la suspensión de la obligación de entregar a cargo del Municipio y la continuación del derecho del mismo para usar y gozar del antiguo matadero. Sin embargo, el Tribunal incurrió en el manifiesto error de hecho de desvirtuar el contenido objetivo de la referida estipulación y del contrato de que forma parte, suponiendo una pretendida obligación para la sociedad de construir el dicho matadero. El contrato de suscripción de acciones solo produjo a cargo de las partes las principales obligaciones propias de su naturaleza: para el Municipio suscriptor la de dar su aporte, y para la sociedad la de entregar el título de las acciones y reconocerle a dicho suscriptor sus derechos de accionista. El instrumento y su inscripción registral dan cuenta del cumplimiento de esas obligaciones, salvo la de entregar al Municipio el matadero que venía explotando, suspendida hasta que la sociedad realizara un hecho que para ella era potestativo cumplir o no, lo que de por sí descarta la idea de obligación, porque es un contrasentido ver una obligación allí donde el supuesto deudor puede dejarla de cumplir a su arbitrio.

4. Habiendo, pues, supuesto el sentenciador una obligación que no existe en el contrato incurrió en manifiesto error de hecho, como también al darle a la misma el calificativo de *intuitu personae*, so pretexto de que sólo la sociedad podía cumplirla "en consideración a la práctica y conocimientos de esta que debía presumirse experta en la materia". Tal interpretación implica también una suposición ajena al contenido del contrato y, en especial, al de la cláusula c) a que se refiere. Dicho está que la escritura en parte alguna contiene esa obligación que creyó ver el Tribunal, y la cláusula en mención se limita a significar que el Municipio puede usar y gozar de un matadero mientras la sociedad no cumpla su propósito de construir otro.

V. A más de los errores últimamente apuntados al Tribunal sentenciador, también encuentra la Corte cometidos por él los que se le imputan en el quinto cargo y que lo indujeron a considerar como no cumplida la ya referida condición de que se hizo pender la finalización del uso y goce por el Municipio del antiguo matadero, y la exigibilidad de la obligación a cargo del mismo de entregar ese bien a Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A.

VI. El Tribunal desestimó los testimonios de Helgen Svenson, Reyes Sánchez y Evaristo Rodríguez López porque, en su sentir, al declarar ellos sobre los hechos relativos a la construcción de un matadero frigorífico por la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. y al funcionamiento del mismo, habrían invadido zona vedada a la prueba testimonial, ya que esos hechos requerirían "conocimientos o prácticas especiales". Comenta el Tribunal: "Jesús de los Reyes Rey Sánchez, Pompilio Rey y Evaristo Rodríguez dicen que el matadero frigorífico funcionó normalmente durante los años de 1950, 1951, 1952 y 1953, suministrando carnes y expendiendo ese producto, sin pronunciarse si se trata de un verdadero frigo-

rífico, o de un matadero común, lo cual parece más cerca de la realidad, pues uno de los testigos —Pompilio Rey— habla de que "se estuvo salando' actividad que no es propia de un frigorífico y porque como se dijo al analizar el testimonio del señor Svenson, si el matadero funcionó como frigorífico, no se ve la razón por la cual el Municipio no hizo la entrega a que estaba obligado".

Los precitados testimonios, en síntesis, expresan lo siguiente: *Helgen Svenson,* de nacionalidad sueca, de 72 años de edad e ingeniero de profesión dice que como ingeniero interventor técnico vigiló y asistió a otro técnico sueco, cuyo nombre no recuerda, en el montaje de las instalaciones de todo lo que constituyó la sociedad Nuevo Frigorífico de Villavicencio S. A., puesto que la misma casa constructora de la maquinaria lo envió para su montaje; que la importación de las instalaciones y maquinaria la hizo directamente "la sociedad del citado frigorífico" siendo gerente el señor Rodrigo Jiménez; "que el citado Nuevo Frigorífico de Villavicencio S. A. tuvo perfecto funcionamiento para el fin social para que fue construído, desde el mes de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos hasta el mes de marzo, más o menos, del año de mil novecientos cincuenta y tres, habiéndose interrumpido su ritmo normal debido a problemas de orden público especialmente aquí en Villavicencio, asunto este de conocimiento común"; que le consta que el doctor Hernando Cala y Barbosa adquirió los bienes de la sociedad Nuevo Frigorífico de Villavicencio, así como el inmueble y las instalaciones donde funciona el llamado Matadero Municipal", aclarando que tanto el terreno como la edificación donde funciona el Matadero Municipal pertenecían a la sociedad mencionada". *Jesús de los Reyes Rey Sánchez* declara que le consta que la empresa Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. estuvo funcionando normalmente durante los años de 1950 a 1953, suministrando carnes en Villavicencio y fuera de esta ciudad, porque en esa época su padre Pompilio Rey trabajaba en dicho matadero y al exponente le tocaba llevarle diariamente la alimentación; que el sacrificio de ganados, preparación de carnes, vísceras, pieles "y demás cuestiones propias de un matadero, se realizaban dentro del edificio, instalaciones que la empresa Matadero Frigorífico de Villavicencio tenía en esa época aquí en Villavicencio, y que es exactamente el mismo edificio e instalaciones que hoy existen como propiedad del doctor Hernando Cala y Barbosa, con la sola excepción de que las máquinas de refrigeración que hoy hay, no son las mismas porque el doctor Cala vendió las antiguas que había y compró nuevas que precisamente son las que actualmente existen dentro del edificio... esto me consta porque yo en ese tiempo estaba trabajando allá al servicio del Dr. Cala y me di cuenta que él vendió las máquinas viejas de refrigeración y compró las nuevas, inclusive yo tuve que ayudar a instalarlas. Esto fue el año pasado más o menos por este tiempo, mediados del año. También me consta que después del año de 1953, el matadero frigorífico ha estado trabajando o mejor funcionando por tiempo indeterminado. Contrainterrogado por el Fiscal del Tribunal, el testigo se reafirma en sus dichos y agrega que cuando él estuvo trabajando en el matadero, en 1964 "toda la maquinaria funcionó perfectamente y se mató ganado, la carne se remitía a Bogotá y últimamente se mandó carne a Ibagué. El frigorífico funcionó todos los días y los despachos de carne a Bogotá, generalmente se hacían cada tercer día. Estos despachos se hacían en camiones refrigerados". *José Evaristo Rodríguez López* dice que la empresa Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., funcionó normalmente durante los años de 1950 a 1953 "sacrificándose ganados en él y expendiendo carne en Villavicencio y afuera, lo que le consta por haber sido celador de dicha empresa desde que se compró el terreno, se hizo la edificación y el doctor Vejarano puso en funcionamiento el Matadero"; el testigo se retiró del aludido cargo cuando la empresa era todavía propietaria del matadero, pero, por razones de vecindad, siguió dándose cuenta del funcionamiento del matadero, del sacrificio de ganados, preparación de carnes, vísceras, pieles, "y demás actividades que se desarrollaban dentro del edificio de dicho matadero y que la empresa Matadero Frigorífico tenía de su propiedad, y que es precisamente el edificio que existe hoy". Repreguntado por el Fiscal, se reafirma en su dicho de que desde que el doctor Vejarano inició el funcionamiento del matadero, el sacrificio de ganados fue continuo e ininterrumpido de 1950 a 1953.

Basta la simple lectura de los precitados testimonios para darle la razón al censor en cuanto este denuncia quebranto del art. 668 del C. J., que admite tal prueba para el esclarecimiento de hechos como los de que se trata, y del 697 ibídem, que le atribuye pleno mérito probatorio al dicho de dos testigos que

concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Si Svenson, quien dice ser ingeniero, y dos obreros, como Rey Sánchez y Rodríguez López, cualquiera que sea el nivel intelectual de estos, dicen haber presenciado y aún intervenido en la construcción y en la dotación con maquinarias y equipos de refrigeración del matadero de la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S.A., como también de haber visto el funcionamiento y explotación del mismo, no entiende la Corte cómo el Tribunal pudo demeritar esos testimonios, so pretexto de que los referidos hechos no son algo que se percibe sensorialmente, sino a través de una formación técnica y especializada, como la que asume dicho Tribunal al embarcarse en consideraciones acerca de las diferencias entre un matadero frigorífico y un matadero común, y a los requisitos que deben llenar las maquinarias y los equipos adecuados para el primero, entrando a contravertir estos aspectos técnicos con los peritos que dictaminaron sobre ellos en el proceso, según se verá seguidamente.

VII. En la segunda instancia del juicio el propio Tribunal sentenciador practicó una inspección ocular con intervención de peritos. Reza el acta de la misma que, después de identificado el inmueble materia de la diligencia, se encontraron "las siguientes edificaciones: un edificio de una sola planta, de paredes de concreto, techado con teja eternit, pisos de cemento, dentro del cual existen las siguientes maquinarias e instalaciones: 'una planta Diesel Caterpillar, modelo D-17.000 de 110 kilovatios con sus tableros de control; tres compresores, marca Pen-N- Modelos W-75-m-5-FC; una caldera de 80 HP. sin número, con quemadores de carbón; un equipo movible de soldadura eléctrica, corriente trifásica, en regular estado; un equipo de soldadura autógena con sus respectivas mangueras y manómetros; una trampa para sacrificar ganado, enrielados para transporte de carnes y vísceras, con todo su equipo correspondiente, que van a las cavas de carnes y vísceras; un salón de menudos, con sus respectivas máquinas y equipos y sótano que recibe los desperdicios o estiércol de los ganados; una máquina recibidora de la sangre, otra que le saca el agua y otra que la pulveriza, a más de otra que la selecciona; dos autoclaves para derretir cebo, con sus respectivos purificadores, tanque para lavar la grasa, dos para el almacenamiento de la misma y siete canastas para depositarla en los autoclaves; un cuarto de enfriamiento para los camiones; una báscula para pesar en canal el ganado, y máquinas para pesar el kilaje y locales de oficinas. Todos los elementos anotados antes se hallan distribuidos en sus respectivos compartimientos o cuartos, así: tres cavas para el almacenamiento de carnes y vísceras; un salón de matanza; otro salón de menudos, dos cuartos de matanza, tres cuartos de laboración de sangre, un cuarto para fábrica de grasa, uno de enfriamiento de camiones, un cuarto para la báscula de pesar en canal y en kilaje, dos locales para oficinas, un cuarto para planta eléctrica, un cuarto para calderas, un taller para reparaciones de equipos, y servicios higiénicos completos dentro de sus respectivos cuartos... Igualmente tiene servicios de agua y luz y otros elementos que son materia del dictamen pericial".

De su lado, los peritos que intervinieron en la precitada diligencia, dictaminan sobre las especificaciones de la construcción, de maquinarias y equipos allí instalados y de los servicios que prestan en las operaciones del matadero, del desprese del ganado, de la concentración de sangre, de la limpieza de intestinos, del aprovechamiento de cebos y grasas, de la pesa de carnes, de la refrigeración etc. para concluir así: "A nuestro juicio de los puntos determinados anteriormente podemos conceptuar que esos elementos y equipos enumerados, son los de mayor importancia para que puedan funcionar estas instalaciones como matadero frigorífico... y sí corresponden a los estipulados en las escrituras correspondientes, excepto los compresores que fueron reemplazados por otros (se refieren a las escrituras de dación en pago de la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. al Banco de Colombia, y de la venta que este le hizo al actor)... Por el estado actual de las instalaciones, elementos y maquinarias se ve que han tenido uso pero no podemos colegir que ese uso haya sido para el funcionamiento de la empresa.

Al decir del fallo acusado ni la referida inspección ocular ni el adjunto dictamen pericial pueden ser tenidos como prueba del cumplimiento de la condición consistente en que se construyera y diera al servicio el matadero frigorífico que la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. se propuso como objeto social, conclusión a que aquel llega, pese a la descripción pormenorizada que dichas pruebas hacen de las construcciones, instalaciones y equipos del matadero, incluyendo los destinados a refrigeración y a la verificación

de su uso. Esta descalificación del mérito legal de tales medios, solamente se funda en que el Tribunal sentenciador, asiéndose a la expresión empleada por los expertos, según la cual "esos elementos y equipos enumerados, son los de mayor importancia para que puedan funcionar esas instalaciones como matadero frigorífico", la que el fallo por añadidura, transcribe adulterada, suprimiendo la palabra "frigorífico", para el sentenciador significan *a contrario sensu* que el matadero frigorífico no ha podido funcionar por faltarle aún otros elementos "así no sean tan importantes". Consecuencia de esta incursión seudo-técnica del Tribunal es la desestimación del acta de la inspección ocular y del dictamen pericial, con manifiesto quebranto de los arts. 722 y 730 del C. J. que determinan el mérito probatorio de estos medios.

VIII. En su dictamen los peritos dicen que las instalaciones, maquinarias y equipos, cuya existencia se verificó en la inspección ocular son los mismos que relacionan las escrituras 4189 y 4190 de 1955, por las cuales Matadero Frigorífico de Villavicencio los dio en pago al Banco de Colombia y este se los permutó al actor Cala, respectivamente. Y el Personero Municipal de Villavicencio, en escrito de solicitud de pruebas, les pregunta a unos testigos: "d) si les consta que no obstante la construcción del Matadero Frigorífico por la sociedad fundada con tal objeto, él no pudo ser dado al servicio en forma eficiente, razón por la cual la sociedad fracasó y se liquidó en corto plazo: Los mencionados instrumentos y esta declaración del representante legal del Municipio corroboran, al decir del censor, tanto la construcción del matadero como el haberse dado este al servicio; pero agrega la acusación que tales medios fueron ignorados por el sentenciador, lo que parece cierto ante el tratamiento que esté les dio a los demás elementos probatorios aducidos para establecer los referidos hechos.

IX. De los anteriores análisis resulta que es cierto, según lo declara el fallo acusado, que la obligación a cargo del Municipio demandado de entregarle a Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. la porción del inmueble Nuevo Matadero, respecto de la cual aquel se reservó el uso y goce hasta que dicha sociedad construyera otro matadero, sí quedó sujeta a este evento futuro e incierto, o sea a una condición suspensiva. Pero, también resulta que dicho fallo desacertó al negar el cumplimiento de la referida condición, pese a estar esta plenamente acreditada por declaraciones de testigos que desestimó siendo legalmente idóneas, y por la inspección ocular y el dictamen pericial correspondiente practicados en la segunda instancia del juicio rechazadas también sin razón alguna. Y desacertó, igualmente, el sentenciador al declarar fallida esa condición contra la evidencia suministrada por los aludidos medios probatorios.

X. Sin embargo, estos cargos cuarto y quinto de la demanda de casación tampoco pueden prosperar por las mismas razones que impusieron la desestimación del primer cargo. Dándose por cumplida la condición suspensiva a que se subordinó la obligación del Municipio demandado de entregar la aludida porción del predio Nuevo Matadero cuyo uso y goce aquel se reservó, dicha obligación se hizo exigible y debía ser cumplida por el Municipio bajo la sanción de indemnizarle a la sociedad acreedora los perjuicios que sufriera una vez que esta hubiera constituído en mora a su mencionado deudor.

Pero, según quedó declarado en el despacho del primer cargo, el actor en este juicio no está legitimado para ejercitar la acción personal de entrega correspondiente al derecho crediticio que adquirió la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., en virtud del contrato de suscripción de acciones consignado en la escritura 1290 de 1948, como tampoco la acción subsidiaria e igualmente personal de indemnización de perjuicios por falta de satisfacción oportuna y en forma de ese derecho crediticio.

A este propósito se repite que el fallo acusado limitó su pronunciamiento a la desestimación de las referidas acciones personales. Y de su lado, el recurso también redujo la impugnación a este aspecto, citando como violadas por el sentenciador numerosas disposiciones legales, sin detenerse a demostrar el concepto de dicho quebranto y aun sin invocar aquellas que le permitieran a la Corte examinar el fallo frente al régimen pertinente de la acción real de dominio y de las prestaciones accesorias a esta.

Los cargos no prosperan.

Sexto cargo

El Tribunal también habría incurrido en manifiesto error de hecho al no captar la existencia y el contenido de los documentos presentados

por el actor en la diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, a saber: a) el informe y sus anexos presentados el 15 de julio de 1952 a los accionistas y a la Junta Directiva de la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A., por el Revisor Fiscal de la misma, los que demuestran el funcionamiento del matadero; b) las cartas de ventas de ganados al Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. en los años de 1952 y 1953, que acreditan también, tanto el desarrollo del objeto de esa sociedad, como el funcionamiento de su matadero; c) otros documentos que son auténticos a términos del art. 632 del C. J. relativos a negociaciones de ganado por la sociedad; d) otros que demuestran objetivamente el funcionamiento del matadero, la existencia de la maquinaria y equipo, licencias de la Jefatura Civil y Militar de los Llanos para la venta de ganados y el movimiento de carnes.

El referido error de hecho habría llevado al sentenciador a quebrantar el art. 1763 del C. C. que dota de valor probatorio a los asientos, registros y papeles domésticos contra quienes lo ha escrito; el 645 del C. J. que tiene por reconocidos los documentos privados que han obrado en el juicio sin objeción de la parte obligada, como lo sería en el sentir del censor el Municipio de Villavicencio por haber sido socio fundador de Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. y hallarse así vinculado a la existencia de los aludidos documentos y a las confesiones y anotaciones en ellos contenidas.

Fuera de los precitados razonamientos, el cargo se limita sin mayor explicación a decir quebrantados indirectamente los arts. 472, 593, 594, 597 y 645 del C. J., y los arts. 1761, 1763, 1872, 1880, 1882, 1955, 1956, 1958, 2108 y 2109 del C. C., todos ellos por falta de aplicación.

Considera la Corte

Declarado como está que el quinto cargo de la demanda tiene razón al imputarle al Tribunal sentenciador manifiesto error en la apreciación de las pruebas en aquel relacionadas y de las que se concluye que la condición suspensiva de que se hizo pender la obligación a cargo del Municipio demandado de entregarle a la sociedad Matadero Frigorífico de Villavicencio S. A. la porción del predio Nuevo Matadero cuyo uso y goce se reservó aquel en el contrato de suscripción de acciones, sería vano averiguar si dicho Tribunal incurrió en el *mismo error* respecto de las pruebas a que se refiere este sexto cargo.

Además, también hay que concluir que esta censura tampoco puede prosperar, porque las numerosas disposiciones legales en que pretende fundarse, sin demostración alguna del quebranto de las mismas, no dan pie para variar el pronunciamiento del fallo acusado en lo relativo a la desestimación de las acciones personales de entrega y de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la misma.

Séptimo cargo

Dice violados el art. 214 del C. J. y el 30 de la Constitución Nacional, ambos por falta de aplicación.

Explica el censor que el Municipio demandado no negó poseer la zona de terreno a que se refiere el hecho dieciséis de la demanda, la petición octava principal y la primera subsidiaria de la misma, o sea la que en estos puntos se dice ocupada por la calle 18-D del Municipio de Villavicencio, y respecto de la cual el actor habría acreditado su derecho de dominio. En tales circunstancias, concluye el acusador que se imponía la aplicación de los preceptos que cita, pese a lo cual el sentenciador desestimó las mencionadas súplicas del libelo "diciendo que no se estableció el precio de la zona".

Se considera

I. En lo tocante con la petición octava principal y la primera subsidiaria a que alude el recurso, el fundamento del fallo no es el que pretende entender el censor, sino el siguiente: "La última súplica (octava principal) tampoco puede tener despacho favorable por no haberse determinado en el libelo la zona por su situación y linderos, y también por no haberse determinado su valor. Por lo que hace a las peticiones subsidiarias, la primera queda resuelta en el punto anterior".

Lo transcrito muestra a las claras que el motivo que tuvo el Tribunal para no despachar favorablemente las súplicas en cuestión fue el de haberlas encontrado ineptas por no satisfacer el requisito establecido por el art. 222 del C. J. que ordena que "si lo que se demanda es una cosa raíz, deben especificarse los linderos y las demás circunstancias que la den a conocer y la distingan de otras con que pueda confundirse". La conclusión del fallo, es, pues, acertada.

II. Sin embargo, también se ofrece aquí la oportunidad de apuntarle al Tribunal otro error jurídico en que incurrió al no deducir la consecuencia que de su propia premisa surgía: siendo inepto el libelo de la demanda por la razón indicada en lo concerniente a la petición de entrega de una zona ocupada por el Municipio con una calle pública, y a la subsidiaria de pago del precio de la misma zona, tal defecto en cuanto a uno de los presupuestos procesales (demanda en forma) impedía un pronunciamiento de mérito al respecto. Por lo tanto el Tribunal, en vez de confirmar la sentencia de primer grado, desestimatoria en la materia, ha debido revocarla para declarar la correspondiente inhibitoria.

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 el 7 de marzo de 1967 en el juicio de Hernando Cala y Barbosa frente al Municipio de Villavicencio.

Sin costas por la rectificación doctrinaria que se hace.

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

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

Heriberto Caicedo M., Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

Extractos elaborados por el Dr. José Sarmiento Mantilla, Relator Judicial de la Sala de Casación Penal.

TECNICA DE CASACION

En casación los cargos han de demostrarse, pues no es suficiente la sola enunciación, ni el personal concepto del actor sobre determinadas circunstancias fácticas, para la demostración del error, el que ha de ser manifiesto.

Ni cuando el demandante alude a las pruebas citadas por el Tribunal para excluir el elemento moral que informa en el caso de autos el delito de encubrimiento y que la ley cifra en las palabras "a sabiendas", ni cuando se refiere a los testimonios que invoca para fundar su personal concepto respecto de determinadas circunstancias fácticas, intenta el análisis probatorio de esos medios de convicción. Los aduce sin fijar su intrínseco contenido, su genuina significación, su grado de credibilidad; sin confrontarlos y ponderarlos en una apreciación de conjunto, fraccionándolos y desarticulándolos de su contexto, y recortando la visión del Tribunal que si no de modo explícito sí implícitamente se funda en todo el acervo probatorio.

Vale decir que el actor no intenta siquiera demostrar el cargo. Lo enuncia apenas sin concretarlo en su aspecto esencial, esto es, en el yerro que atribuye al Tribunal, por haber este excluido, existiendo en el proceso la comprobación pertinente, el elemento expresivo de aquel dolo especial que se designa con las palabras "a sabiendas", equivalentes en otros términos, "a conocimiento inequívoco" y que exige la disposición penal que el impugnante reputa conculcada.

Debió, pues, demostrar el actor, y no lo hizo, que el Tribunal erró al afirmar la inexistencia de un fenómeno que escapa a la percepción externa, solamente cognoscible inferencialmente por la vía de los hechos que lo exteriorizan. Error que, por añadidura, conforme a la norma que disciplina el motivo de impugnación aducido en este caso ha de ser manifiesto, esto es, de evidencia inmediata, por implicar "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: octubre 3/69. — Acta No. 38).

VISTOS:

Agotado el trámite legal correspondiente, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Andes, contra la sentencia dictada por dicha Corporación el 21 de febrero último, mediante la cual confirmó la del Juzgado Penal Municipal de Ciudad Bolívar de 20 de diciembre anterior que absolvió a *Rogelio Olaya Osorio* por el delito de encubrimiento a que se le llamó a responder en juicio por auto de 13 de noviembre de 1968.

HECHOS

"El día 18 de agosto del año próximo pasado —dice resumiéndolos el Fiscal recurrente— se hallaban en la zona de tolerancia del Municipio de Ciudad Bolívar, entre once y doce de la noche, los campesinos José Arnoldo García Agudelo y Manuel Montoya, concretamente a la entrada de la cantina de la mujer a quien llaman "Lolita". Una persona desde adentro lanzaba verbales injurias a los dos ciudadanos mencionados significativas de que no tenían dinero ni para tomarse un tinto. Uno de ellos sacó de su bolsillo cierta cantidad para demostrar todo lo contrario, momento y hecho que fue aprovechado por el provocador para "tumbarle" un billete de cincuenta pesos, recogerlo y llegar hasta un jeep que estaba estacionado cerca y entregárselo al chofer. De inmediato el ofendido intervino e hizo comparecer la Policía. Llegaron hasta el vehículo en donde estaban la persona que había arrebatado el billete o sea, Wilson Márquez y el chofer, de nombre Rogelio Olaya Osorio. El primero protestaba que nada había cogido, que nada había hecho, pero por la intervención de la autoridad, viéndose capturado, solicitó al chofer, Rogelio Olaya, le "prestara" cincuenta pesos para entregárselos al reclamante. Olaya, quiso hacerlo pero la policía evitó saldar o arreglar así el caso y en consecuencia condujo a Wilson a la cárcel".

Investigado por cuerda separada el presunto delito contra la propiedad que en relación con tales hechos pudo cometer Wilson Márquez, en igual forma se dispuso averiguar el de encubrimiento en que hubiera podido incurrir Rogelio Olaya.

El mérito de esta última investigación se calificó mediante la referida providencia del pasado 13 de noviembre que consintieron las partes y por la cual se llamó a responder en juicio a Olaya Osorio por el supradicho delito contra la administración de justicia.

Este ilícito conforme a lo expuesto en la parte motiva de tal auto se le atribuyó en la modalidad prevista en la primera hipótesis que contempla el art. 200 del C. P., esto es, imputándosele el cargo de haber ayudado a Márquez a asegurar el dinero arrebatado a José Arnoldo García, a sabiendas de su ilícita procedencia.

Empero, el juez del conocimiento al fallar el negocio absolvió al procesado por estimar que era insuficiente la prueba demostrativa de esa forma de dolo. Al respecto razonó así:

"Se colige de autos que Márquez tiró al cojín del jeep de Olaya un billete de cincuenta pesos diciéndole a este que los cogiera del lugar. Y sobre el particular ha manifestado el hoy procesado que Wilson tuvo cierto incidente con unos campesinos. Ello se ve en la diligencia de careo a que se le sometió con Alfonso Escobar a fl. 8.

"El sindicado no vio la sustracción de ese dinero por parte de Wilson, sólo se dio cuenta que los ofendidos decían "que haber los cincuenta pesos" y que en ese instante Wilson lo amenazó para que le recibiera el dinero; aunque el sindicado Olaya algo irregular se imaginó no está plenamente establecido que hubiera estado "a sabiendas" de la procedencia del mismo y debemos dar credibilidad a que fue coaccionado mediante amenazas de ser "chuzado" por el autor del hurto, puesto que con el correr de la investigación no pudo demostrársele lo contrario. Obró en tal forma tal vez movido por el temor que parece le tiene a Márquez.

"Por lo tanto, si la confesión es indivisible como lo es, hay que aceptarla tanto en lo favorable como en los desfavorable; lo que queremos significar que Olaya recibió ese dinero obligado por la coacción que le hacía Márquez.

"Un testigo a quien se había estado dando entera credibilidad, es José Joaquín González O. (a. carburador); pero a última hora por las contradicciones notorias en que incurre, su testimonio ha desmerecido de valor probatorio. Porque mientras en un principio de su declaración de fl. 14 afirma que vio el momento preciso cuando Wilson se robó el billete, unos renglones adelante ya dice que no vio tal circunstancia, sino que apenas observó cuando Márquez tiró al vehículo de Olaya el dinero y es enfático en sostener que su compañero Rogelio tampoco vio la sustracción y corrobora al aquí sindicado en el sentido de las amenazas que le hizo Márquez para el caso de no recibirle tal dinero. Y más seria es su contradicción, cuando en el careo de fl. 41 vuelto, ya dice que el delito del robo del dinero se cometió en los interiores de la cantina y que sólo oyó la bulla de que le habían robado a algunos señores. No le tocó pues presenciar el momento exacto del primer delito que dio vida a esta otra causa que hoy resolvemos.

"En su obra de Derecho Penal Colombiano, Volumen I el doctor Luis Carlos Pérez, hablando de casos como el que nos ocupa, en la página 340 dice: 'No dice nada la ley respecto del que se limita a aceptar objetos que el oferente ha

robado. En este caso no existe la operación de compra o de venta, pero sí está convencido quien recibe el regalo que este proviene de un delito, y lo acepta sin denunciarlo, se hace acreedor a las sanciones del art. 201.

"La simple duda sobre su procedencia descarta el elemento psíquico, como está expuesto. Igual situación ampara al comprador que no tiene certeza sobre el título alegado por el vendedor de cosas muebles".

"Creemos de importancia traer la anterior transcripción, porque aunque en el caso de autos no se habla de que Márquez le hubiera regalado esos cincuenta pesos a Olaya; al menos el comentarista sí da a entender en sus planteamientos, debe existir el elemento a sabiendas para que una persona incurra en el delito de encubrimiento. En este proceso hay ciertas circunstancias que hacen pensar que el sindicado tenía ciertas sospechas de que Wilson le daba un dinero que se había robado minutos antes.

"Se presenta pues cierta duda sobre el elemento a sabiendas que es requisito especial para configurar el delito de encubrimiento, sin ese requisito desaparece tal infracción. Y si sobre el particular hay duda, lógicamente ella tiene que favorecer al sindicado conforme al art. 204 del C. P. P. que dice que la duda se resolverá en favor del reo, cuando no haya modo de eliminarla y en verdad no hay medio en este momento de que sea eliminada.

"De otro lado, el art. 273 ibídem reza que cuando la ley penal exija que un hecho para ser delito se haya cometido a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, dicha circunstancia debe aparecer plenamente comprobada para que haya cuerpo del delito.

"Así pues que tengamos que cambiar ya en esta sentencia del criterio que para otras piezas habíamos tenido como muy probados. Porque si no está plenamente demostrado que Olaya recibió el dinero a sabiendas de su ilícita procedencia, mal haríamos en descargar cierta responsabilidad, como la que se requiere para una sentencia condenatoria.

"Es que además, la personalidad de Rogelio Olaya, hombre sin antecedentes, dedicado a su trabajo diario como conductor, un tanto ignorante, carente de cierta cultura, que en todo momento ha observado una intachable conducta, son circunstancias que naturalmente lo tienen que favorecer".

El Tribunal, no obstante la alegación del Fiscal recurrente solicitando que fuera revocada la sentencia del juzgado de instancia por hallarse comprobado el elemento psíquico que en ella se asevera no estarlo plenamente, con fundamento en las pruebas que transcribe (apartes de la diligencia de careo entre el testigo Alfonso Escobar Molina y el sindicado, del testimonio de José Arnoldo García Agudelo, del de Manuel Antonio Montoya B. y de la indagatoria de Wilson Márquez), expresa, circunscribiendo su fallo al punto debatido, o sea, a la prueba de la existencia de dicho elemento, lo siguiente:

"Tenemos, entonces, que sin que Márquez y Olaya, antes hubieran conversado, ni hubieran tenido interacción alguna, en forma sorpresiva el primero le dio al segundo la cantidad de cincuenta pesos, para que se los guardara, por lo menos esto es lo que lógicamente se puede presumir; posteriormente Olaya, fue requerido por Márquez con el fin de que le hiciera un préstamo, por igual cantidad, a lo que de inmediato accedió; como ya los agentes de la Policía allí se encontraban, impidieron el mutuo, sin haber decomisado el billete, como en realidad lo debieron haber hecho.

"Rogelio Olaya Osorio, cuando recibió los cincuenta pesos, tenía conocimiento que tal dinero era el objeto o producto de un presunto delito contra la propiedad? Las constancias procesales sobre el particular no son nada explícitas. Los testigos José Arnoldo García A. y Manuel Antonio Montoya B. dan a entender que ningún conocimiento tenía el incriminado Olaya, de lo que antes había acontecido en la cantina de "Lolita", entre el primero de los testigos citados y el señor Wilson Márquez. No se da pues en autos el caso contemplado en el art. 199 del C. P.

"Lo anterior, lógicamente constituye una premisa. Si con antelación Olaya no tuvo conocimiento de que el dinero de marras fuera objeto o producto de un delito, consecuente es que 'nada estaba ocultando, ni ayudando a ocultar, o asegurando el producto o fruto de un delito'. En préstamo le solicitó Wilson los cincuenta pesos, y de inmediato entró a entregárselos. La falta de malicia estuvo en los agentes de la Policía, ya que ellos fueron informados por el ofendido en el delito contra la propiedad, señor Montoya Agudelo, y su compañero, de que el primero había sido despojado de esa suma, y no procedieron a decomisarla. En realidad, no es lícito suponer que Rogelio Olaya, sabía cabalmente que ese dinero había sido el apropiado por Márquez, momentos antes.

"Bien claro se ve con los razonamientos ante-

riores, que el elemento 'a sabiendas', no ha recibido la correspondiente refrendación probatoria en el proceso; elemento este que de conformidad con el art. 273 del C. P.P., "debe aparecer plenamente probado para que haya cuerpo del delito".

"Si el cuerpo del delito no se encuentra debidamente probado, ni aun siquiera llamamiento a juicio se puede dictar, y mucho menos sentencia condenatoria, pues que él constituye un elemento procesal, 'sine qua non', la ley no permite hacer recaer el peso de la ley sobre persona alguna.

"Pero ahondando más Rogelio Olaya, no fue lo suficientemente explícito en sus primeras declaraciones, fue reticente, inequívocamente acudió a la 'restricción mental' cuando el funcionario le hizo algunas preguntas en relación con el dinero tantas veces comentado, ¿tal comportamiento implicó un favorecimiento real? Tampoco puede predicarse esta modalidad del encubrimiento del prenombrado Rogelio Olaya. En consecuencia, tampoco por tal aspecto el cuerpo del delito se encuentra probado como perentoriamente lo exige el art. 203 del C. P. P. para que recaiga fallo condenatorio.

"El art. 199 del C. P. considera el 'favorecimiento', y el 200, la receptación. Se ha visto, cómo en forma clara, precisa, categórica, contundente, ninguna de las dos formas indicadas se encuentran debidamente probadas. La intención de favorecer al delincuente, por parte de Olaya, con los elementos necesarios no parece debidamente probado. Los dineros que posteriormente en diferentes partidas, las que el proceso anota, entregó a Wilson, no pueden tomarse como signo inequívoco de la comisión de un delito autónomo como lo es el encubrimiento. Quizá la Policía no permitió que el dinero fuera entregado, por cuanto consideraba que era un préstamo que Olaya hacía a Márquez, pero la intención de este, es lógico presumirlo, era entregarle lo que minutos antes le había dado; entonces se pregunta, ¿podrá haber en tal comportamiento 'favorecimiento'? De ninguna manera. El comportamiento del incriminado, ¿ayudaría a desviar o entorpecer la investigación? Las mismas copias que sirvieron como acápite para iniciar la presente investigación están pregonando lo contrario".

Tal el fundamento de la sentencia recurrida.

DEMANDA Y RESPUESTA

Como el Fiscal del Tribunal no se conformara con dicho fallo lo demandó en casación.

En su libelo invoca contra él la causal prevista en el numeral 1o. del art. 56 del Decr.-ley 528 de 1964, "afirmando que la sentencia de segundo grado acusada es violatoria de la ley sustancial o sea del art. 200 del C. P. Col. por haber incurrido en manifiesto error de hecho en la interpretación de una parte mínima de la prueba y por falta de apreciación de otra".

Se afirma, y en esto estriba el *Primer cargo*, que el Tribunal "solo aprecia la prueba que se origina en el careo de Alfonso Escobar Molina con el acusado y la versión de éste y lo dicho por el denunciante José Arnoldo García y parte de la base equivocada de que "sin que Márquez y Olaya hubieran conversado, ni hubieran tenido interacción alguna, en forma sorpresiva, el primero le dio al segundo la cantidad de cincuenta pesos, para que se los guardara, por lo menos esto es lo que lógicamente se puede presumir; posteriormente Olaya, fue requerido por Márquez con el fin de que le hiciera un préstamo, por igual cantidad, a lo que de inmediato accedió; como ya los agentes de la Policía allí se encontraban, impidieron el hurto, sin haber decomisado el billete, como en realidad lo debieron haber hecho".

Se asevera ser esta una consideración muy personal del sentenciador, a la cual, previa transcripción parcial del testimonio del citado García, del de Manuel Antonio Montoya Betancurt y de uno de los rendidos bajo juramento por el procesado, contrapone a ella su propio criterio:

"Es evidente y así se desprende de las constancias procesales —dice el actor— que Olaya no recibió el billete desprevenidamente 'para guardarlo'. Al producirse lo anterior percibió que la Policía, el ofendido y Márquez trataban de que se había cometido un delito por el último alrededor precisamente del billete de cincuenta pesos. La relación que surgió entre Márquez y Olaya no es la inocente de quien entrega un dinero a otro para su custodia sino la de quien de una parte protege y ampara al usurpador y de la otra busque quién oculte el producto del ilícito.

"Como consecuencia de este primer cargo el Tribunal apreció e interpretó equivocadamente esa prueba, dio por establecido un hecho que no se deduce de su texto, que trajo como resultado la violación indirecta de la ley sustantiva, concretamente en el art. 200 del C. P.".

Se contesta

Ni cuando el demandante alude a las pruebas

citadas por el Tribunal para excluir el elemento moral que informa en el caso de autos el delito de encubrimiento y que la ley cifra en las palabras "a sabiendas", ni cuando se refiere a los testimonios que invoca para fundar su personal concepto respecto de determinadas circunstancias fácticas, intenta el análisis probatorio de esos medios de convicción. Los aduce sin fijar su intrínseco contenido, su genuina significación, su grado de credibilidad; sin confrontarlos y ponderarlos en una apreciación de conjunto, fraccionándolos y desarticulándolos de su contexto, y recortando la visión del Tribunal que si no de modo explícito sí implícitamente se funda en todo el acervo probatorio.

Vale decir, que el actor no intenta siquiera demostrar el cargo. Lo enuncia apenas sin concretarlo en su aspecto esencial, esto es, en el yerro que atribuye al Tribunal, por haber este excluido, existiendo en el proceso la comprobación pertinente, el elemento expresivo de aquel dolo especial que se designa con las palabras "a sabiendas", equivalentes en otros términos, a "conocimiento inequívoco" y que exige la disposición penal que el impugnante reputa conculcada.

Y no sólo no logra hacerlo, sino que si se repara en el contenido de aquellas fragmentarias pruebas, se advierte que los hechos a que ellas se contraen en relación con el procesado Olaya Osorio, no se prestan a una interpretación unívoca.

Debió, pues, demostrar el actor, y no lo hizo, que el Tribunal erró al afirmar la inexistencia de un fenómeno que escapa a la percepción externa, solamente cognoscible inferencialmente por la vía de los hechos que lo exteriorizan. Error que, por añadidura, conforme a la norma que disciplina el motivo de impugnación aducido en este caso ha de ser manifiesto, esto es, de evidencia inmediata, por implicar "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

El libelo, en consecuencia, como lo expresa el Procurador, "falla por el aspecto de técnica de casación, pues el motivo invocado no es solamente 'el error de hecho' sino, conforme al segundo apartado del numeral 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, el error de hecho 'que aparezca de modo manifiesto en los autos'. El actor en nada fundamentó este último aspecto del motivo de casación, pues apenas presentó otra interpretación del careo entre Alfonso Escobar y Rogelio Olaya, pero, se repite, conforme a la causal invocada, de ninguna manera demostró el manifiesto error de hecho en el cual pudo haber incurrido el sentenciador de segunda instancia".

Por otra parte, el actor manifiesta, y es el *segundo cargo* que aduce contra la sentencia recurrida, que el Tribunal dejó de apreciar algunos elementos de convicción, incurriendo en error de hecho manifiesto al no darles su estimación legal, y cita como tales, reproduciéndolos parcialmente, los testimonios del denunciante, de Wilson Márquez, de Manuel Antonio Montoya Betancur, de Rogelio Olaya Osorio en sus dos primeras declaraciones, de Alfonso Escobar Molina, de Márquez nuevamente y otra vez de Escobar Molina, para concluir diciendo que demuestran "en términos generales":

"1o. Que Wilson Márquez arrebató cincuenta pesos a José Arnoldo García.

"2o. Que para asegurar el producto del ilícito y la impunidad llegó hasta el jeep en donde se encontraba Olaya Osorio y los entregó a este.

"3o. Que Olaya Osorio, los recibió en circunstancias evidentemente indicativas de la existencia de un delito contra la propiedad, de que eran el producto del mismo y en ese mismo instante Márquez tratara de devolverlos, simuló que los prestaba.

"4o. Que como la Policía impidió tal hecho o tal arreglo y los cincuenta pesos continuaban en poder del tenedor, parte de ellos los entregó al delincuente por contados.

"5o. Que Olaya Osorio confesó haber recibido el dinero aunque sin fundamento serio y verosímil dice que fue obligado o por temor a represalias.

"6o. Que Olaya Osorio actualizando actos materiales ocultando el producto del ilícito a sabiendas (sic)".

Afirma luego que "el elemento a sabiendas está acreditado en el expediente pues el señor Olaya Osorio tuvo conciencia de la existencia del delito, según su confesión, recibió el producto del mismo, realmente y además en circunstancias que lo hacían manifiestamente ostensible".

Y tras de transcribir algún aparte de su indagatoria, reitera el mismo concepto.

SE RESPONDE

Lo que se dijo para desechar el primer cargo pudiera repetirse mutatis mutandis para recha-

zar este, ya que el Fiscal recurrente al proponerlo, apenas sí lo enuncia sin lograr tampoco demostrarlo.

La parcial invocación ad litteram de pruebas que se presentan desnudas de toda crítica, sólo le sirve al impugnante para contraponer al criterio del Tribunal el suyo propio.

Es lo que al desestimar este cargo, el Procurador expresa en los siguientes términos:

"Este motivo de impugnación adolece de las mismas fallas anotadas en el cargo anterior y tal vez de manera más ostensible pues el recurrente se limitó a transcribir piezas del proceso para sostener en últimas: que Márquez arrebató un billete de cincuenta pesos a García; que para asegurarse del producto del ilícito entregó a Olaya Osorio el billete en cuestión; que el acusado se dio cuenta que el billete era producto de un delito; que devolvió a Márquez los cincuenta pesos por contados cuando este ya se encontraba privado de la libertad; que Olaya confesó haber recibido el dinero por las amenazas de Márquez.

"Fácilmente se advierte que el actor no demostró conforme a la técnica de casación, el error de hecho en que pudo incurrir el Tribunal Superior de Andes y menos que este fuese palpable, ostensible en el proceso, pues apenas presentó apartes de declaraciones, careos e indagatorias para considerar que sí se había cometido el ilícito atribuído a Olaya Osorio.

"De otra parte, la comprobación del elemento 'a sabiendas' es fundamental en el ilícito en cuestión y el material probatorio allegado al informativo no indica que el acusado hubiese captado la actitud de Márquez al arrebatar el billete de cincuenta pesos a García y menos coadyuvado —por el ocultamiento— a asegurar el producto del ilícito cometido por este. Osorio había puesto en marcha el automotor y cuando se detuvo frente al establecimiento en que se encontraban Márquez y García, aquel acudió presuroso al vehículo y le entregó el billete. En estas circunstancias el acusado ignoraba el origen del billete y, en consecuencia, mal podía encubrir un ilícito cuya comisión ignoraba.

"En estas condiciones no se ha logrado la demostración del motivo de casación, ya que el recurrente apenas presentó una interpretación personal del material probatorio pero, se repite, no demostró el manifiesto error de hecho en la estimación de la prueba que determinó la absolución del acusado".

Y no debe olvidarse que según constante jurisprudencia de esta Sala "La función de la Corte en caso de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba por parte de los tribunales".

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Andes contra la sentencia del mismo tribunal de 21 de febrero último.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torrés, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

TECNICA DE CASACION

Por tratarse de un recurso extraordinario, en que se juzga el asunto materia del proceso, no como "thema decidendum", sino como "thema decisum", la actividad jurisdiccional de la Corte, queda circunscrita a los límites que le trace el impugnante en la demanda, la que ha de indicar en forma clara y precisa los fundamentos para pedir la infirmación del fallo objeto del recurso.

No constituye el recurso de casación una tercera instancia, extremo que de manera casi infatigable ha repetido esta Sala, la actividad jurisdiccional de la Corte queda circunscrita a los límites que, conforme a la ley, le trace el impugnante en el libelo acusatorio. Lo cual significa que el sentenciador extraordinario no puede variar oficiosamente el ámbito de la acusación, ensanchando o restringiendo sus dimensiones, o supliendo de su propio motivo razones o argumentos que no fueron aducidos, o que se adujeron de manera recortada o deficiente, o que habrían sido dialécticamente eficaces para demostrar medios de impugnación distintos de aquellos en cuyo favor se alegan.

Dentro de este orden de ideas es apenas obvio que las disposiciones reguladoras del recurso exijan, entre otros requisitos, que la demanda de casación exprese la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Claridad y precisión indispensables, ya que en este recurso no se juzga el asunto materia del proceso *como thema decidendum*, sino la sentencia de segundo grado como *thema decisum*, a la cual ampara una presunción de certeza.

La *precisión* exigida por la ley implica el señalamiento del *modo* como el demandante considera *infringida* la *norma* sustancial. Si de manera *directa*, vale decir, sin que la violación surja o provenga de errores de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas; o por vía *indirecta*, a causa de yerros de la naturaleza indicada en la estimación probatoria. Asimismo, habrá de concretar el actor, si se alegare violación directa, el sentido en que se produjo el quebranto: por *omisión*, por *aplicación indebida* o por *interpretación errónea*, demostrando, respectivamente, que se dejó de aplicar al caso de autos la norma sustantiva pertinente, o que se utilizó la que no contempla el evento debatido, o, finalmente, que no obstante ser la disposición adecuada, se la entendió en un sentido distinto al que se halla "en la mente de la ley".

Y cuando la acusación se construya sobre la hipótesis del error de hecho en la apreciación de una prueba con significado trascendente, quien lo alegue debe demostrar que el sentenciador no contempló el elemento de juicio que obra en el proceso, o que supuso el que no existe en el informativo, caso este en que podría incluírse la desfiguración del medio probatorio, haciéndole decir lo que en verdad no expresa, porque en tal evento la irrealidad, en el fondo, equivale a la inexistencia. En otros términos, el yerro de que se trata, para que sea jurídicamente relevante en casación, debe ser ostensible, patente, manifiesto.

Además, la *precisión*, exige que cuando la censura verse sobre el error de derecho en la valoración probatoria, el impugnante señale el precepto regulador de la prueba que se pretende infringido y, a través del adecuado raciocinio, concluya la operación dialéctica con la demostración de que el sentenciador quebrantó la norma sustancial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: octubre 3/69. — Acta No. 38).

VISTOS

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot, confirmando la de primer grado, condenó a *Josefina Niño de Martínez* a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio, consumado en la persona de Delfina Bernal de Silva.

I

ANTECEDENTES

En altercado que protagonizaran Josefina Niño de Martínez y Delfina Bernal de Silva el 7 de febrero de 1966, en el sitio llamado "San Francisco", camino veredal de "El Porvenir", comprensión municipal de "El Colegio", la primera de las referidas mujeres propinó a la segunda, a la sazón amante de su legítimo esposo, José del Carmen Martínez, múltiples heridas con arma blanca, a consecuencia de las cuales, conforme a la necropsia, falleció poco después en el Hospital del mencionado municipio.

Adelantada la investigación por el Juez Penal Municipal de "El Colegio", pasó luego el informativo al Juzgado Superior de Girardot, en donde, mediante providencia calendada el 8 de noviembre de 1967, Josefina Niño de Martínez fue llamada, por tales hechos, a responder en juicio con intervención del Jurado, anotándose en la parte motiva que había obrado dentro de las circunstancias previstas por el art. 28 del C. P. (fls. 308 a 313, cdno. 1o.).

Con oportunidad de la Audiencia Pública se sometió a la consideración del Tribunal popular el siguiente cuestionario:

"*Josefina Niño de Martínez*, de anotaciones personales y civiles consignadas en el Proceso, es responsable, SI o NO, de haber dado muerte con intención de matar a *Delfina Bernal de Silva*, al propinarle numerosas heridas con arma cortante y de peso (machete), en diferentes partes del cuerpo, las cuales en conjunto le produjeron el deceso debido a la anemia consecuencial de la hemorragia, actos que la acusada consumó en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, según hechos sucedidos en las horas de la tarde del día 7 de febrero de mil novecientos sesenta y siete (1967) en el sitio San Francisco, vereda El Porvenir, municipio de El Colegio, comprensión jurisdiccional de este Distrito Judicial ?".

"*Sí es responsable en estado de ira e intenso dolor en defensa de su honor*", fue la respuesta del Jurado.

Pero en el Acta de la Audiencia Pública, pieza que obra de fls. 369 a 381 vto. del cuaderno primero, se hizo constar lo siguiente:

"Acto seguido el Defensor de la procesada Dr. Alvaro Fonseca Infante, pidió de la Presidencia aclaración del veredicto por parte de los Jurados, porque consideraba que la ira y el intenso dolor estaban reconocidos dentro del cuestionario y que solamente debería resolverse lo de la legítima defensa del honor. Al respecto el Presidente de la Audiencia oyó verbalmente a los Jurados quienes manifestaron que precisamente se reconocía la ira y el intenso dolor por grave e injusta provocación en cuanto que el honor de la procesada se había quebrantado y por tal circunstancia se originó la ira, era único aspecto que ellos reconocían, (Sic). Respecto a esta aclaración, el Despacho dispone que los Jurados firmen la presente Acta y si tienen alguna otra aclaración que hacer la hagan, al igual que el Defensor para el estudio conducente a la sentencia. En esta forma y siendo las 12:30 del día, se da por terminada la presente diligencia y se firma por quienes en ella intervinieron".

Estimó el sentenciador de primer grado que la disposición aplicable, frente a los hechos calificados por el Juri, era el art. 382 del C. P., en la modalidad prevista por el inc. 1o., y apoyado primordialmente en tales premisas, impuso a la procesada la pena principal de cuatro (4) años de presidio, criterio acogido por el *ad quem* al confirmar el fallo de aquel, pero anotando que "de la realidad procesal y del veredicto, se desprende con claridad meridiana que la disposición aplicable y a la cual quiso referirse el señor Juez, es la contenida en el inc. 2o. de la citada disposición, que es el que trata precisamente de estas situaciones de orden emotivo determinadas por ofensas provenientes de la infidelidad conyugal".

II

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

La acusación al fallo recurrido, sustentada por el personero especial de Josefina Niño de Martínez, se formula al amparo de las causales consagradas en los numerales 1o. y 2o. del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964, en su orden.

El actor, después de transcribir textualmente los dos motivos de casación aducidos y de exponer, a manera de exordio, algunas consideraciones generales sobre la causal primera, propone, apoyado en esta, dos cargos. Como el contenido dialéctico de los argumentos carece de la necesaria precisión conceptual, conviene reproducir los apartes en que el impugnante parece recoger, compendiándolo, su criterio con respecto a la primera de las tachas propuestas:

"El H. Tribunal Superior de Girardot, —dice— al condenar el dieciocho de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho a Josefina Niño de Martínez, a cuatro años de presidio, desconociendo un veredicto clara e impecablemente absolutorio, aplicó indebidamente el inc. 2o. del art. 382 del C. P.

"Por consiguiente, se aplica indebidamente una disposición del derecho penal sustancial cuando se subsume en ella una situación fáctica diferente.

"Si la oposición evidentísima entre la sentencia y el veredicto se acepta por la H. Corte, como así lo espero, debe prosperar este primer cargo con fundamento en la causal primera de casación.

"En caso de que así sea, ruego a la Corte, con acatamiento debido, dictar la sentencia absolutoria y disponer la inmediata libertad de la procesada".

Dentro de lo argüido para sustentar las conclusiones que acaban de copiarse, el demandante formula un cargo de nulidad, consistente, en su sentir, en que no se convocó al Jurado para una deliberación conjunta y secreta, a fin de absolver la aclaración del veredicto, solicitado por el defensor al concluir la audiencia pública.

En desarrollo del segundo de los cargos planteados con apoyo en la causal primera, sostiene el impugnador:

"Se vio en el capítulo anterior, acaso con demasiada amplitud, cómo el veredicto emitido por el Juri, dentro de la causa seguida a Josefina Niño de Martínez, por la muerte violenta de Delfina Bernal de Silva, fue claramente absolutorio.

"Pues bien, si el jurado estimó, frente a las pruebas y las argumentaciones de la defensa, que el proceder de la Martínez, aparentemente era delictuoso pero, en el fondo, había actuado por una razón o motivo que estimó justificante: el honor, expresándolo así en su decisión escrita, es imperativo convenir que ha debido ser absuelta por el juez de derecho, en acatamiento a esa veredicción.

"Como el H. Tribunal de Girardot, en la ameritada sentencia, desconoció el contenido y forma del veredicto, pretextando interpretarlo frente a una írrita aclaración, es el caso que aplicó indebidamente una norma penal, condenando a la procesada a cuatro años de presidio.

"Pero a la vez, y acaso por ello mismo, dejó al margen, por así decirlo, otra disposición penal sustancial, la que justifica su proceder, con lo cual se hace más de bulto la ilegalidad del fallo acusado ante la Corte".

De lo anterior concluye el demandante:

"El H. Tribunal Superior de Girardot, al condenar a Josefina Niño de Martínez, a cuatro años de presidio, como autora de la muerte violenta de Delfina Bernal de Silva, en contraposición al veredicto del jurado, aplicó indebidamente el inc. 2o. del art. 382 de la codificación penal vigente.

"Y, correlativamente, dejó de darle aplicación a la disposición del artículo 25 del C. P., referente a las causales de justificación, que sí era pertinente y de obligatorio cumplimiento, ya que el H. Tribunal predicó la conformidad del veredicto con la realidad procesal.

"Ahora bien, si la aplicación o inaplicación de las normas de derecho sustancial son fundamento de la causal primera de casación, el cargo que formulo al fallo recurrido, con fundamento en dicha causal, ha de prosperar, igualmente.

"En este supuesto, ruego a la Corte absolver a mi mandante, casando así la sentencia de segunda instancia".

Causal Segunda.- Con léxico diferente, pero utilizando en el fondo la misma argumentación presentada para sustentar la causal primera, considera el recurrente, en esencia, que el fallo de segundo grado, mediante el cual se impuso a la acusada la pena de cuatro años de presidio,

"está, no en desacuerdo simplemente, sino en clara pugna con el veredicto", porque los jueces de conciencia expresaron diáfanamente que la señora de Martínez "había obrado dentro de un estado de justificación del hecho".

Concluye el impugnante expresando que este único reparo que formula al fallo acusado con fundamento en la causal segunda, debe prosperar, porque "frente a un veredicto absolutorio, se dictó sentencia condenatoria".

En capítulo final intitulado "Otro Motivo de Casación", el actor, después de expresar que "con el temor sincero de pecar contra el orden y la claridad de la demanda", se ve precisado a proponer, con carácter subsidiario y al amparo de la causal primera, otro motivo de impugnación contra el fallo recurrido, sostiene, en suma, lo siguiente:

El sentenciador de segunda instancia "interpretó erróneamente el art. 382 del C. P., y lo interpretó erradamente porque, a pesar de haberlo entendido rectamente y en su sentido lógico, "le hizo" producir efectos superiores a los determinados en ella, respecto a la pena base, la cual se aplicó a la procesada". Agrega que la pena que corresponde a Josefina de Martínez es la mínima de dos años, ya que contra ella no obran circunstancias de mayor peligrosidad. Al no imponer ese mínimo, el fallador interpretó erradamente los arts. 36 y 39 de aquella obra, sin que pueda argüirse que "la gravedad y modalidades del hecho", apreciadas por el Tribunal para individualizar la sanción, sean aceptables en el caso subexamine, pues se trata aquí "de un hecho consumado en un estado emocional especialísimo, y esa la consideración que tuvo el legislador, y la doctrina en general, para considerar esta figura como considerablemente atenuada".

III

EL MINISTERIO PUBLICO

Después de atinadas observaciones acerca de la forma confusa y desordenada en que se formula la impugnación, como también sobre la vaguedad y falta de técnica que exhibe la demanda, el Procurador Segundo Delegado responde concretamente a las tachas propuestas dentro del ambito de la causal primera en los términos que en seguida se transcriben:

"a) En cuanto al primer cargo que se formula al fallo recurrido con apoyo en la causal primera, se observa que es impertinente alegarlo en el caso propuesto por el actor al referirse a un supuesto desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, el cual se hace consistir en el hecho de que el jurado absolvió a la acusada al agregar la frase "en defensa de su honor", en tanto que el fallo la consideró responsable con base en lo dispuesto en el inc. 2o. del art. 382 del C. P., porque este motivo corresponde específicamente al previsto en el numeral 2o. del art. 56 del Decreto citado y por consiguiente la acusación carece de fundamento.

"b) Con invocación de la misma causal el actor estima que como no se convocó al jurado para una deliberación conjunta y secreta para que absolviera la aclaración del veredicto, solicitada por el defensor de la acusada en la audiencia pública, se incurrió en causal de nulidad del juicio. Dicha afirmación está totalmente desprovista de demostración jurídica y ni siquiera se menciona la causal cuarta de casación que sería la pertinente para sustentar un cargo de semejante naturaleza.

"c) Con base en la misma causal primera de casación invocada como subsidiaria, el recurrente, luego de afirmar que el jurado en el veredicto negó toda responsabilidad de su mandante en el hecho y por tanto la sentencia debió ajustarse a esa decisión, acepta ahora la responsabilidad de la acusada exponiendo que la sentencia del Tribunal Superior de Girardot aplicó incorrectamente el inc. 2o. del art. 382 del C. P. porque debiéndole imponer el mínimo de la sanción que es de dos años, ya que no existen circunstancias de mayor peligrosidad, le señaló la pena de cuatro años de presidio con lo cual se violó dicho precepto y los arts. 36 y 39 de la citada codificación.

"Las acusaciones con base en el primer motivo de casación materia de examen, a más de las fallas anotadas inicialmente respecto de la técnica, son contradictorias y en ellas se incurre en una petición de principio, porque idéntica situación no puede ser y no ser al mismo tiempo. De otra parte, la sanción impuesta en el fallo es correcta ya que el juzgador de instancia tiene facultad legal de aplicar la pena 'dentro de los límites señalados por la ley según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso'. El Tribunal Superior en desarrollo de lo dispuesto en el C. P., aplicó la sanción de cuatro años de presidio, graduada bajo la base del mínimo señalado para el delito de homicidio (art. 362) disminuída a las tres cuartas partes (art. 382).

pero con el aumento previsto en el artículo 36, en consideración a las circunstancias graves del hecho juzgado, consistentes en que la responsable infligió veintitrés heridas con arma blanca a la víctima cuando se hallaba en condiciones de inferioridad personal, circunstancias estas que surgen ostensiblemente de los autos".

Tampoco encuentra la Procuraduría fundamento alguno a la impugnación ensayada a través de la causal segunda, razón por la cual estima que la Sala debe desechar el recurso extraordinario de que se trata.

IV

LA CORTE CONSIDERA

1. No constituyendo el recurso de casación una tercera instancia, extremo que de manera casi infatigable ha repetido esta Sala, la actividad jurisdiccional de la Corte queda circunscrita a los límites que, conforme a la ley, le trace el impugnante en el libelo acusatorio. Lo cual significa que el sentenciador extraordinario no puede variar oficiosamente el ámbito de la acusación, ensanchando o restringiendo sus dimensiones, o supliendo de su propio motivo razones o argumentos que no fueron aducidos, o que se adujeron de manera recortada o deficiente, o que habrían sido dialécticamente eficaces para demostrar medios de impugnación distintos de aquellos en cuyo favor se alegan.

2. Dentro de este orden de ideas es apenas obvio que las disposiciones reguladoras del recurso exijan, entre otros requisitos, que la demanda de casación exprese la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas. Claridad y precisión indispensables, ya que en este recurso no se juzga el asunto materia del proceso *como thema decidendum,* sino la sentencia de segundo grado *como thema decisum,* a la cual ampara una presunción de certeza.

3. La *precisión* exigida por la ley implica el señalamiento del *modo* como el demandante considera infringida la norma sustancial. Si de manera *directa,* vale decir, sin que la violación surja o provenga de errores de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas; o por vía *indirecta,* a causa de yerros de la naturaleza indicada en la estimación probatoria. Asimismo, habrá de concretar el actor, si se alegare violación directa, el sentido en que se produjo el quebranto: por *omisión,* por *aplicación indebida* o por *interpretación errónea,* demostrando, respectivamente, que se dejó de aplicar al caso de autos la norma sustantiva pertinente, o que se utilizó la que no contempla el evento debatido, o, finalmente, que no obstante ser la disposición adecuada, se la entendió en un sentido distinto al que se halla "en la mente de la ley".

Y cuando la acusación se construya sobre la hipótesis del error de hecho en la apreciación de una prueba con significado trascendente, quien lo alegue debe demostrar que el sentenciador no contempló el elemento de juicio que obra en el proceso, o que supuso el que no existe en el informativo, caso este en que podría incluírse la desfiguración del medio probatorio, haciéndole decir lo que en verdad no expresa, porque en tal evento la irrealidad, en el fondo, equivale a la inexistencia. En otros términos, el yerro de que se trata, para que sea jurídicamente relevante en casación, debe ser ostensible, patente, manifiesto.

Además, la *precisión* exige que cuando la censura verse sobre el error de derecho en la valoración probatoria, el impugnante señale el precepto regulador de la prueba que se pretende infringido y, a través del adecuado raciocinio, concluya la operación dialéctica con la demostración de que el sentenciador quebrantó la norma sustancial.

4. Ahora bien: Toda la estructura de la acusación formulada al fallo recurrido al amparo de la causal primera descansa sobre el aserto, no demostrado, pero repetido con insistencia, de que el Tribunal de Girardot, al condenar a Josefina Niño de Martínez, como autora de la muerte violenta de Delfina Bernal de Silva, "*en contraposición al veredicto del jurado,* aplicó indebidamente el inc. 2o. del art. 382 de la codificación penal vigente". (Ha subrayado la Sala). Afirmación que el actor ratifica de manera inequívoca cuando expresa: "Si la oposición evidentísima entre la sentencia y el veredicto se acepta por la H. Corte, como así lo espero, debe prosperar este primer cargo con fundamento en la causal primera de casación". En el denominado segundo cargo, con apoyo en la misma causal primera, se hace idéntica argumentación. Como se ve, no sólo hay imprecisión conceptual en tales planteamientos, sino evidente error, porque se invoca la causal primera para sustentar un motivo que específicamente corres-

ponde al consagrado por el numeral 2o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964. Y ello es suficiente para desestimar la acusación por tal aspecto.

5. También habrá de rechazarse la supuesta informalidad de no haberse convocado de nuevo al Jurado para que se pronunciara privadamente acerca de la aclaración solicitada por la defensa, no sólo porque tal circunstancia no se halla contemplada como causa de nulidad dentro de las que taxativamente establece la ley, sino porque siendo un motivo en principio aducible dentro del ámbito de la causal 4a. de casación, a la cual ni siquiera aludió el actor, se propuso erradamente con invocación de las causales 1a. y 2a.

6. En cuanto a la causal segunda, se recordará que los jueces de conciencia declararon a la acusada responsable de la muerte de Delfina Bernal de Silva, reconociendo que había obrado "en estado de ira e intenso dolor en defensa de su honor", locución que el tribunal popular precisó a solicitud del defensor, según quedó escrito en el acta de la audiencia pública, suscrita por los miembros del Jurado y no tachada de falsedad, en el sentido de que la expresión "en defensa de su honor" se refería exclusivamente a la causa de la ira,, calificada como grave e injusta. Ya se vio en la parte apropiada del presente fallo, que en el Acta referida se hizo constar, de manera textual, lo siguiente:

"Al respecto el Presidente de la Audiencia oyó verbalmente a los Jurados quienes manifestaron que precisamente se reconocía la ira y el intenso dolor por grave e injusta provocación en cuanto que el honor de la procesada se había quebrantado y por tal circunstancia se originó la ira, era el único aspecto que ellos reconocían".

La voluntad declarada de los jueces de conciencia, es, pues, terminante. Por lo demás, nada autoriza a pensar, dada la realidad de los hechos, no controvertibles en casación cuando se trata de juicios con intervención del Jurado, que este hubiese querido referirse a la figura exculpativa de la legítima defensa del honor prevista por el art. 25 del C. P., sino a la reacción vindicativa de la acusada, producida con posterioridad a la agresión del bien jurídico injustamente lesionado.

No es exacto, en consecuencia, como lo estima el demandante, que aquí se esté frente a un veredicto absolutorio. Y si no es exacto, carece de todo fundamento la tacha de que la sentencia se halla en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

7. Respecto del último motivo de impugnación, propuesto con carácter subsidiario y apoyado en la causal primera, la Sala estima innecesario agregar cualesquiera otras razones a las que en su momento expuso el Procurador, sobre el particular en su respuesta a la demanda. El fallador, haciendo uso del prudente y necesario arbitrio consagrado en el art. 36 del C. P., individualizó la sanción a la acusada. "Para adecuar o proporcionar la pena a determinado delincuente —ha dicho la Corte— no debe atenerse el sentenciador tan sólo a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, como ocurría bajo la antigua legislación con las agravantes y atenuantes; pues a más de las circunstancias el juez debe apreciar también 'la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes' y 'la personalidad del agente'. (Art. 36 del C. P.)".

8. No hallándose justificada ninguna de las causales aducidas, habrá de aplicarse el precepto contenido en el art. 569 del C. P.P..

V

DECISION

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la Procuraduría Segunda Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot condenó a *Josefina Niño de Martínez* a la pena principal de cuatro (4) años de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsables del delito de homicidio, consumado en la persona de Delfina Bernal de Silva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal que corresponda. Insértese en la *Gaceta Judicial.*

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 SEGUNDA DE CASACION

El desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, como causal de casación, sólo procede en los juicios en que no interviene el jurado, pues en estos, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto. Improcedencia de la causal del apartado segundo del ordinal 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1969, en los juicios en que interviene el Jurado. Causal 1a. de Casación.

1. Con base en la causal segunda de casación, se puede alegar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, en aquellos juicios en que no existe la intervención del jurado, pues en ellos corresponde directamente al juez de derecho proferir el fallo definitivo. O bien se puede acusar la sentencia, por desacuerdo de ella con el veredicto del Jurado, en los casos en que el tribunal popular debe intervenir para decidir sobre la responsabilidad del procesado. Por ello se ha dicho, en repetidas oportunidades, que la sentencia es conclusión a las premisas sentadas en el auto de proceder, en los juicios sin jurado, y en cambio, ella debe responder al veredicto del jurado, cuando este cuerpo ha cumplido su función.

Habiendo actuado un Consejo de Guerra Verbal, al invocar la causal segunda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, el demandante sólo podía atenerse al motivo consistente en desacuerdo del fallo con el veredicto proferido.

2. En los juicios en que interviene el jurado —tiene dicho la Corte— no procede la causal primera de casación, apartado segundo, es decir, la violación de la ley sustancial, por la apreciación errónea de la prueba, o por falta de apreciación de la misma, pues los jueces de conciencia tienen libertad para estimar la que se somete a su decisión, de una parte. Y de otra, el estudio de tal situación no corresponde a la Corte, ni está erigido en causal de casación. Fuera de lo anterior, es necesario que el demandante, al invocar la violación indirecta de la ley sustancial, indique, con toda claridad, en qué error de hecho o de derecho incurrió el fallador y que lo demuestre en forma plena, especialmente cuando él no es protuberante.

3. En casación no cabe alegar remedios contrarios. Si se argumenta contra la sentencia con fundamento en el apartado primero del numeral 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, se tiene que admitir las situaciones fácticas que apreció el Tribunal. Si, en cambio, se habla de violación indirecta, se están precisamente rechazando los hechos por los cuales se impuso una sanción. Es decir, se incurre en notorio error de técnica, al invocar dos motivos que se excluyen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: octubre 10/69. - Acta No. 39).

VISTOS

Luis Virgilio Gallardo recurrió en casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior Militar, el 19 de septiembre de 1968, en la cual lo condenó a treinta (30) meses de prisión, como autor responsable del delito de violencia carnal, por el cual respondió ante un Consejo de Guerra Verbal.

Cumplidos los trámites de procedimiento, es el momento de decidir.

ANTECEDENTES

El 19 de agosto de 1967, en el paraje "El Centenario", en el municipio de San Vicente de Chucurí, el Cabo 1o. del Ejército, Luis Virgilio Gallardo, mediante violencia, sometió al acceso carnal a Zoraida Amaya de Castro.

La ofendida denunció el hecho al Juzgado

78 de Instrucción Penal Militar, funcionario que inició inmediatamente la investigación y ordenó, por auto de 22 de agosto de 1967, la detención preventiva del sindicado.

Por Res. No. 002 de 1967, el Comando del Batallón de Infantería No. 20 "Bogotá" convocó un Consejo de Guerra Verbal "para que mediante el trámite correspondiente juzgue al Cabo 1o. *Luis Virgilio Gallardo* por el delito de violencia carnal de que trata el Libro II, Título XII, Capítulo I, arts. 316 y siguientes del C. P. La audiencia se celebraría en la Escuela del Corregimiento del Centenario, en el municipio de San Vicente de Chucurí.

Al Consejo se sometió la siguiente cuestión:

"¿El acusado, Cabo 1o. *Luis Virgilio Gallardo,* de condiciones militares y personales conocidas dentro del proceso, es responsable *sí* o *no* de haber efectuado ilegítimo acceso carnal en la persona de *Zoraida Amaya de Castro,* sin haber obtenido el consentimiento (sic) de esta y empleando para realizarlo la fuerza física consistente en intimidar a la víctima con el arma de fuego automática de dotación que portaba y obligándola a entregársele, hechos estos que tuvieron ocurrencia en jurisdicción del municipio de San Vicente de Chucurí el día 19 de agosto del año en curso?"

Se obtuvo una respuesta afirmativa de responsabilidad, por mayoría de votos.

Con base en el veredicto, el Presidente del Consejo dictó, el 28 de agosto de 1967, sentencia en la que condenó a Gallardo a la pena de cuatro (4) años de prisión y a las sanciones accesorias correspondientes.

El Tribunal Superior Militar, al revisar, por apelación, el fallo mencionado, lo reformó en el suyo de 19 de septiembre de 1968, en el cual impuso al acusado la pena de treinta (30) meses de prisión, en lugar de la sanción antes indicada por el Juez de primera instancia.

Contra la sentencia del Tribunal Superior Militar se interpuso la casación que ahora se decide.

DEMANDA DE CASACION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Por medio de apoderado. *Luis Virgilio Gallardo* presentó la respectiva demanda de casación En ella se acusa la sentencia del Tribunal Superior Militar, con base en las causales 2a. y 1a. de las señaladas en el art. 56 del Decr. 528 de 1964.

La causal segunda se hace consistir en un desacuerdo entre el veredicto del Consejo de Guerra Verbal y la sentencia y entre esta y el cuestionario sometido a aquel.

La causal primera se sustenta por el demandante en los siguientes términos:

"La entidad sentenciadora, aplicó el art. 316 y el ord. 3o. del art. 317 del C. P., *indebidamente,* ya que el *hecho* que dio origen a la celebración del consejo de guerra, que concluyó con la sentencia condenatoria en contra del Cabo. 1o. *Luis Virgilio Gallardo,* no se demostró en la forma establecida por el art. 203 del C. de P. P.

"La infracción no fue establecida plenamente, es decir, la violencia nacida de las amenazas, de que habla *Zoraida Amaya de Castro,* ejecutadas por mi poderdante, para someterla al acceso carnal, sojuzgando su libertad para llevar a cabo tal acto.

"Las aseveraciones de la denunciante nada prueban, y las declaraciones allegadas al proceso, a excepción de la de *María del Carmen Castro (menor de edad),* son de oídas, las que solo demuestran, lo que se les dijo, pero en manera alguna, el hecho físico. o sea la exteriorización del delito.

"No existen en el proceso, los elementos de convicción añorados por la disposición, que se acaba de puntualizar, o sea plena prueba de la infracción y plena prueba de la responsabilidad del sindicado, en el delito averiguado. El ilícito consistiría en la violación física desarrollada por *Gallardo,* para cumplir su cometido, o sea la unión carnal, con Zoraida Amaya de Castro, y como esta modalidad *(violencia),* no está acreditada, no aparece quebrantado, el art. 316 del C. P., *indebidamente* aplicado por la entidad falladora; y, como el art. 203 del C. de P. P., hace exigencias perentorias, sobre el lleno de determinados requisitos, para que se profiera sentencia de condena, y como estos no se vislumbran, dicho principio fue violado obstensiblemente (sic) por la Corporación indicada".

Las peticiones de la demanda se dirigen a obtener que se invalide la sentencia acusada "y como consecuencia de dicha decisión, se ordene la libertad de mi patrocinado, en la forma ordenada por la ley procesal penal".

Al contestar la demanda, el Procurador Delegado para las Fuerzas Militares pide que se deseche el recurso, porque, en su concepto, está demostrado el delito de violencia carnal imputado a Luis Virgilio Gallardo, por lo cual el ve-

redicto del Consejo de Guerra Verbal corresponde a la realidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Con base en la causal segunda de casación, se puede alegar el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder, en aquellos juicios en que no existe la intervención del jurado, pues en ellos corresponde directamente al juez de derecho proferir el fallo definitivo. O bien se puede acusar la sentencia, por desacuerdo de ella con el veredicto del jurado, en los casos en que el tribunal popular debe intervenir para decidir sobre la responsabilidad del procesado. Por ello se ha dicho, en repetidas oportunidades, que la sentencia es conclusión a las premisas sentadas en el auto de proceder, en los juicios sin jurado, y en cambio, ella debe responder al veredicto del jurado, cuando este cuerpo ha cumplido su función.

2. Por consiguiente, habiendo actuado, en este proceso, un Consejo de Guerra Verbal, al invocar la causal segunda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior Militar, el demandante sólo podía atenerse al motivo consistente en desacuerdo del fallo con el veredicto proferido.

3. Ahora bien, al preguntar al Consejo de Guerra Verbal por la responsabilidad de Luis Virgilio Gallardo, como autor del delito de violencia carnal en Zoraida Amaya de Castro, y al obtenerse una respuesta afirmativa, el Tribunal, acatando lo dispuesto por el art. 15 del Decr. 1358 de 1964, tenía que proferir sentencia con base en ese veredicto.

En ella, el Tribunal aplicó la pena, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 36 del C. P., pues apreció "la gravedad del hecho y las circunstancias en que fue cometido" para imponer una sanción que sobrepasa el mínimo de la imponible para el delito. Es sabido, además, que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, no modificadoras o elementos constitutivos del delito, deben ser apreciadas por el juez de derecho (art. 499 del C. de P. P.).

4. Con relación a la causal primera invocada, es de observar que el demandante fue impreciso al exponer sus fundamentos, ya que, en unos apartes del libelo se habla de falta de prueba del delito, y en otros, de indebida aplicación del ord. 3o. del art. 317 del C. P. O sea, en un caso, se alega la indirecta violación de la ley penal, y en otro la violación directa, por aplicación indebida.

Pues bien. En los juicios en que interviene el jurado —tiene dicho la Corte— no procede la causal primera de casación, apartado segundo, es decir, la violación de la ley sustancial, por la apreciación errónea de la prueba, o por falta de apreciación de la misma, pues los jueces de conciencia tienen libertad para estimar la que se somete a su decisión, de una parte. Y de otra, el estudio de tal situación, sólo conduciría a la contraevidencia del veredicto, y su declaración no corresponde a la Corte, ni está erigido en causal de casación. Fuera de lo anterior, es necesario que el demandante, al invocar la violación indirecta de la ley sustancial, indique, con toda claridad, en qué error de hecho o de derecho incurrió el fallador y que lo demuestre en forma plena, especialmente cuando él no es protuberante.

5. Si de violación directa se trata, el demandante debió demostrar tal extremo. Pero se limitó a sostener que se había dado aplicación indebida al numeral 3o. del art. 317 del C. P., sin que ello aparezca en la sentencia, pues en esta únicamente se tuvo en cuenta, para la individualización de la pena, "la gravedad del hecho y las circunstancias en que fue cometido", dando así aplicación a lo ordenado en el art. 36 del C. P.

De otra parte, en casación no cabe alegar remedios contrarios. Si se argumenta contra la sentencia con fundamento en el apartado primero del numeral 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, se tiene que admitir las situaciones fácticas que apreció el Tribunal. Si, en cambio, se habla de violación indirecta, se están precisamente rechazando los hechos por los cuales se impuso una sanción. Es decir, se incurrió en notorio error de técnica, al invocar dos motivos que se excluyen.

No están demostradas las causales de casación invocadas.

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 Procurador Delegado para las Fuerzas militares, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior Militar.

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.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

Cuando la sentencia se dicta con base en un veredicto contradictorio, no procede esta causal, sino la del ordinal 3o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964. Se ratifica la doctrina sobre la compatibilidad del estado de ira o intenso dolor, con el asesinato. Técnica de casación. Causal 1a.

1. El llamado "cargo básico", aducido al amparo de la causal 2a. de casación, se hace consistir, en que el fallo impugnado se profirió en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque, al aceptar este que los hechos se consumaron "en estado de ira e intenso dolor", desintegró la figura del homicidio en la denominación de asesinato —ords. 2o. y 5o. del art. 363 del C. P.—, para reconocer, en cambio, un homicidio, no sólo en el carácter de simplemente voluntario, sino también específicamente atenuado, de acuerdo con las previsiones del art. 28 del C. P., señalando de este modo, aunque implícitamente, que la determinación del Jurado contiene proposiciones contradictorias.

El cargo, aducido en esta forma, sobre la base de que el veredicto es contradictorio, desplaza el debate a la esfera de la causal de casación prevista en el ord. 3o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, no invocada en el libelo de la acusación, originando la necesidad de rechazar, conforme a la doctrina de esta Corporación, la "causal aducida, por no encontrarla justificada", así como también "la que trató de demostrarse, por no haberse alegado". (sentencia 30 de mayo de 1959, XC, 769).

2. La Corte, por lo demás "se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato, en el sentido de que sí son compatibles". (Sents. abril de 1943, 26 de julio de 1944, 4 septiembre 1945 y 24 septiembre 1969).

3. La demanda, en lo que toca con la condenación en concreto en torno a los perjuicios generados en el delito, aunque invoca el ord. 1o. del art. 52 del Decr. 528 de 1964, no especifica cuál de los dos incisos de esa disposición legal es el que, en particular, se toma como base para el cargo que en ella se formula, ni tampoco norma alguna, en el carácter de sustancial, como era lo indicado, siguiendo la exigencia técnica del recurso de casación, que hubiera resultado violada, "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", al darse al dictamen pericial el valor de plena prueba respecto a los perjuicios a que el mismo se refiere y entonces, como es obvio, ha de concluirse en que el reproche al fallo acusado, por este aspecto, estuvo mal formulado y, además, careció de siquiera un principio de demostración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: octubre 10/69. - Acta No. 39).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Roberto López Daza* contra la sentencia del 27 de febrero del año en curso, por medio de la cual el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bolívar lo condenó, como responsable del delito de homicidio en Hugo Narváez Ortiz, a la pena de *Quince (15) años de presidio*, al pago, por concepto de perjuicios generados en ese delito, de $ 100.658.00, a favor de las personas que, "conforme a la ley", tengan derecho a ellos, y a las penas accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION

La mañana del 7 de mayo de 1965, López Daza determinado por una grave enemistad con Narváez Ortiz, generada en la disputa a que entraron en torno a una servidumbre de

tránsito, a cargo del primero y en beneficio del segundo, la que, como conclusión de un juicio policivo al respecto, la Alcaldía de Mercaderes le ordenó mantener libre de obstáculos, se apostó, armado de una escopeta, con el fin de matarlo, tras de una piedra grande, debidamente cubierto por la maleza, en el punto de "Patanguejo", dentro de la jurisdicción del citado municipio, sobre el camino discutido, seguro de que por allí pasaría, y al verlo a su alcance, después de más de una hora de espera, desde el lugar de su escondite, le disparó, causándole en esa forma la muerte que con antelación se había propuesto.

El Juzgado Superior de Bolívar, fundado en los referidos hechos, a los que tomó como constitutivos del delito de homicidio en la denominación de asesinato, en fuerza de haber concurrido en su consumación la premeditación acompañada de motivos bajos e innobles y la indefensión de la víctima, mediante auto del 11 de julio de 1966, confirmado por el Tribunal de la misma ciudad en el suyo del 19 de octubre, también de ese año, abrió causa criminal contra el predicho López Daza y más tarde, tramitado el respectivo juicio y llegada la oportunidad legal, interrogó al Jurado, planteándole las dos especificadas modalidades de asesinato, el cual emitió el veredicto que a continuación se reproduce, conservando la ortografía con que aparece escrito:

"El procesado señor Roberto López Daza sí cometió el delito de homicidio en la persona del señor Hugo Narváez Ortiz pero lo hizo en legítima defensa de sus derechos y en un momento de ira e intenso dolor por haber recibido la ofensa en su honor materno y sin meditación ni asechanza ni inferioridad o indefensión".

El Juzgado, en proveído del 3 de marzo del año pasado, confirmado por el Tribunal en el suyo del 3 de mayo de ese año, declaró el veredicto transcrito "claramente contrario a la evidencia de los hechos", y ordenó la convocatoria de un nuevo Jurado, el que, interrogado en los mismos términos en que lo fue el anterior, consignó este otro veredicto:

"Sí es responsable. En estado de ira e intenso dolor".

Con base en este otro veredicto, el Juzgado mediante sentencia del 27 de noviembre del año pasado, confirmada por el Tribunal en la suya del 27 de febrero de este año, condenó al procesado López Daza, en razón del homicidio consumado en la persona de Hugo Narváez Ortiz, a la pena de *Quince (15) años de presidio,* al pago, por concepto de perjuicios generados en ese delito de $ 100.658.00, a favor de las personas que, "conforme a la ley", tengan derecho a ellos, y a las penas accesorias consiguientes.

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca la causal de casación prevista en el ordinal 2o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó "en desacuerdo con el veredicto del Jurado", tesis que plantea con el concurso, como lo llama, de "el cargo básico", diciendo que en el veredicto que se acogió en aquella se "aceptó la excusa de la provocación", en su modalidad de "ira e intenso dolor", fenómenos, uno y otro que, en su integración psíquica, "son abiertamente incompatibles con el asesinato", al que, en rigor y lógicamente, excluyen, llegándose, de esta suerte, a la conclusión de que el veredicto fue "erróneamente interpretado" en el expresado fallo, desconociéndose allí "la conciencia que el Jurado se formó sobre los hechos sometidos a su exclusiva calificación".

Conformándose a este criterio, el recurrente solicita que se case la sentencia impugnada y que en su lugar se condene a López Daza con arreglo a lo dispuesto en los arts. 28 y 362 del C. P., debidamente armonizados.

La Indemnización de perjuicios

El recurrente, en lo que toca con la condena, en orden a perjuicios derivados del delito, por la cantidad concreta de $ 100.658.00, también impugna el referido fallo, y a esos fines invoca la causal de casación prevista en el ord. 1o. del art. 52 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene, no sin antes transcribir los arts. 721 del C. de P. C. y 268 del C. de P. P. que el dictamen pericial "que sirvió como base probatoria" para aquella condenación, "no es más que un juicio de afirmación, carente de premisas", en el que lo único que se dice es que Narváez Ortiz "podía vivir 60 años", a efecto de deducir de ello que habría podido "ganar durante su vida" la partida anotada, la cual, de otro lado, se tomó como expresión del "perjuicio material", sin tener en cuenta las personas que, conforme al art. 411 del C. C. pudieron resultar afectadas "con el fallecimiento trágico" de Narváez Ortiz, lo que era absolutamente indispensable, llegando a la conclusión, con estas razones, de que, no siendo posible, por falta de "prueba alguna",

"determinar la cuantía de los perjuicios en cifras concretas por no saberse quién o quiénes fueron perjudicados y en qué cantidad, lo procedente es condenar al procesado a pagar el valor de esos perjuicios, en abstracto, y disponer que ellos sean regulados de conformidad con el procedimiento determinado por el art. 553 del C. J.

Causal Subsidiaria

En la demanda, su autor invoca, como subsidiaria, la causal de casación del ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, en cuya órbita sostiene que la sentencia objetada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", lo que se produjo en fuerza de que, aplicando un procedimiento, que consistió "en distanciarse de la soberanía que corresponde al Jurado", se desconoció al procesado "el derecho a que se le condenara de acuerdo con el primer veredicto", declarándolo, "sin fundamento válido", "contrario a la evidencia de los hechos", y de esa manera se le cercenó el derecho de defensa, garantizado en el artículo 26 de la C. N.

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su respuesta a la demanda, se opone a todas sus pretensiones, y a esos fines examina, con el debido cuidado, cada uno de los cargos que contiene, concluyendo, respecto del que se apoya en la causal 2a. de casación, en que, en su concepto, la sentencia acusada "no está en desacuerdo con los términos del veredicto", puesto que, como lo demuestra a través de las varias razones que expone, la frase "en estado de ira e intenso dolor" con que se adicionó la respuesta afirmativa "de la responsabilidad por el delito de homicidio cometido en las circunstancias de agravación de que tratan los numerales 2o. y 5o. del art. 363 del C. P., incluidas en el cuestionario", carece "de la trascendencia jurídica que corresponde a la circunstancia específica de atenuación consagrada en el art. 28 del C. P.".

En cuanto al cargo, relacionado con la condena en concreto por razón de perjuicios, el distinguido colaborador conceptúa que se formuló sin técnica alguna, puesto que "se dejó de señalar cuál de los dos incisos del ord. 1o. del art. 52 del Decr. 528 de 1964" era el pertinente, así como también "la ley sustancial" que resultó "infringida al darse carácter de plena prueba al dictamen pericial, ni cuál norma jurídica, como consecuencia, dejó de aplicarse", dictamen que, por lo demás, debatido en un incidente de objeción, las cuales se declararon infundadas, tuvo que ser tomado con ese "valor de plena prueba" que le asigna el inc. 1o. del art. 721 del C. J."

Con respecto al cargo que se aduce a través de la causal 4a. de casación, el Procurador expresa que se formula tan desprovisto de argumentos jurídicos y con tan poco "apoyo en elemental lógica" que, en sí mismo, "releva de todo análisis de fondo y de respuesta".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) El llamado "cargo básico", aducido al amparo de la causal 2a. de casación, se hace consistir, como quedó advertido en su reseña, en que el fallo impugnado se profirió en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque, al aceptar este que los hechos se consumaron "en estado de ira e intenso dolor", desintegró la figura de homicidio en la denominación de asesinato para reconocer, en cambio, un homicidio, no sólo en el carácter de simplemente voluntario, sino también específicamente atenuado, de acuerdo con las previsiones del art. 28 del C. P.

b) La pregunta sometida a la consideración del Jurado se redactó conforme a los términos de enjuiciamiento, en el que, como también se consignó atrás, se plantearon las circunstancias de asesinato recogidas en los ords. 2o. y 5o. del art. 363 del C. P.

c) El veredicto, emitido en los términos que se reprodujeron arriba, declaró enfáticamente la responsabilidad de López Daza con respecto al homicidio consumado en Narváez Ortiz, precisamente dentro de las modalidades de asesinato que fueron incluidos en el cuestionario, anotándose, de otro lado, a través de una frase adicional, que los hechos los había cometido el expresado sujeto "en estado de ira e intenso dolor".

d) Los juzgadores en derecho en los fallos, tanto de la primera como la segunda instancia, examinaron, con el debido cuidado, el veredicto en cuestión y de esa manera concluyeron en que la simple referencia al estado de ira y de dolor, sin alusión siquiera a la existencia de una provocación y, desde luego, mucho menos a la gravedad e injusticia de la misma, de ningún modo da cabida a la atenuante específica que consagra el art. 28 del C. P. En tales condiciones condenaron al procesado como responsable de un homicidio en la denominación de asesinato.

e) El recurrente objeta el fallo porque está en

desacuerdo, segun su parecer, con el veredicto del Jurado, fundándose en que, como puede apreciarse a través de cada uno de sus argumentos, la situación de ira y de intenso dolor excluye cualquier forma de asesinato, señalando, de este modo, aunque implícitamente, que la determinación del Jurado contiene proposiciones contradictorias, relativa, una de ellas, á responsabilidad respecto de un homicidio cometido "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos" y tomando a la víctima "en condiciones de inferioridad o indefensión", circunstancias, una y otra que, con arreglo a lo dispuesto en los ords. 2o. y 5o. del art. 363 del C. P., le dan el carácter de asesinato y, la otra también a responsabilidad con relación al mismo homicidio, acogido, no va como agravado, sino como específicamente atenuado, y, de esta suerte, solo sancionable mediante la aplicación, debidamente concordada, de los arts. 362 y 28 del mismo citado estatuto.

f) El cargo, aducido en esta forma, sobre la base de que el veredicto es contradictorio, desplaza el debate a la esfera de la causal de casación prevista en el ord. 3o. del art. 56 del mencionado Decr. 528 de 1964, no invocada en el libelo de la acusación, originando la necesidad de rechazar, conforme a la doctrina de esta Corporación, la "causal aducida, por no encontrarla justificada", así como también "la que trató de demostrarse, por no haberse alegado". (sentencia 30 de mayo 1959, XC, 769).

g) La Corte, por lo demás "se ha pronunciado ya sobre el tema de si el estado de ira o intenso dolor excluye el asesinato. en el sentido de que sí son compatibles". (Sentencia 6 abril 1943, 26 de julio 1944, 4 septiembre 1945 y 24 septiembre 1969).

h) En suma, pues, el cargo "básico", como se le tilda en la demanda, no prospera, lo que indica que tampoco puede prosperar la causal de casación a cuyo amparo se formula.

i) La demanda, en lo que toca con la condenación en concreto en torno a los perjuicios generados en el delito, aunque invoca el ord. 1o, del art. 52 del Decr. 528 de 1964, no especifica cuál de los dos incisos de esa disposición legal es el que, en particular, se toma como base para el cargo que en ella se formula, ni tampoco norma alguna, en el carácter de sustancial como era lo indicado, siguiendo la exigencia técnica del recurso de casación, que hubiera resultado violada, "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", al darse al dictamen pericial el valor de plena prueba respecto a los perjuicios a que el mismo se refiere y entonces, como es obvio, ha de concluirse en que el reproche al fallo acusado, por este aspecto, estuvo mal formulado y, además, careció de siquiera un principio de demostración.

j) El cargo, en consecuencia, no prospera y tampoco, como es lógico, la causal en cuya esfera se aduce.

k) El Juzgado y el Tribunal, al declarar que el veredicto era "claramente contrario a la evidencia de los hechos", se limitaron a hacer uso de la facultad que otorga a los juzgadores de instancia, en los juicios que se deciden con la intervención del Jurado, al inc. 1o. del art. 537 del C. de P. P., y entonces, como de suyo es de elemental comprensión, no se explica de qué manera, dentro de estas condiciones, solo porque se hubiera adoptado aquella determinación, plenamente autorizada, pudo afectarse el derecho de defensa respecto de López Daza, garantizado, con acuciosidad y celo encomiables a lo largo de todo el proceso.

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 procesado *Roberto López Daza* contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia y *ordena* remitir el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a cuya jurisdicción pasó el territorio que correspondía al distrito del extinguido Tribunal Superior de Bolívar.

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.

TECNICA DE CASACION

El cargo de que en vez de dos entidades delictuales, solo hay una, sólo es dilucidable al amparo de la causal 1a. de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, al considerar una misma realidad, como dos entidades diferentes.

Los cargos a la sentencia se basan en la misma premisa de hecho, esto es, que en vez de dos entidades delictuales hay una sola, o lo que es lo mismo que al procesado únicamente se le puede inculpar del ejercicio ilegal de la medicina y no del fraude que se le imputa causado en virtud de esa misma ilícita conducta.

Y aunque el proceso en realidad da cuenta de esos dos comportamientos, tal lo estimaron los juzgadores de instancia delimitándolos en sus elementos estructurales, el actor pretende subsumir el fraude cometido sobre el patrimonio económico de dos ingenuos campesinos, en la conducta que sanciona, en forma impersonal, el hecho simple a que ella se refiere, borrando así las diferencias específicas que distinguen y separan tales entidades delictivas.

Más de conformar ellas como lo sostiene el impugnante, un solo hecho, el haber el Tribunal estimado este como constitutivo de dos ilícitos, ¿implica un error en su calificación jurídica?

No. Lo que les dio el Tribunal es lo que corresponde. El demandante, no obstante, impugnar la sentencia por este concepto, no orienta su argumentación hacia este punto que comparta, si se invoca la causal 4a. en forma autónoma, la aceptación de los presupuestos fácticos del fallo acusado y la consiguiente demostración, con razonamiento directo, sobre tales presupuestos, de aquel error.

Empero, de esto propiamente no se trata. Lo que alega el actor no puede emplazarse en dicha causal. Es cuestión dilucidable sólo al amparo de la causal primera como una violación indirecta de la ley sustancial, o sea en la forma prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, ya que lo que ha pretendido el actor es demostrar que el Tribunal al apreciar las pruebas incurrió en error de hecho consistente en haber considerado una misma realidad como dos entidades diferentes. Cuestión esta que no reza con la calificación jurídica que a ellas se les dio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: octubre 10/69. - Acta No. 39).

VISTOS

Agotado el trámite legal correspondiente, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 11 de abril último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, en la que, reformando la de 11 de diciembre anterior del Juzgado Penal Municipal de Garagoa, se condena a *Argemiro del Carmen Montenegro Castañeda* a la pena principal de sesenta meses de prisión y multa de un mil pesos y a las demás anexas como responsable del delito de estafa y de la conducta antisocial definida por el art. 28 del Decr. 1699 de 1964.

ANTECEDENTES

El juez del conocimiento al calificar el mérito de la investigación, relaciona así los hechos que dieron lugar a ella:

"La mujer Inés Vargas Avila padecía de una enfermedad estomacal, por la cual tuvo que ser atendida en el hospital de Ramiriquí, los facultativos de allí le diagnosticaron un "carcinoma estomacal", como no pudieron curarla allí, por la gravedad de su enfermedad y su difícil curación, resolvieron darle de alta y enviarla a su casa o a otro hospital de Tunja o Bogotá, para su trata-

miento. Los parientes, entre ellos Rafael Vargas, siguió preocupándose por la salud de la enferma y preguntó a uno de sus amigos o conocidos, Abigaíl Pulido, que si él sabía quién podría curarle esa enfermedad y este le aconsejó que había un buen médico en "Las Juntas", que curaba esas enfermedades. Inmediatamente emprendieron viaje, hacia Las Juntas y se encontraron con el señor Argemiro del Carmen Montenegro, quien les confirmó que él era médico, que la mujer tenía un maleficio y qúe él podía curar esas enfermedades, les aseguró la efectividad de la curación de la mujer Inés Vargas en quince días y por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m/cte., de los cuales recibió trescientos pesos ($ 300.00), de contado, un mil pesos ($ 1.000.00), luego y el resto no los pudo cobrar porque fue cuando se descubrió la farsa. La mujer Inés Vargas fue sometida a un tratamiento de drogas y brebajes, hasta que escapó de la casa de Argemiro Montenegro y fue internada en el hospital de Garagoa, donde murió algún tiempo después".

Como presunto responsable del "delito de estafa en concurso formal o ideal con el de conductas antisociales (Ejercicio ilegal de la medicina)", Montenegro fue, mediante el prealudido auto de 4 de mayo de 1968, llamado a responder en juicio.

Apelada dicha providencia el Tribunal la confirmó con la suya de 21 de agosto siguiente.

En ambos proveídos se relacionan las pruebas demostrativas de la materialidad de tales infracciones y de la responsabilidad del acusado, delimitando en sus elementos constitutivos, conforme a las disposiciones que se reputan infringidas (arts. 408 del C. P. y 28 del Decr. 1699 de 1964) los reatos imputados.

"Se actualizó —dice además el Tribunal— un concurso ideal de delitos y por consiguiente el art. 31 del C. P. y aunque aparentemente pudiera pensarse que no cabe hablar de concurso entre un delito, la estafa y una conducta antisocial, toda duda desaparece con el siguiente concepto del tratadista doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, que acepta la Sala y quien al comentar el art. 38 del Decr. 1699, expresa:

"Sin perjuicio de lo que estatuye el C. P. para el concurso de infracciones, se fija aquí un criterio especial cuando se trata de las conductas antisociales, de tal manera que la concurrencia de violaciones por un mismo sujeto le acarrea la imposición de la pena más grave, que es la reclusión en colonia agrícola, pero aumentada en una tercera parte del máximo o del mínimo según sea el caso. Para evitar dudas en la interpretación se afirma que la pena de reclusión a colonia es más grave que el arresto y este que la multa.

"El concurso de infracciones en que pueda incurrir un mismo sujeto puede ser ideal o material, y en ambos casos, cuando se trate de las conductas aquí descritas, se aplicarán los aumentos respectivos.

"Es posible que haya conflictos también entre conductas de las descritas en el Decr. y otros delitos que estén previstos en el C. P. En ese caso prevalecen las normas o principios generales a que se refieren los arts. 31 y 33 del C. P., así como también en materia de competencia para el conocimiento del proceso deben seguirse las reglas generales sobre competencia".

"Además el mismo tratadista explica que al emplearse la denominación de "conducta antisociales", no se ha creado un tipo nuevo de infracción sino que se ha empleado "un término equivalente a delito que implica acción ilícita, proveniente de un sujeto y condigna de represión por la antijuridicidad que ella misma comporta. La utilización del término conducta antisocial no obedece a un criterio extravagante ni fuera de lugar en la materia, sino la adopción con entera propiedad del significado jurídico de la locución". (Pág. 53 "las conductas antisociales").

"En otros apartes de la misma obra el tratadista insiste en que las conductas delictuosas tienen una identidad completa con el hecho delictivo y descarta la opinión de quienes han pensado que no se trata de delitos sino de contravenciones, la que considera también perfectamente inexacta; agrega que el identificar la conducta con la expresión delito es algo que siempre ha sido sostenido por todos los expositores del derecho (págs. 50 y 51).

"Se deduce de lo anterior que es viable y procedente el concurso y aplicable el art. 31 del C. P.

"Está bien que el llamamiento a juicio se haya proferido por los trámites ordinarios pues estos priman sobre el procedimiento especial del Decr. 1699 y son aplicables para el delito de estafa; el procedimiento mayor siempre absorbe al menor".

Por esos mismos ilícitos fue, en las sentencias que ya se citaron, condenado el procesado.

LA DEMANDA

Contra el fallo acusado se invoca en ella, como principal, la causal a que se refiere el numeral 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y como subsidiaria de la anterior, la que consagra en su apartado inicial el ord. 1o. de la misma disposición.

El actor sustenta el primero de esos motivos de impugnación diciendo, tras de reproducir algunas de las consideraciones hechas en el auto de proceder por el juez de instancia sobre los elementos constitutivos de las infracciones que se atribuyeron al procesado y sobre sus pruebas demostrativas, que tales delitos (estafa y conducta antisocial) "tienen su tipificación propia, autónoma e independiente"; que ni en aquel auto ni en la sentencia acusada "se delimitan los dos delitos para hacerlos incidir hacia el concurso formal"; que "Uno solo es el hecho, el ejercicio ilegal de la medicina"; que "Parece que la sentencia tratara de configurar la estafa independientemente del de las conductas antisociales por el hecho de haberse cobrado determinada suma de dinero por el tratamiento"; que "La ley no distingue. No habla que solo debe aplicarse el art. 28 cuando esos actos se ejerzan gratuitamente, entre otras razones porque el ejercicio, legal o ilegal de una profesión, conlleva el cobro de honorarios, implica una remuneración o interés pecuniario", y agrega:

"La sentencia acusada parte de la base de un doble delito —contemplado en el auto de proceder— por una única imputación: El ejercicio ilegal de la medicina. Luego incurrió en la nulidad que contempla el art. 198 del C. de P. P. numeral 8o., es decir, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, estafa, cuando sólo cabía la de conductas antisociales. (Ejercicio ilegal de la medicina)".

Sentado esto, alude luego al procedimiento especial que se debió seguir, a la violación del art. 26 de la C. N. por no haberse seguido, y concluye así:

"Al haberse llamado a juicio a Argemiro del Carmen Montenegro por el delito de estafa en concurso con el de conductas antisociales, se le acomodó al delito propio que lo es este último el de estafa, dándole así una denominación diferente y una tramitación distinta de la que la ley establece para el caso sub judice".

El segundo cargo, subsidiario del anterior, lo apoya el actor "en la causal o numeral 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964" y lo fundamenta así:

"La sentencia acusada es "violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea" al configurarle a Argemiro del Carmen Montenegro la responsabilidad de dos hechos delictivos, es decir, le dio aplicación indebida e interpretó erróneamente el art. 31 del C. P. "El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte".

Afirma que este no es el caso de autos y añade:

"Se trata exclusivamente del delito de conductas antisociales —ejercicio ilegal de la medicina— que contempla y sanciona el art. 28 del Decr. 1699 de 1964, luego la sentencia es violatoria del art. 31 al aplicarlo, en el proceso de Argemiro del Carmen Montenegro, en forma indebida y erró en su interpretación".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador al contestar el traslado de dicha demanda, estima que ninguno de los cargos formulados en ella pueden prosperar.

No el primero porque "baste decir que desde el punto de vista de la técnica de casación está mal formulado pues es bien sabido que cuando se pretende la invalidación del fallo por error en la denominación jurídica de la infracción es preciso, en primer término, con apoyo en la causal 1a. de casación, demostrar el error de derecho o el error de hecho manifiesto en los autos en el cual se incurrió en el auto de proceder para deducir de esta comprobación, en segundo término, el motivo de nulidad en el que se incurrió conforme a la causal 4a. de casación.

"En el presente caso el recurrente, al amparo de la causal 4a. de casación, presenta una argumentación propia de la causal 1a. ya que toda ella se refiere a la equivocación del Tribunal Superior de Guateque al llamar a juicio al acusado por dos infracciones penales cuando, a juicio del recurrente, tan sólo se trata de una: la conducta antisocial contemplada en el art. 28 del Decr. 1699 de 1964".

Tampoco el segundo por las siguientes razones:

"La impugnación se basa en la causal primera de casación pero el actor no concreta la acusación ya que transcribe la primera parte del numeral 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, la cual, como es bien sabido, presenta tres motivos; además, en la hipótesis de aceptar como válido ese planteamiento —violación directa de la ley sustantiva— el recurrente se remite a la argumentación del cargo anterior el cual se refiere más que todo a la estimación de las pruebas —violación indirecta— es decir, que con pretendidos errores de derecho o de hecho se fundamenta un motivo directo de casación el cual no se precisa.

"De otra parte, en cuanto se refiere a la infracción del art. 31 del C. P., el actor no presenta argumentación distinta de la consignada para fundamentar la existencia del delito de estafa que se repite, se refiere más que todo al aspecto probatorio mientras que en esta oportunidad la acusación se concreta a la violación de la ley sustantiva".

Consideraciones de la Corte

a) Ninguno de los susodichos cargos puede prosperar. Ambos se basan en la misma premisa de hecho, esto es, que en vez de dos entidades delictuales hay una sola, o lo que es lo mismo que al procesado únicamente se le puede inculpar del ejercicio ilegal de la medicina y no del fraude que se le imputa causado en virtud de esa misma ilícita conducta.

Y aunque el proceso en realidad da cuenta de esos dos comportamientos, tal lo estimaron los juzgadores de instancia delimitándolos en sus elementos estructurales, el actor pretende subsumir el fraude cometido sobre el patrimonio económico de dos ingenuos campesinos, en la conducta que sanciona, en forma impersonal, el hecho simple a que ella se refiere, borrando así las diferencias específicas que distinguen y separan tales entidades.

Mas de conformar ellas como lo sostiene el impugnante, un solo hecho, el haber el Tribunal estimado éste como constitutivo de dos ilícitos, ¿implica un error en su calificación jurídica?

No. La que les dio el Tribunal es la que les corresponde. El demandante, no obstante impugnar la sentencia por este concepto, no orienta su argumentación hacia este punto que comporta, si se invoca la causal 4a. en forma autónoma, la aceptación de los presupuestos fácticos del fallo acusado y la consiguiente demostración, con razonamiento directo, sobre tales presupuestos, de aquel error.

Empero, de esto propiamente no se trata. Lo que alega el actor no puede emplazarse en dicha causal. Es cuestión dilucidable sólo al amparo de la causal primera como una violación indirecta de la ley sustancial, o sea en la forma prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, ya que lo que ha pretendido el actor es demostrar que el Tribunal al apreciar las pruebas incurrió en error de hecho consistente en haber considerado una misma realidad como dos entidades diferentes. Cuestión esta que no reza con la calificación jurídica que a ellas se les dio.

No habiendo sido formulado el cargo dentro del ámbito de la causal pertinente, huelga examinar si son concursables ideal o materialmente un delito y una conducta antisocial y si ambas infracciones son investigables por una misma cuerda, primando, por ser más amplio, sobre el procedimiento especial concernientes a las conductas antisociales, el común a todos los delitos.

Se repite que el errado planteamiento de este cargo, exime a la Sala de dilucidar esas cuestiones.

b) Tampoco puede prosperar la causal primera. Se invocó como violación directa de la ley sustancial. Sin embargo su sustentación se apoya en una premisa de orden fáctico que conforme a la norma que disciplina el recurso no puede ser aducida sino como una violación indirecta de la misma ley. No al amparo del inc. inicial del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, sino del subsiguiente del mismo ordenamiento.

En ambos casos, dentro de los planteamientos del actor la norma sustancial infringida no podría ser el art. 31 del C. P. aducido por él sino el 408 ibídem por su indebida aplicación, y que en la demanda no se invocó como conculcado.

En consecuencia, fallidos ambos cargos por su infundada y antitécnica formulación, 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 Segundo Delegado en lo Penal DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la referida sentencia del 11 de abril del presente año proferida por el extinguido Tribunal Superior de Guateque.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a quien corresponda.

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 DEL CENTINELA

Se comete esta infracción cuando se violan las consignas particulares de carácter reservado que corresponden a la situación especial del puesto.

El cargo que en definitiva se atribuyó al procesado como delito Del Centinela fue el de haberse retirado sin causa justificativa según dice el cuestionario que se propuso a los vocales del Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó, del lugar donde prestaba su servicio.

Tal abandono del puesto implica simplemente una falta a las consignas recibidas, sancionable conforme al artículo 163 del Código de Justicia Penal Militar como "Delito del Centinela", o constituye propiamente el delito "Del abandono del servicio" que define el art. 153 ibídem.

Por centinela se entiende según el Reglamento de Servicio de Guarnición el "individuo colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia o seguridad"

Y entre las referidas consignas ese mismo ordenamiento las divide en generales y particulares. Las primeras son "aquellas prescripciones que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados". Se determinan en el art. 46 del mencionado Reglamento y son entre otras las siguientes:

"1. Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo;

"2. Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio;

". . . . . .

"10. Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta a su cabo relevante...".

Las consignas particulares tienen conforme al mismo Reglamento, carácter reservado y deben ser comunicadas por los centinelas "únicamente al individuo que los releve y a los superiores directos cuando así lo exijan". Son pues transitorias y corresponden a la situación especial del puesto.

Ahora bien, cuando el art. 163 preceptúa que comete el delito del centinela el soldado que cumpliendo este servicio "falte a las consignas que haya recibido", ¿a qué clase de consignas se refiere: a las generales o a las particulares?

La Sala en caso similar ha sostenido que la disposición citada se contrae a las segundas, porque en relación con las primeras, sólo algunos hechos que específicamente las constituyen, de especial gravedad (dormirse, dejarse sorprender o relevar por quien no corresponda) fueron expresamente erigidas en el mencionado art. 163 como delito Del Centinela. No así otras de menor entidad (no fumar, no beber, mantenerse en actividad, etc.) a las que no se les dio cariz criminoso. Se las dejó como simples faltas del servicio sancionables disciplinariamente.

Además, dicha disposición no incluyó el abandono del puesto como delito propio Del Centinela. El art. 153 definió ese hecho y el embriagarse, como delito específico, predicable no como caso particular del centinela sino más comprensivamente del "militar" que esté de facción o servicio, esto es, como infracción común a todos los militares.

Por consiguiente, cuando el art. 163 alude a las consignas recibidas, se refiere no a las generales sino a las particulares dadas transitoria y reservadamente al centinela, al iniciar el servicio, en razón, como ya se dijo y acertadamente lo sostiene el Ministerio Público Castrense, de las circunstancias especiales del puesto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: oct. 10/69. — Acta No. 39).

VISTOS

Cumplido el trámite correspondiente, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1o. del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de 23 de octubre de 1968, por la cual dicha Corporación confirma la de 8 de julio anterior de la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal convocado en Villavicencio para juzgar al soldado *José Jairo Sanabria Salazar* que condena a este a la pena principal de quince meses de arresto y a la accesoria de la separación temporal, por el mismo lapso, de las Fuerzas Militares, como autor responsable del delito Del centinela.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO

En la sentencia acusada se hace la siguiente relación de lo ocurrido:

"El personal que debía prestar servicio de centinela para el día 20 de abril del año en curso (1968), fue designado mediante la orden No. 093 de la Compañía de Comando y Servicios de la BR7, fechada el día anterior y en cuya relación del personal de guardia de la compañía citada y de la cual hace parte el soldado sindicado José Jairo Sanabria Salazar, figuraba destinado a prestar el servicio antes mencionado.

"En el libro de turnos de guardia el nombrado soldado aparece como centinela en el puesto número 9 y que corresponde al Club Militar de esta localidad y más concretamente de 3 a 6 de la mañana, en el sector de la piscina, juegos infantiles, campo de tejo y dormitorios de oficiales. El puesto es móvil, debido al área de responsabilidad. En cambio, como es sabido, en la parte alta y en la puerta de entrada principal, existe un puesto de centinela fijo. Precisamente el día de los hechos se encontraba en este último puesto el soldado Luis Eduardo Díaz Arismendi.

"Aproximadamente a las cinco y media de la mañana del día 21 de abril, el soldado Sanabria Salazar, se retiró del sector de su vigilancia y subió para la puerta de entrada del Club, donde se hallaba como ya se dijo el centinela Díaz Arizmendi. Ya sea por iniciativa propia o por insinuación del soldado Sanabria, Díaz Arizmendi se bajó para los lados de la piscina, sector de responsabilidad del centinela Sanabria, quien se había quedado en la puerta de muralla, dizque a ver qué novedades había o a pasar revista. Mientras sucedía este evento, se presentó al Club Militar el señor Ct. Jaime Cuéllar Zubieta, Comandante de la Compañía antes anotada y según su testimonio, sorprendió al soldado Sanabria sentado, con la cabeza reclinada entre los brazos en la puerta de entrada, el casco sobre la mesa en que se encontraba reclinado y profundamente dormido, le quitó el fusil sin que se diera cuenta y se lo dio al soldado Díaz Arizmendi, que en esos momentos regresaba".

El Comando de la Séptima Brigada con sede en Villavicencio comisionó mediante auto de 8 de mayo de 1968 al Juzgado Treinta y cuatro de Instrucción Criminal para adelantar por tales hechos la investigación correspondiente.

Por providencia de la misma fecha se declaró abierta. Posteriormente, vuelta al Comando, se comisionó al Juez Treinta y cinco para que practicara algunas diligencias. Perfeccionada la investigación, se dio en traslado al Auditor Principal de Guerra quien lo contestó pidiendo al Comando que dictara la correspondiente resolución de convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal que juzgara al soldado José Jairo Sanabria Salazar por el delito del Centinela.

Ese consejo fue convocado por Res. No. 32 de 4 de julio de 1968.

Reunido en la fecha y horas predeterminadas, se sometió en él a la consideración de los vocales el siguiente cuestionario:

"¿El acusado *José Jairo Sanabria Salazar,* soldado del Ejército Nacional, de anotaciones personales conocidas en autos, es responsable, *sí o no,* de haberse retirado, sin causa justificativa, del lugar donde prestaba su servicio, donde debía permanecer, faltando así a las consignas que debía cumplir como centinela en la parte baja del Club Militar de esa localidad, hecho ocurrido el 21 de abril de 1968, a eso de las H 05:30, en Villavicencio (Meta)?"

La respuesta recaída sobre dicha cuestión fue ésta: "Sí es responsable, por unanimidad".

La Presidencia de dicho Consejo encontró que ese veredicto se ajustaba a la realidad procesal y condenó, con fundamento en él, por el delito Del centinela, al soldado Sanabria Salazar.

Apelado este fallo, el Fiscal del Tribunal

Superior Militar pidió a esta Corporación que lo revocara y en su lugar, para revalidar la actuación, se declarara la nulidad del juzgamiento.

Las razones invocadas al respecto por el Ministerio Público, las resume y desecha el Tribunal en los siguientes términos:

RESULTANDOS

"Radica el señor Fiscal las causales de nulidad, primero en que en el cuestionario propuesto a los vocales no se especificó el elemento constitutivo de la infracción, vale decir, que no se preguntó sobre el hecho de haberse dormido cuando se hallaba de servicio, y segundo que se incurrió en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, ya que el cuestionario contiene los elementos del delito de abandono del puesto.

"De manera que son dos las cuestiones que deben estudiarse, a saber: Si se ha incurrido en las nulidades, según el planteamiento que hace el señor Fiscal, y si el veredicto que declaró responsable al soldado José Jairo Sanabria Salazar, se ajusta o no a la realidad procesal y de consiguiente si la sentencia condenatoria que dictó el Presidente del Consejo de Guerra Verbal se justifica.

"Según informan los autos, son dos las consignas a que faltó el centinela soldado Sanabria Salazar, o sea a la de no dormir y a la de no separarse del sitio o lugar asignado para su vigilancia.

"En orden a la comprobación del primer hecho, solamente se encuentra la afirmación que hace el Capitán Jaime Cuéllar Zubieta de que sorprendió al acusado, sentado con la cabeza reclinada entre los brazos a la entrada del Club Militar, profundamente dormido. El soldado Sanabria sostiene, en diligencia de careo practicada con el Capitán Cuéllar, que no se encontraba dormido. El soldado Díaz Arizmendi afirma que el soldado Sanabria no daba muestras de haberse despertado recientemente y que él se enteró de que había sido sorprendido dormido, porque así se lo había manifestado el Capitán Cuéllar.

"Por lo que respecta a la separación del lugar asignado para vigilar, el soldado Sanabria acepta y confiesa haber abandonado su puesto de centinela.

"Previo el concepto favorable rendido por el Auditor Principal de Guerra, el Comandante de la Séptima Brigada convocó un Consejo de Guerra Verbal para el juzgamiento del soldado José Jairo Sanabria Salazar por el delito Del centinela. A los vocales se les preguntó acerca de la responsabilidad que pudiera corresponder al acusado de haberse retirado, sin causa justificativa del lugar donde prestaba su servicio. La respuesta fue afirmativa de responsabilidad por unanimidad.

CONSIDERANDOS

"El delito Del Centinela está previsto y sancionado en el art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, según el cual lo consuma el centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido o se deje relevar por quien no sea su comandante, fijando sanciones entre uno y cinco años de arresto.

"Entre las consignas de todo centinela, de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de servicio de guarnición, está la de no separarse de su puesto por ningun motivo, ni por tiempo alguno.

"Es sabido que el Tribunal ha venido exponiendo dos formas distintas de interpretación al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, porque algunos de los Honorables Magistrados han interpretado que al decir la ley, falte a las consignas que *haya recibido*, se está refiriendo únicamente a consignas particulares especiales. Otros somos de opinión que al hablar la norma de consignas recibidas debe entenderse las consignas generales, entre las cuales se señalan: "Estar en constante actividad durante el turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne, sin separarse de él por ningún motivo".

"De manera que desde que el soldado Sanabria Salazar se separó de los límites del lugar que se le había señalado para prestar el servicio de centinela, para ubicarse en la entrada del Club Militar, definitivamente abandonó el cargo y descuidó totalmente la vigilancia del sector que su superior le había asignado. La conducta del acusado no tiene justificación y es tan evidente que este confesó en su indagatoria ante el interrogatorio siguiente: "*Preguntado:* Díganos usted en qué sitio exacto lo encontró el Capitán Cuéllar. *Contestó:* En la puerta del Club Militar. *Preguntado:* ¿Díganos usted si el sitio en el cual fue encontrado por el Capitán Cuéllar, estaba asignado a su vigilancia? *Contestó:* No estaba asignado"

"Demostrar que una persona duerme durante algún tiempo es algo que sólo puede hacerse mediante el testimonio de personas que hayan presenciado ese hecho, pues no se conoce otro sistema que pudiera llevar a la conclusión cierta y precisa de que una persona está entregada al sueño.

"Si el soldado *Sanabria* no estaba dormido, no hay posibilidad alguna de imputarle ese hecho, por esta circunstancia es correcta y justa la determinación de ordenar cesar el procedimiento, en presencia del art. 567, parágrafo 1o. del Código de Justicia Penal Militar.

"Estas consideraciones son más que suficientes para tener el veredicto de los vocales como ajustado a la realidad procesal. De ahí que esta Sala de Decisión encuentre justificada la sentencia condenatoria que dictó el Presidente del Consejo de Guerra Verbal y, estando como está adecuadamente fijada la pena, se confirmará la citada sentencia".

Sobre tales razonamientos descansa la acusada.

DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente invoca contra dicho fallo la causal prevista en el numeral 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 y como subsidiaria de esta la que consagra el ordinal 1o., inc. inicial, del mismo ordenamiento.

Considera al amparo de la aducida como principal que la sentencia impugnada se profirió en un juicio viciado de nulidad por haberse incurrido en la resolución convocatoria del Consejo de Guerra Verbal en error en la denominación jurídica de la infracción, al calificar en ella el hecho que se ordenó juzgar por ese procedimiento (abandono del puesto sin causa justificativa) como delito del centinela (art. 163 del Código de Justicia Penal Militar), estando definido en el mismo estatuto (art. 153) como delito Del abandono del puesto.

Sostiene el actor, además, que debido a ese error la actuación se orientó por un procedimiento impertinente con pretermisión del que debió aplicarse prescrito en el art. 590 del código antes citado, incurriéndose así, por defectos de forma, en otro motivo de nulidad por violación del art. 26 de la Carta.

Sustenta el recurrente sus puntos de vista con diversos argumentos de carácter jurídico, aceptando los planteamientos que sobre la cuestión fáctica hacen los juzgadores de instancia, pero separándose del concepto del Tribunal al estimar este que el hecho sobre que versa el cuestionario es constitutivo del delito Del centinela por implicar una violación de las consignas generales del mismo, concretamente la que el reglamento de guarnición señala así: "(1) Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne, sin separarse de él por ningún motivo", y por aludir el artículo 163 a dichas consignas y no a las particulares que corresponden "a la situación especial del puesto".

El Fiscal recurrente estima que ese precepto cuando habla de "consignas" se refiere a estas y no a aquellas y funda su criterio en las razones que para sustentar dicha tesis expuso la Corte en su fallo de 4 de noviembre de 1966, algunos de cuyos acápites transcribe.

Tal consideración excluye que el hecho subjudice pueda ubicarse en el citado art. 163, estando él por otra parte erigido, en forma autónoma, como delito del abandono del puesto en el art. 153.

En razón de este mismo motivo el impugnante estima subsidiariamente al amparo de la causal primera que la sentencia acusada es violatoria de aquella disposición por haberse aplicado indebidamente en vez de la última que regula el evento en estudio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El procurador de las Fuerzas Militares al contestar el traslado de la demanda, la coadyuva y considera en relación con la cuestión básica que se debate, lo siguiente:

"Ante los planteamientos propuestos, el Ministerio Público Castrense considera que los centinelas, conforme a las normas pertinentes contenidas en el art. 46 del Reglamento de Guarnición, están perentoriamente obligados al cumplimiento de consignas generales y particulares, las primeras son "aquellas prescripciones que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados. Son consignas particulares, las que corresponden a la situación especial del puesto".

"El mismo reglamento en el art. citado taxativamente señala los hechos o acciones que constituyen consignas generales, entre otras, figuran las siguientes:

"(1) Estar en constante actividad durante su

turno de servicio, en el sitio o lugar que le asigne sin separarse de él por ningún motivo".

"(2) Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, *dormir*, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servicio".

" . . . . . .

"(10) Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta de su cabo relevante. En casos excepcionales aceptará el relevo, siempre que medie orden expresa y personal del comandante de guardia".

"El art. 163 del Código de Justicia Penal Militar dice:

"El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

"De los términos en que se halla concebida la norma transcrita, fácilmente se observa que en ella se consignan dos hechos que según el Reglamento de Guarnición están elevados a la categoría de "consignas generales", son ellos dormir durante el servicio y dejarse relevar por persona distinta al relevante o por quien no ostente autorización expresa y personal del Comandante de Guardia, lo que quiere decir que cuando el art. 163 del Código de Justicia Penal Militar dice "falte a las consignas que haya recibido..." no se está refiriendo a las consignas generales, como lo sostiene el H. Tribunal Superior Militar en la sentencia impugnada (fl. 75) sino a las particulares o especiales que se imparten en el momento de recibir el puesto de acuerdo a "la situación especial" del mismo. Si el significado fuera el que le asigne el ad quem el legislador no hubiera hecho la cita o mejor la inserción en el art. 163 citado de los dos hechos señalados en los numerales (2) y (10) del art. 46 del reglamento mencionado, le hubiera bastado con copiar todo el art. 46 o en su lugar decir que el centinela que falte a las consignas generales incurrirá en la sanción de uno a cinco años de arresto. Mas como no fue esa la intención, el mismo legislador no solamente incluyó en el art. 163 los dos hechos a que se refieren los numerales citados para tipificar el delito Del centinela sino que pasó al art. 153, como delito, el hecho de separarse del lugar asignado para prestar el servicio, que no es otro que el Abandono del Puesto.

"Es más, si el significado de la frase del art. 163 "falte a las consignas que haya recibido" es el que le asigna el Tribunal, o sea las consignas generales, tendríamos que admitir que el resto de hechos o acciones enumeradas en el numeral (2) del art. 46 del Reglamento de Guarnición, esto es distintos al de dormir, serían constitutivos del delito Del Centinela, lo que no es cierto ya que son pura y simplemente faltas sancionables disciplinariamente conforme al reglamento respectivo.

"Lo anterior lleva a este Ministerio a conceptuar que el hecho materia del juzgamiento e imputado al soldado procesado José Jairo Sanabria Salazar, no solamente se ubicó al hacer su calificación jurídica en disposición sustantiva diferente a la que realmente le correspondía sino que también se aplicó un procedimiento diferente. Se juzgó por procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales cuando ha debido ser en derecho, en la forma y términos establecidos en el art. 590 del Código Castrense. En consecuencia, este despacho comparte en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda e igualmente corrobora las peticiones formuladas en la misma. Así mismo hace propios todos y cada uno de los planteamientos hechos por la H. Corte Suprema en la sentencia de 4 de noviembre de 1966, en el caso del soldado *Rigoberto Yusunguaira Yáñez*.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El cargo que en definitiva se atribuyó al procesado como delito Del centinela fue el de haberse retirado sin causa justificativa según dice el cuestionario que se propuso a los Vocales del Consejo de Guerra Verbal que lo juzgó, del lugar donde prestaba su servicio.

¿Tal abandono del puesto implica simplemente una falta a las consignas recibidas, sancionable conforme al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar como "Delito del Centinela", o constituye propiamente el delito "Del Abandono del servicio" que define el art. 153 ibídem?

Por centinela se entiende según el Reglamento de Servicio de Guarnición el "Individuo colocado en un sitio, lugar o zona determinados, con misiones definidas de vigilancia o seguridad".

Y entre las referidas consignas ese mismo ordenamiento las divide en generales y particu-

lares. Las primeras son "aquellas prescripciones que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados". Se determinan en el art. 46 del mencionado Reglamento y son entre otras las siguientes:

"1. Estar en constante actividad durante su turno de servicio, en el sitio o lugar que se le asigne sin separarse de él por ningún motivo;

"2. Mantenerse de pie, absteniéndose de sentarse, recostarse, fumar, comer, beber, dormir, conversar o hacer cosa alguna que distraiga su atención durante el servico;

" . . . . . .

"10. Ningún centinela debe dejarse relevar por persona distinta a su cabo relevante . . . .".

Las consignas particulares tienen conforme al mismo Reglamento carácter reservado y deben ser comunicadas por los centinelas "únicamente al individuo que los releve y a los superiores directos cuando así lo exijan". Son pues transitorias y corresponden a la situación especial del puesto.

Ahora bien, cuando el art. 163 preceptúa que comete el delito Del centinela el soldado que cumpliendo este servicio "falte a las consignas que haya recibido", ¿a qué clase de consignas se refiere: a las generales o a las particulares?

La Sala en caso similar ha sostenido que la disposición citada se contrae a las segundas porque en relación con las primeras sólo algunos de los hechos que específicamente las constituyen, de especial gravedad (dormirse, dejarse sorprender o relevar por quien no corresponda) fueron expresamente erigidas en el premencionado art. 163 como delito Del centinela. No así otras de menor entidad (no fumar, no beber, mantenerse en actividad etc.), a las que no se les dio cariz criminoso. Se las dejó como simples faltas del servicio sancionables disciplinariamente.

Además, dicha disposición no incluyó el abandono del puesto como delito propio Del Centinela. El art. 153 definió ese hecho y el embriagarse como delito específico, predicable no como caso particular del centinela sino más comprensivamente del "militar" que esté de facción o servicio, esto es, como infracción común a todos los militares.

Por consiguiente, cuando el art. 163 alude a las consignas recibidas, se refiere no a las generales sino a las particulares dadas transitoria y reservadamente al centinela al iniciar el servicio en razón, como ya se dijo y acertadamente lo sostiene el Ministerio Público Castrense, de las circunstancias especiales del puesto.

La Corte en sentencia de 4 de noviembre de 1966 en caso similar al que ahora se estudia dilucidó esta misma cuestión en los siguientes términos:

"Dice el actor que en el fallo recurrido se dio una interpretación equivocada al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar... Y que, por razón de ese yerro, se dejó de tomar en cuenta el art. 153 de la misma obra..."

" . . . . . .

Ambas disposiciones hacen parte del título IV ("De los delitos contra el servicio") del Libro 2o. del Código de Justicia Penal Militar. Pero la primera constituye el contenido del Capítulo V ("Delito Del Centinela") y la segunda se encuentra en el Capítulo II ("Del Abandono del Puesto").

"En este mismo Título IV se reprimen el "Abandono del Servicio" y la "Deserción" con pena de arresto de seis meses a dos años, lo que obviamente indica que las infracciones de "Abandono del Puesto" y "Delito Del Centinela" son más graves, por constituir un mayor daño a los intereses del servicio militar.

"Con este mismo criterio dosificador de las sanciones, únicamente en los casos de "Abandono del Puesto" (art. 154), "Abandono del Servicio" (art. 156) y "Deserción" (art. 159) se ha previsto un aumento y aún la sustitución del arresto por la prisión, a saber:

"Art. 154: Si alguna de las infracciones de que tratan los artículos anteriores ..." ("abandono del puesto")... "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión".

"Art. 156: Las penas de que trata el art. anterior..." ("del abandono del servicio")... "se aumentarán hasta el doble cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"Art. 159: Las penas a que se refiere el art anterior..." ("de la deserción")... "se aumentarán

hasta el doble y la pena será de prisión cuando el hecho se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público".

"El lapso de tiempo es tomado en cuenta para distinguir el delito de que se trata, así:

"a) En el "abandono del puesto", de acuerdo con el art. 152, es indispensable, en tiempo de paz, que se dejen de ejercer las funciones propias del militar por más de veinticuatro horas consecutivas. O "por cualquier tiempo" en caso de turbación del orden público, conmoción interior, conflicto armado, o guerra".

"b) En el "abandono del servicio", según lo que señala el art. 155, los hechos allí previstos requieren un término no inferior a diez días.

"c) En la "deserción", de conformidad con los ords. 1o. y 2o. del art. 158, se precisa que las conductas en ellos indicadas ocurran por un lapso no menor de cinco días. Los ords. 3o. y 4o., aluden, respectivamente, a que se "falte al lugar en que preste su servicio cualquier día o noche de alarma o de vigilancia de que se le hubiere advertido", o "traspase sin autorización los límites señalados al campamento por el jefe de las tropas en campaña".

"De lo anterior se desprende lo siguiente:

"1o. Que la expresión "por cualquier tiempo" que trae el C. de J. P. M. al referirse a los delitos de "abandono del puesto" alude a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

"2o. Que si el abandono del puesto por el centinela, esto es, el hecho de "separarse del sitio o lugar que se le asigne" (como dice el Reglamento de Servicio de Guarnición, según cita que se hace en la sentencia acusada), fuese una de las conductas sancionadas como "Delito del centinela", se tendría el absurdo de que, en caso de "guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público", la pena no podría aumentarse, ni tampoco sustituir el arresto por la prisión, cuando la infracción se comete "frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos", pues en el Capítulo V ("Delito Del Centinela"), tales circunstancias agravantes no están señaladas, como sí se encuentran previstas, según se dejó anotado, para el delito de "Abandono del puesto" (Capítulo II, Art. 154).

"Ya se dejó observado cómo, de conformidad con el art. 153 del Código de Justicia Penal Militar (que se refiere al delito de "Abandono del puesto"), "El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo, o se embriague, será sancionado con arresto de uno a cinco años"; y si el hecho "se comete en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, las penas se aumentarán hasta el doble y si es frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos, se impondrá prisión" (Art. 154), Y cabe recordar que la expresión "cualquier tiempo" corresponde a cualquier término igual o inferior a veinticuatro horas, sin limitación mínima.

"¿Cómo es, entonces, que si el abandono del puesto lo hace el centinela, por cualquier tiempo, deba tomarse en cuenta el Capítulo V ("Delito del Centinela"), en donde no está indicada la circunstancia agravante que trae el art. 154, así ocurra el hecho en tiempo de guerra, conflicto armado, conmoción interior o turbación del orden público, o frente al enemigo o de rebeldes o sediciosos; y si tal abandono del puesto lo cumple el militar en otra clase de servicio, la aludida circunstancia agravadora de la pena sí resulta pertinente, porque ya se trata de hechos definidos en el Capítulo II ("Del Abandono del Puesto")?

"A esta conclusión inaceptable conduce la interpretación que en la sentencia recurrida se da al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar.

"Además, el alcance que en dicho fallo se da al anterior precepto debe ser rechazado por las siguientes razones:

"1. Cuando el art. 163 se refiere a las consignas que haya recibido el centinela, obviamente trata de las que "corresponden a la situación especial del puesto" y no a esas otras de carácter general, "que deben cumplir todos los centinelas, sea cual fuere el puesto donde se encuentren instalados", las que, naturalmente, no es menester que en cada caso el centinela reciba al encargarse de ese servicio.

"No tiene, por tanto, fuerza el argumento que trae la sentencia acusada, según el cual el hecho de separarse el centinela del sitio o lugar que se le asigne, por tratarse de una consigna general, hace incurrir a aquel en el "Delito del Centinela" y no en el de "abandono del puesto" (art. 153 del C. de J. P. M.).

"2. Si una conducta está expresa y claramente prevista como determinado delito, no corres-

ponde acomodarla a otra definición punible, cuando para esto se requiere darle un alcance extensivo que aquel no exige.

"Así, el art. 153 del Código de Justicia Penal Militar sanciona a quien, "estando de facción o servicio abandona su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...", puesto que, no cabe duda, puede ser el señalado al centinela.

"En cambio, en el art. 163 ("Delito del Centinela"), no se habla de "Abandono del puesto", sino de dormir, faltar a las consignas que haya recibido, dejarse sorprender o relevar por quien no sea su comandante o de quien autorizadamente haga sus veces.

¿Cómo, entonces, ante la represión penal que de manera clara se indica en el art. 153 para los casos de abandono del puesto, por cualquier tiempo y en relación con cualquier servicio que preste el militar, sea menester que se acuda a interpretaciones extensivas de la frase "consignas que haya recibido" el centinela, para entender que se trata del "Delito del Centinela" y no del delito de "Abandono del puesto"?

Prospera, por tanto, la causal cuarta, y no es del caso estudiar su subsidiaria.

Ahora bien; de acuerdo con el ord. 2o. del art. 441 del Código de Justicia Penal Militar, es causal de nulidad "haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción".

En ese error, que condujo a juzgar al procesado por procedimiento distinto al que debió aplicarse, se incurrió a partir de la res. número 32 de 4 de julio de 1968 en la que se calificó el cargo imputable al soldado José Jairo Sanabria Salazar como delito Del Centinela y se ordenó juzgarlo en Consejo de Guerra Verbal.

En consecuencia, y para los efectos del ord. 3o. del art. 58 del Decr. 528 de 1964, se invalidará el fallo impugnado para que se retrotraiga la actuación y se oriente por el procedimiento que señala el art. 590 del Código de Justicia Penal Militar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *invalida* la sentencia condenatoria pronunciada por el Tribunal Superior Militar contra José Jairo Sanabria Salazar y *ordena* reponer el procedimiento a partir de la citada Res. No. 32 de 4 de julio de 1968, inclusive, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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.

ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR

Para que configure la específica atenuante del art. 28 del C. P., ha de ser causado "por grave e injusta provocación" y el jurado debe así calificarlo, en los juicios en que interviene. Causal 1a. de casación. La violación directa de la ley sustancial, ocurre cuando puede demostrarse mediante un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio.

1. El "estado de ira o de intenso dolor", para que pueda acogerse a los efectos de configurar la específica atenuante que establece el art. 28 del C. P., ha de ser causado, según esa misma disposición, "por grave e injusta provocación", condición que, en obedecimiento a la expresada norma legal, es absolutamente indispensable.

La Corte, en diversas ocasiones ha repetido que "la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. Además, ha agregado la Sala, que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el art. 28 del C. P. Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (art. 480, C. de P. P.). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley, al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto" (Sentencia 16 de julio de 1947, LXIII, 405)..

El veredicto de que aquí se trata no califica la causa del estado de ira en que, según el mismo obró el procesado al dar muerte a su cuñado.

2. El motivo de impugnación del inciso 1o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, relativo a que la sentencia "sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", solo cabe ser invocado de manera directa, en su carácter de principal, "cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la sala de casación penal en tribunal de tercera instancia".

El actor, pretende que en el fallo acusado la violación de "la ley sustantiva" se produjo porque allí se desconocieron, no obstante estar "ampliamente demostradas en autos", las circunstancias de menor peligrosidad previstas en los ords. 1o., 3o., y 11o. del art. 38 del C. P., y porque se tuvieron como comprobadas, a pesar de no estarlo, las circunstancias de mayor peligrosidad, de los ords. 4o. y 6o. del art. 37 de la misma obra, fuera de que encontrándose debidamente acreditados todos los requisitos exigidos por el art. 3o. del Decr. 2953 de 1968 para otorgar la rebaja de pena que establece el art. 1o. de la ley 40, también de ese año, se negó esa rebaja, haciéndose de esa manera "más nocivas las consecuencias del delito".

Planteada en estos términos la supuesta violación de "la ley sustantiva", lógicamente el cargo no cabía ser aducido sino a través del inciso 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, sobre la base de un examen de las pruebas en torno a las circunstancias de menor peligrosidad que, según el recurrente, se pretermitieron, y a las de mayor peligrosidad que fueron, en el sentir de aquel, equivo-

cadamente computadas y, desde luego, en torno a las que requiere el ord. 3o. del citado Decr. 2953 de 1968 para poder acordar la rebaja de pena que consagra el art. 1o. de la ley 40 de ese mismo año.

El cargo estuvo mal formulado y, a su vez, mal fundamentado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: octubre 10/69. - Acta No. 39).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Jesús Antonio Sarmiento Cifuentes* contra la sentencia del 17 de abril del año en curso, por medio de la cual el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá lo condenó, como responsable del delito de homicidio en la persona de Pedro Pablo Méndez Rodríguez, a la pena de *"diez (10) años de presidio"*, imponiéndole también las consiguientes penas accesorias.

HECHOS Y ACTUACION

Como a eso de las siete de la noche del 3 de junio de 1967, dentro de la tienda de Eliécer Cantor, situada en el área urbana de la población de Guasca, donde se encontraban ingiriendo licor, el procesado Sarmiento Cifuentes, tras breve altercado en torno a confusas cuestiones herenciales, dio muerte, de dos disparos de revólver, a su cuñado Méndez Rodríguez.

El Juzgado Superior de Gachetá, fundado en aquella muerte, a la que tomó como constitutiva del delito de homicidio simplemente voluntario, en auto del 22 de enero del año pasado, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal respecto del predicho Sarmiento Cifuentes y más tarde, tramitado el respectivo juicio y llegada la oportunidad legal, interrogó al Jurado mediante pregunta redactada con subordinación estricta a los términos del enjuiciamiento, el cual emitió el veredicto que a continuación se reproduce:

"Sí es responsable pero obró en estado de ira provocada por la discusión".

Con fundamento en esta determinación, interpretada como declarativa de la responsabilidad de Sarmiento Cifuentes frente al homicidio de la imputación, tomado en el carácter de simplemente voluntario, el Juzgado, deduciendo 1 año, 7 meses y 6 días, por concepto de la rebaja de pena que autoriza el art. 1o. de la Ley 40 de 1968, lo condenó, mediante sentencia del 21 de enero del año en curso, a la pena de *"Seis (6) años, cuatro (4) meses y veinticuatro (24) días de presidio"*, lo mismo que a las accesorias del caso, fallo que el Tribunal de Gachetá reformó en el suyo del 17 de abril, a efecto de imponerle a aquél la pena principal de *"diez (10) años de presidio"*, computando el tiempo de la rebaja de pena que se otorgó en la primera instancia, la cual estimó mal concedida.

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca las causales de casación previstas en los ords. 2o. y 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Causal segunda:

Con apoyo en este motivo sostiene que la sentencia acusada se dictó "en desacuerdo con el veredicto del Jurado", tesis en cuya fundamentación se limita, en realidad, a consignar esto:

"Las tres distinguidas damas que integraron el jurado popular que juzgó a Jesús Antonio Sarmiento Cifuentes le otorgaron el estado de ira e intenso dolor que consigna el art. 28 del C. P., según sus expresas manifestaciones en todo momento aunque, en verdad, con defectos de redacción en el puro veredicto. Si la Corte Suprema de Justicia tuviera que atenerse inflexiblemente a su jurisprudencia anterior, sólo la ausencia de la palabra *grave*, en el texto final del veredicto, representa o representaría grave injusticia para Sarmiento Cifuentes.

Con lo anterior queremos decir, que si el texto definitivo del veredicto fuera el siguiente:

"Sí es responsable pero obró en estado *grave* de ira provocada por la discusión',

la circunstancia modificadora del art. 28 del C. P. estaría reconocida, sin discusión alguna.

La *provocación*, cuando ha tenido origen en la víctima, es injusta y su *gravedad* la determinan los hechos mismos, si están reconocidos en el auto de llamamiento a juicio, que es el pliego

de cargos que el Estado formula al enjuiciado. Es un hecho cuya existencia no depende de la impropia redacción y equivocada redacción de un texto, como lo es en este caso el veredicto, impugnado en la sentencia.

Ahora bien: La sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá condenó a Jesús Antonio Sarmiento Cifuentes como responsable de un delito de homicidio voluntario, lúego está en desacuerdo con el veredicto del jurado por las razones expuestas, particular y concretamente porque le desconoce la circunstancia modificadora del estado de ira causado por grave e injusta provocación, al tenor del art. 28 del C. P.

Causal primera:

Al amparo de este otro motivo de impugnación, el recurrente manifiesta que la sentencia acusada es "violatoria de la ley penal sustantiva, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", enunciado al que se refiere diciendo que "especialmente en cuanto contradice lo establecido en los ords. 1o., 3o. y 11 del art. 38 del C. P.", puesto que "la buena conducta anterior del procesado está ampliamente demostrada en autos", lo mismo que el "ímpetu de ira provocada injustamente" y "la indigencia y la falta de ilustración" que son propias de aquel, y en cuanto "se desconoció el art. 3o. del Decr. 2953 de 1968, reglamentario de la ley 40 del mismo año, que autoriza a los jueces al proferir sentencia para reducir la pena en la proporción señalada en el art. 1o. de dicha ley", con repecto a "los sindicados por delitos comunes cometidos antes de su vigencia", todo lo cual permite concluir en que se "individualizó la sanción en forma equivocada", en fuerza de que se dejaron de apreciar "circunstancias de menor peligrosidad" y, en cambio, se tomaron otras de "mayor peligrosidad que no son admisibles, tales como las señaladas en los numerales 4o. y 6o. del art. 37 del C. P.", haciéndose "más nocivas las consecuencias del delito".

EL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, previo un juicioso estudio de la demanda, directamente enlazado con los reparos que formula a la sentencia impugnada, solicita se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) El "estado de ira o de intenso dolor", para que pueda acogerse a los efectos de configurar la específica atenuante que establece el art. 28 del C. P., ha de ser causado, según esa misma disposición, "por grave e injusta provocación", condición que, en obedecimiento a la expresada norma legal, es absolutamente indispensable.

b) La Corte, en diversas ocasiones ha repetido que "la gravedad y la injusticia son requisitos esenciales para que la pena se atenúe por provocación, porque lo que excusa no es simplemente la ira o el dolor, sino la justa causa de la ira o del dolor. Si así no fuera, todo estado emocional o pasional habría de considerarse como índice de una personalidad poco peligrosa, aunque tuviera el origen más innoble y antisocial que pudiera imaginarse, lo cual es inadmisible. Además, ha agregado la Sala que un veredicto que no hable de esas calidades de la gravedad e injusticia de la provocación no puede autorizar la disminución de la pena de que habla el art. 28 del C. P. Por mandato expreso de la ley, quien debe calificar los hechos es el Tribunal popular y la sentencia tiene que acomodarse a su veredicto (art. 480, C. de P. P.). Si el juez de derecho encuentra el fallo de los jueces de conciencia contrario a la evidencia de los hechos, puede así declararlo; pero en ningún caso puede completar el pensamiento del jurado haciéndole decir lo que no dijo expresamente, porque una interpretación caprichosa basada en meras suposiciones o conjeturas no está autorizada por la ley, al contrario, debe considerarse prohibida, porque equivale a desconocer el veredicto" (Sent. 16 julio 1947, LXIII, 405).

c) El veredicto de que aquí se trata no califica la causa del estado de ira en que, según el mismo, obró el procesado Sarmiento Cifuentes al dar muerte a su cuñado Méndez Rodríguez.

d) El cargo, en consecuencia, no prospera.

e) El motivo de impugnación del inciso 1o. del ord. 1o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, relativo a que la sentencia "sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", solo cabe ser invocado de manera directa, en su carácter de principal, "cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría a la sala de casación penal en tribunal de tercera instancia".

f) El actor, como quedó reseñado, pretende que en el fallo acusado la violación de "la ley penal sustantiva" se produjo porque allí se desconocieron, no obstante estar "ampliamente demostradas en autos", las circunstancias de menor peligrosidad previstas en los ords. 1o., 3o. y 11o. del art. 38 del C. P., y porque se tuvieron como comprobadas, a pesar de no estarlo, las circunstancias de mayor peligrosidad, de los ords. 4o. y 6o. del art. 37 de la misma obra, fuera de que, encontrándose debidamente acreditados todos los requisitos exigidos por el art. 3o. del Dcr. 2953 de 1968 para otorgar la rebaja de pena que establece el art. 1o. de la ley 40, también de ese año, se negó esa rebaja, haciéndose de esa manera "más nocivas las con secuencias del delito".

g) Planteada en estos términos la supuesta violación de "la ley sustantiva", lógicamente el cargo no cabía ser aducido sino a través del inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, sobre la base de un examen de las pruebas en torno a las circunstancias de menor peligrosidad que, según el recurrente, se pretermitieron, y a las de mayor peligrosidad que fueron, en el sentir de aquel, equivocadamente computadas y, desde luego, en torno a las que requiere el ord. 3o. del citado Dcr. 2953 de 1968 para poder acordar la rebaja de pena que consagra el art. 1o. de la ley 40 de ese mismo año.

h) Es claro, pues, que el cargo estuvo mal formulado y, a su vez, mal fundamentado, por lo que, como es obvio, no puede prosperar.

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 procesado *Jesús Antonio Sarmiento Cifuentes*, contra el fallo del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá y ORDENA remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a cuya jurisdicción pasó el territorio de aquel distrito.

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.

CAUSAL CUARTA DE CASACION

Para que el error en la denominación jurídica de la infracción, pueda alegarse, en casación, con autonomía dentro de esta causal — 1a. 4a— ha de ser susceptible de demostración mediante un raciocinio directo, acogiendo la fundamentación fáctica de la sentencia, si hubo error en la apreciación del caudal probatorio, ha de alegarse como como consecuencia de la causal del aparte 2o. del inc. 1o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964.

Para que el error en la denominacion jurídica de la infracción, causal de nulidad contemplada en el ord. 5o. del art. 37 del Dcr. 1358 de 1964 y en el ord. 2o. del art. 441 del C. de J. P. M.; pueda alegarse con autonomía en casación en la esfera de la causal gobernada por el ord. 4o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, es preciso que el error sea susceptible de demostración por raciocinio directo, acogiendo la fundamentación fáctica de la sentencia.. Si el actor no acepta que los hechos hubieran ocurrido en la forma plasmada en el auto de proceder o en el cuestionario sometido a consideración de los vocales del Consejo de Guerra, y por ende en la sentencia, debe aducir, en primer lugar, el motivo de casación previsto en el apartado 2o. del ord. 1o. del predicho art. 56, y demostrar con apoyo en él que el fallador precisó mal los hechos del proceso, por error de hecho o de derecho manifiesto en la valoración de las pruebas, lo que determinó la errada calificación jurídica de los mismos, y alegar luego como consecuencial la causal 4a. de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 40).

VISTOS:

Surtidos los trámites de rigor, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia proferida por esta Corporación con fecha 15 de octubre de 1968, mediante la cual se condenó en segunda instancia a los soldados Juan Gómez y Hernando Vélez o Hernando Delgado Vélez, al primero de ellos a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de dos delitos de robo militar y delito del Centinela, y el segundo a la pena principal de siete años y seis meses de presidio, como responsable de dos delitos militares de robo, y se absolvió al soldado Guillermo Obando Montenegro, por el delito de encubrimiento.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL:

En la madrugada del 16 de abril de 1966, el soldado de infantería de marina Juan Gómez, quien en esa fecha prestaba el servicio de Centinela del Fondo Rotatorio de la Armada Nacional en la Base Naval de Puerto Leguízamo, obrando con la complicidad previamente concertada del soldado Hernando Vélez o Hernando Delgado Vélez, se apoderó, mediante el empleo de violencia sobre las cosas y con escalamiento, de mercancías de dicho Fondo avaluadas en la suma de $ 757.95.

Esos mismos sujetos, utilizando idénticos procedimientos, se sustrajeron del mismo lugar, entre los días 1o. y 2 de mayo del año citado, bienes por valor de $ 4.430.37, pertenecientes al referido Fondo Rotatorio.

En razón de esos hechos, el Comandante de la Fuerza Naval del Sur, actuando como juez de primera instancia conforme a disposiciones del Código de Justicia Penal Militar, por medio de Res. No. 016 de septiembre 8 de 1967, ordenó convocar un Consejo de Guerra Verbal en la

Guarnición a su cargo, para juzgar a los procesados Gómez y Vélez, como también al Infante de Marina Guillermo Obando Montenegro, "por los delitos que se les imputan en este proceso, así:

"a) Infantes de Marina *Gómez Juan y Vélez Hernando o Delgado Vélez Hernando,* por el Delito de *"Robo"* en dos casos, que define y sanciona el Código de Justicia Penal Militar en el Libro Segundo, Capítulo IV, Título X, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso.

"b) Infante de Marina *Juan Gómez,* por el Delito del *"Centinela"* que define y sanciona el Código de Justicia Penal Militar en el Libro II, Capítulo V, Título IV, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso.

"c) Infante de Marina *Guillermo Obando Montenegro, por el delito de "encubrimiento"* que define y sanciona el Código de Justicia Penal Militar en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo VI cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el proceso".

El 11 del mismo mes, señalado al efecto en el acto de convocación, se celebró el Consejo de Guerra, en el que se discutieron seis cuestionarios, que se copian con el veredicto:

"Cuestionario Número 1:

"El sindicado, soldado de infantería de Marina Juan Gómez es responsable sí o no de haberse apoderado violentamente de bienes avaluados en la suma de setecientos cincuenta y siete pesos con noventa y cinco centavos moneda legal de propiedad del Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y destinados al uso y servicio de las Fuerzas Armadas; en compañía del soldado de infantería de marina Hernando Delgado Vélez o Hernando Vélez, por medio de violencia hecha a la cerradura de la puerta interior de la bodega del almacen y con escalamiento de ventana, hechos ocurridos entre la noche del día quince y amanecer del día diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y seis en esta Guarnición y dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente?

"Veredicto: Sí es responsable por unanimidad".

"Cuestionario Número 2:

El sindicado, soldado de infantería de marina Juan Gómez es responsable sí o no de haberse apoderado violentamente de bienes avaluados en la suma de cuatro mil cuatrocientos treinta pesos con treinta y siete centavos pertenecientes al Fondo Rotatorio de la Armada Nacional —Base Fluvial ARC 'Leguízamo' y destinado al servicio de las Fuerzas Armadas empleando para ello violencia sobre la cerradura de la puerta de la bodega del almacén del Fondo, con escalamiento de ventana en compañía del soldado de infantería de marina Hernando Delgado Vélez o Hernando Vélez, hechos ocurridos el día primero de mayo hacia las 20:00 horas y continuadas aproximadamente a las 04:00 horas del día dos de mayo de 1966 en esta Guarnición y dentro de las circuntancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el presente expediente?

"Veredicto: Sí es responsable por unanimidad".

"Cuestionario Número 3:

"El sindicado, soldado de infantería de marina Hernando Delgado Vélez o Hernando Vélez, es responsable sí o no de haberse apoderado violentamente de bienes avaluados en la suma de setecientos cincuenta y siete pesos con noventa y cinco centavos moneda legal de propiedad del Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y destinados al uso y servicio de las Fuerzas Armadas; en compañía del soldado de infantería marina Juan Gómez por medio de violencia hecha a la cerradura de la puerta interior de la bodega del almacén y con escalamiento de ventana hechos ocurridos entre la noche del día quince y amanecer del día diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y seis en esta Guarnición y dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente?

"Veredicto: Sí es responsable por unanimidad".

"Cuestionario Número 4:

El sindicado, soldado de infantería de marina Hernando Delgado Vélez o Hernando Vélez es responsable sí o no de haberse apoderado violentamente de bienes avaluados en la suma de cuatro mil cuatrocientos treinta pesos con treinta y siete centavos pertenecientes al Fondo Rotatorio de la Armada Nacional —Base Fluvial de Puerto Leguízamo— y destinado al servicio de las Fuerzas Armadas empleando para ello violencia sobre la cerradura de la puerta de la bodega del almacén del Fondo, con escalamiento de ventana en compañía del soldado de infantería de marina Juan Gómez hechos ocurridos el día pri-

mero de mayo hacia las 20:00 horas y continuadas aproximadamente a las 04:00 horas del día dos de mayo de 1966 en esta Guarnición y dentro de las circunstancias de tiempo modo y lugar de que da cuenta el presente expediente?

"*Veredicto*": Sí es responsable por unanimidad"

Cuestionario Número 5:

"El sindicado soldado de infantería de marina Juan Gómez es responsable sí o no de haber faltado a las consignas para el puesto de centinela número dos del Fondo Rotatorio de la base fluvial ARC. "Leguízamo", consistente en responder por su vigilancia y seguridad e impedir la entrada de personal a estas dependencias en horas diferentes del servicio, hechos ocurridos en la madrugada del día diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y seis en esta Guarnición y dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente?

"*Veredicto:* Sí es responsable por unanimidad".

Cuestionario Número 6:

El sindicado, exsoldado de infantería de marina Guillermo Obando Montenegro es responsable, sí o no, de haber prestado ayuda a los soldados de infantería de marina Gómez Juan, y Hernando Delgado Vélez o Velez Hernando en la recepción y ocultamiento en su casa de habitación de puerto Leguízamo de parte de los bienes sustraídos primeramente y en forma violenta al Fondo Rotatorio de la Base Fluvial ARC. 'Leguízamo' y cuyo monto total asciende a la suma de setecientos cincuenta y siete pesos con noventa y cinco centavos moneda legal en esta Guarnición y posterior al 16 de abril de mil novecientos sesenta y seis, dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente?

"*Veredicto:* No es responsable por unanimidad".

Con fundamento en tales veredictos, la Presidencia del Consejo de Guerra Verbal profirió, con fecha noviembre 9 de 1967, la sentencia correspondiente, en la que resolvió condenar a los soldados Juan Gómez y Hernando Delgado Vélez, el primero de ellos a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de los delitos de robo militar, y delito del Centinela, y al segundo a la pena principal de siete años y seis meses de presidio, como responsable de dos delitos de robo militar. En el mismo fallo se absolvió al exinfante de marina Guillermo Obando del delito de encubrimiento.

Esa sentencia fue consultada con el Tribunal Superior Militar y esta Corporación la confirmó. con ligera adición respecto de las sanciones accesorias impuestas a los convictos, en la providencia que ahora es materia del recurso extraordinario de casación

LA DEMANDA

En ella se acusa la sentencia impugnada en base a las causales 4a. y 1a. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, la última de las cuales se aduce como subsidiaria.

Causal cuarta:

En la esfera de este motivo, que hace casable la sentencia cuando se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, el actor sostiene, en forma confusa y abigarrada, que se violó la ley procedimental, en forma que compromete la validez del juicio, al "no haberse elaborado el cuestionario para ser contestado por los señores Vocales en la forma establecida en el Código Castrense, o sea al tenor de lo consagrado en los arts. 559 y 561 ibídem, incurriéndose en violación a los ords. 2o. y 6o. del art. 441 del Código citado". El cargo lo fundamenta así, textualmente:

"En el fallo se hace alusión a violación al art. 163 del Código de Justicia Penal Militar, al pretender equiparar situaciones contempladas en el art. 153 de la misma obra, disposición esta que ha debido aplicarse en forma exclusiva y sin ambigüedades, ya que es la más apropiada no sólo respecto a su especialidad sino por encajar en forma más precisa dentro de los hechos ilícitos investigados.

"En forma contraria a lo afirmado en el fallo de la Corporación, en pro de la violación al art. 163 del Código, y al no ser las argumentaciones allí expuestas lo suficientemente convincentes, es factible pensar que la conducta del sindicado Juan Gómez encaja más propiamente en la violación al art. 153, y en esa forma no haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, como cree la Fiscalía que se hizo".

Transcribe luego el recurrente un fallo de la Corte en el que se precisan diferencias entre los delitos militares de abandono del puesto y del centinela, y concluye:

"En razón de lo actuado en las diligencias extima el suscrito que el acusado Soldado Juan Gómez, al retirarse del lugar indicado para la prestación del servicio cometió un hecho específicamente contemplado en la legislación vigente como delito de *abandono del puesto* consistente en que estando de facción o servicio, se retiró del lugar indicado para su vigilancia o cuidado sin causa justificativa por algún tiempo, sin que con ello hubiese faltado a consignas especiales que debía cumplir como centinela, sino que sencillamente abandonó el lugar o sitio de facción".

". . . . . ."

"En la Segunda Instancia se dictó un fallo, sin lugar a dudas sin base legal alguna para ello, ya que se tuvo como fundamento una pregunta formulada sin consultar los elementos constitutivos de la infracción, violando claras normas de procedimiento, que si bien es cierto por la conexidad de los delitos investigados el juzgamiento se adelantaba por el procedimiento especial de los Consejos de Guerra Verbales, la calificación apropiada para el caso no era la indicada variándose la misma.

"Se aprecia que se faltaron a los presupuestos procesales y doctrinarios aplicables, se quebrantaron normas regulares del juicio y se incurrió en violación del art. 26 de la Carta Fundamental, generándose así nulidad sustancial en la actuación, lo que acarrea un juicio viciado.

"Se observa que la norma constitucional referida establece que el juzgamiento de toda persona debe llevarse a término conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, lo que no se hizo en el presente caso.

"Es de notar que en los trámites procesales la observación de las formas propias del juicio debe ser total y completa y al omitir parte de estas se están infringiendo derechos consagrados en la Carta, tanto para la sociedad como para el acusado.

En el caso en estudio la nulidad constitucional del proceso, aparece en las siguientes incidencias:

"No se elaboró el cuestionario en la forma establecida por el Código de Justicia Penal Militar —tampoco se determinaron los elementos de la infracción que se pretendió estructurar contra el servicio".

Causal primera:

Dice el Fiscal impugnador que "La sentencia recurrida es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida o interpretación errónea de esta". Y para sustentar el cargo, después de hacer algunas transcripciones de original que no cita y relativas a la distinción doctrinaria entre los delitos de abandono del puesto y del Centinela, discurre de este modo:

"En criterio del suscrito, se plantea como ya se sugirió, la existencia de un ilícito contra el servicio muy diferente al atribuido hasta el presente al sindicado, contrariando así la realidad procesal.

"Debe tenerse presente en resumen, que la aplicación que de la Ley hizo el H. Tribunal Superior Militar, incurrió en error por violación a la misma, pues ha debido dar aplicación al art. 153 y no al art. 163 indebidamente invocado.

"Otra crítica que perfectamente encaja en el punto presente se refiere a los delitos contra los bienes del Estado, robo en el presente caso, investigados y juzgados conjuntamente, aun cuando algunos hechos ocurrieron el 16 de abril y otros el 1o. y 2 de mayo, siendo parecidos pero independientes.

"Para el caso del segundo ilícito, se predica la continuidad del delito, cuando ello no es exactamente así, ya que lo ocurrido se presentó podemos decir en dos etapas, siendo una sola acción o evento, pues se cumplió una sola ofensa al interés protegido en la norma penal o "daño criminal". Como se dice en el salvamento de voto, "no hay dos acciones objetivamente agotadas ni subjetivamente diferentes, sino una sola...". "Y esto no es lo que hace continuo el delito. Para que este se dé las acciones objetivamente consideradas son completas, agotadas en cada episodio; y subjetivamente lo están también en una parcialidad que no se sabe si va a aumentar o no. Solamente que se espera otra u otras oportunidades para hacer crecer el beneficio... no hay delito crónico sino un delito único .

"Para el caso del delito ejecutado el 16 de abril, en relación con el cumplido el 1o. y 2 de mayo, si se puede pensar en la existencia de un delito crónico, al revelar ser la ejecución de un mismo designio, aun cuando en autos aparece que se juzgaron independientemente, unos hechos de los otros y en donde era difícil deducir la existencia de un delito continuado, este se estructuró al redactar los pliegos de cargos sometidos a los señores vocales para su resolución".

Concepto del Procurador Delegado de las Fuerzas Militares:

"La Procuraduría coadyuva la demanda de casación, pues considera, identificando su criterio con el del Fiscal recurrente, que al soldado Juan Gómez ha debido imputársele el delito de abandono del puesto, contemplado en el art. 153 del C. de J. P. M., y no el delito del Centinela previsto en el art. 163 del mismo estatuto y por el cual fue sancionado en el fallo impugnado.

"No debe olvidarse —expresa el Procurador al final de su concepto— que cuando un hecho delictual está expresamente consagrado en un art. o disposición legal le está vedado al funcionario transferirlo a otro artículo que no contiene en forma expresa y clara los presupuestos que tipifican el mismo delito, prueba de la afirmación es la de que el art. 153 del Código de Justicia Penal Militar dice: 'El militar que estando de facción o servicio abandone su puesto sin causa justificativa, por cualquier tiempo...'. Ya vimos cómo en los autos está plenamente acreditado que el Infante *Juan Gómez* en la época de los hechos era un militar que prestaba el servicio militar obligatorio, que para la noche del 15 al 16 de abril de 1966 estaba de facción —Centinela del almacén—, nombrado por la Orden del Día 059 del Comando de la Compañía a la cual pertenecía, y que sin causa justificativa se retiró del lugar donde debía permanecer durante su turno de vigilancia a otro con el fin de cometer un ilícito. En consecuencia, si el ilícito realmente imputado al procesado es el de "Abandono del Puesto' y no el "de Centinela" el recurso interpuesto es viable y en tal virtud debe acogerse los pedimentos formulados en la respectiva demanda de casación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I.- El reparo que en el ámbito de la causal 4a. de casación formula el demandante contra la sentencia impugnada, interpretando y desentrañando el sentido de la demanda, es el de habese incurrido en el proceso en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, motivo contemplado como de nulidad en el ord. 2o. del art. 441 del Código de Justicia Penal Militar, error que en sentir del recurrente se cometió desde la elaboración del cuestionario atinente al delito del Centinela que se incriminó al soldado Juan Gómez, pues tal cuestionario ha debido redactarse con referencia a los hechos que estructuran el delito militar de abandono del puesto, sancionado en el art. 153 del C. de J. P. M., y no a los hechos configurantes del delito del Centinela, previsto en el art. 163 ibídem.

II.- Como el Fiscal recurrente no acepta que la conducta delictuosa atribuible al procesado Gómez, por la falta en que incurrió en el servicio militar, hubiera sido la de haber transgredido, como centinela del Fondo Rotatorio de la Armada, el deber de "responder por su vigilancia y seguridad e impedir la entrada de personal a esta Dependencia en horas diferentes del servicio", como se expresa en el "cuestionario No. 5", sino la de haber abandonado el puesto en momentos en que se hallaba de facción o servicio, cuestión de hecho diversa, ha debido necesariamente relacionar el motivo de casación señalado en el ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 con el contemplado en el ord. 1o. inciso 2o., del mismo art. y demostrar a través del examen crítico de los elementos de prueba producidos en el proceso que se incurrió por parte del fallador, por apreciación errónea o falta de apreciación de determinada o de determinadas pruebas, en error sobre la denominación jurídica de la infracción, tanto en la resolución de convocación del Consejo de Guerra Verbal como en el cuestionario correspondiente, y que por esa causa se profirió la sentencia en juicio afectado de nulidad legal.

III.- Para que el error en la denominación jurídica de la infracción, causal de nulidad contemplada en el ord. 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964 y en el ord. 2o. del art. 441 del C. de J. P. M., pueda alegarse con autonomía en casación en la esfera de la causal gobernada por el ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 antes citado, es preciso que el error sea susceptible de demostracion por raciocinio directo, acogiendo la fundamentación fáctica de la sentencia. Si el actor no acepta que los hechos hubieran ocurrido en la forma plasmada en el auto de proceder o en el cuestionario sometido a consideración de los Vocales del Consejo de Guerra, y por ende en la sentencia, debe aducir, en primer lugar, el motivo de casación previsto en el apartado 2o. del ord. 1o. del predicho art. 56, y demostrar con apoyo en él que el fallador precisó mal los hechos del proceso, por error de hecho o de derecho manifiesto en la valoración de las pruebas, lo que determinó la errada calificación jurídica de los mismos, y alegar luego como consecuencial la causal 4a. de casación.

IV.- En el caso presente el Fiscal del Tribunal Superior Militar revela su desacuerdo con el hecho imputado al soldado de infantería Juan Gómez, recogido en el cuestionario No. 5, y por el

cual fue condenado, "consistente en responder por su vigilancia y seguridad (del Fondo Rotatorio de la Armada) e impedir la entrada de personal a estas dependencias en horas diferentes del servicio", y afirma que el acto por el cual ha debido responsabilizársele es el de haber abandonado el puesto; sugiere que por ese yerro en la presentación de la cuestión de hecho se violó la ley sustancial, pues se aplicó el art. 163 de C. de J. P. M. en lugar del art. 153 de ese estatuto. El cargo así esbozado exigía el examen probatorio, a través de la causal establecida en el ord. 1o., inciso 2o., del art. 56 del mencionado Decr. 528, lo que no hizo el actor.

V.- Como el recurrente invoca aquí de manera directa la causal 4a. de casación, sin vincularla con la 1a., en la forma antes indicada, pretendiendo hacer primar su personal criterio a base de una afirmación caprichosa, cual es la de que el soldado Gómez abandonó el puesto de centinela que se le confió en las horas de la madrugada del 16 de abril de 1966, cuestión cuya demostración no intenta siquiera, síguese que la demanda en ese punto es deficiente y antitécnica, por lo cual el cargo no puede prosperar y será desechado.

VI.- Impugna también el actor la sentencia del Tribunal Superior Militar, subsidiariamente, con apoyo en la causal 1a. de casación, a cuyo amparo sostiene que aquélla "es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida o interpretación errónea", "pues ha debido dar aplicación al art. 153 y no al art. 163 indebidamente invocado".

Aunque el recurrente no expresa si la supuesta violación de la ley sustantiva en el fallo acusado fue directa o indirecta, ni da la razón de su aserto, la Corte entendiendo que el cargo ha sido propuesto por violación directa, puesto que aquel omite todo análisis probatorio, observa al respecto:

En los juicios en que interviene el jurado la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que aquél diere a los hechos sobre los cuales haya versado el debate, es decir, en consonancia con el veredicto (arts. 15 del Decr. 1358 de 1964 y 587, inc. 5o., del C. de J. P. M).

En este proceso, en cuanto al delito oficial acriminado al soldado Juan Gómez, el Consejo de Guerra Verbal afirmó la responsabilidad del procesado por "haber faltado a las consignas para el puesto de centinela número dos del Fondo Rotatorio de la Base Fluvial ARC. "Leguízamo", consistente en responder por su vigilancia y seguridad e impedir la entrada de personal a estas dependencias en horas diferentes del servicio, hechos ocurridos en la madrugada del día diez y seis de abril de mil novecientos sesenta y seis en esta Guarnición y dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente" (folio 223).

La calificación dada por el jurado en su veredicto a los hechos del juicio dan clara tipicidad al delito del Centinela, sancionado en el art. 163 del C. de J. P. M., que prescribe:

"El centinela que duerma, falte a las consignas que haya recibido, se deje sorprender o relevar por quien no sea su Comandante o de quien autorizadamente haga sus veces, será sancionado con arresto de uno a cinco años".

VII.- Si el Consejo de Guerra afirmó la responsabilidad del procesado Gómez por hechos que enmarca, como delito del Centinela, el art. 163 transcrito, el juzgador aplicó correctamente esta disposición al proferir la sentencia, como que no era posible, sin desatender el contenido del veredicto, aplicar una norma que reprime otra clase de infracción, como es la del art. 153 de aquel Código. Si el fallador hubiera acogido esta última disposición, en lugar de la que eligió, la sentencia no se habría hecho de acuerdo con el veredicto del Consejo Verbal de Guerra, pues éste no responsabilizó al acusado Gómez por haber abandonado su puesto de centinela, en la forma y condiciones que describe el art. 153, sino por hecho diverso, cual fue el de "haber faltado a las consignas para el puesto de centinela número dos del Fondo Rotatorio de la Base Fluvial ARC. "Leguízamo", con la conducta que puntualiza el correspondiente cuestionario.

VIII.- Y si lo que quiso el demandante fue alegar una violación indirecta de la ley sustancial, determinada por error en la elaboración del cuestionario propuesto a consideración de los jurados, error motivado a su vez por defecto en la apreciación del contenido probatorio del proceso, el cargo ha debido presentarlo como lo manda el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, para concluir demandando, con base en la causal 4a. ibídem, la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que dispuso la convocación del Consejo de Guerra.

IX.- Manifiesta también el Fiscal recurrente, al final de su imperfecta demanda, que la continuidad predicada en la sentencia acerca de uno de los delitos de robo imputados al acusado Juan Gómez, no es jurídica. Más el demandante no cita como violada ninguna norma sustanti-

va, ni precisa el concepto de la pretendida violación,

X.- En consecuencia, también el cargo propuesto contra el fallo recurrido al amparo de la causal 1a. de casación resulta inane y tiene que ser igualmente desechado.

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, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal Primero del Tribunal Superior Militar contra la sentencia de esta Corporación de fecha octubre 15 de 1968, proferida en este juicio y de la cual se ha hecho mención en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Valásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CONCURSO DE DELITOS

El criterio para determinar "el delito más grave" sometidos a diversas competencias, no se mide por la sanción aplicable a cada infracción en particular, sino atendiendo al rango jerárquico que ocupen los jueces llamados a conocer de esos delitos.

Observa la Corte que cuando, conforme a lo preceptuado en los arts. 50 y 53 del C. de P. P., sea necesario precisar "el delito más grave", para los fines de determinar el juez competente, en los casos en que deban investigarse y fallarse, o únicamente fallarse, varios delitos que aisladamente considerados estarían sometidos a diversas competencias, la gravedad se mide, no por la sanción aplicable a cada infracción en particular, factor éste que sí prima para los efectos de la represión en los casos de concurso de delitos contemplados en los art. 31 y 33 del C. P., sino atendiendo al rango jerárquico o categoría que en la organización judicial ocupen los jueces llamados al conocimiento de los asuntos. De esa manera, se entiende por delito más grave el que esté atribuído al juez o tribunal de mayor grado o jerarquía. A este se prorroga, por mandato de la ley, la jurisdicción o más precisamente la competencia para conocer del delito o de los delitos de menor entidad, que de no ser por la conexidad (art. 54 del C. de P. P.), o por el concurso de delincuentes (art. 52, inc. 2o.), o por la acumulación de juicios (art. 80), serían juzgados por jueces distintos y de menor categoría en el ordenamiento judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 40).

VISTOS

Se procede a resolver de plano el conflicto de competencias planteado; con carácter negativo, entre el Juzgado Segundo Penal Municipal de La Dorada y el Juzgado Segundo del mismo rango de Honda, con respecto al conocimiento de este proceso, en el que se sindica a Alfredo Alfonso Palomino Montero por un delito contra la propiedad.

Para decidir la colisión la Corte toma en cuenta:

El 8 de septiembre del presente año Oscar Valencia López formuló ante la Inspección Primera Municipal de Policía de La Dorada denuncia penal contra contra Alfredo Alfonso Palomino Montero, por abuso de confianza, en los siguientes términos:

"En mi condición de dueño del Hotel "El Mesón" de esta ciudad, tenía como Administrador al señor Alfredo Alfonso desde hacía cinco días, esta madrugada a eso de las cinco de la mañana fui informado por el señor celador Gilberto Romero, que el citado Alfonso había salido con su equipaje, por lo que entré en malicia habiendo adelantado una revisión y constaté que se había alzado unos tres mil pesos en efectivo, más en cheques de diferentes Bancos y Ciudades, otros tres mil pesos, más diez cartones de diez cajetillas de cigarrillos americanos, tres botellas de aguardiente y tres de ron, fuera de otras cosas que por ahora no he revisado bien y detenidamente. Como Alfredo Alfonso al salir le dijera al portero que dentro de una hora aproximadamente venía y transcurrida ésta, viendo que no aparecía fue cuando me informó del hecho que estoy denunciando aquí en este Despacho". (fl. 1).

En la misma fecha el Cabo 1o. José Guzmán del Departamento de Policía "Caldas" puso a disposición del funcionario que recibió la denuncia al incriminado Palomino, "quien fue capturado el día de hoy a eso de las 12:00 horas en la ciudad de Honda donde se encontraba libando licor en la zona de tolerancia y allí iba a pagar con un cheque, girado al señor

Oscar Valencia, y había sido endosado con la firma del presunto sindicado" (fl. 3).

Las diligencias pasaron al Juzgado Segundo Penal Municipal de La Dorada, el que abrió la correspondiente investigación penal (fl. 4vto), y oyó en indagatoria al inculpado. En este acto el procesado dio, respecto de los hechos a él imputados, algunas explicaciones, cuyo mérito debe apreciar el juez de instancia en el momento oportuno. En lo referente al pretendido uso de un cheque girado a favor del denunciante Oscar Valencia, expresó el sindicado: "Cuando solicité la cuenta en la cantina de Honda y con el fin de no gastar más dinero en efectivo pregunté si me podían recibir ese cheque y lo firmé, y no me lo quisieron recibir, y entonces yo pagué en dinero efectivo" (fl. 6).

Sin más actuación, el Juzgado Municipal de La Dorada, en auto del 10 del mismo mes de septiembre, se declaró incompetente para seguir conociendo de la investigación, y provocó colisión al Juez Penal Municipal de Honda, sobre la consideración de que conexo al delito de abuso de confianza cometido en territorio de su jurisdicción se presentaba el delito de estafa, en forma de tentativa, realizado en la ciudad de Honda y consistente en haber intentado el sindicado pagar una cuenta de cantina con un cheque irregularmente endosado por él, circunstancia que determinaba el juzgamiento de las dos infracciones en unidad procesal por el juez de Honda, al que según aquel estaba atribuido el ilícito de mayor gravedad, entendiendo por tal el hipotético delito de estafa. (fls. 11 a 14).

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Honda, al que correspondió en reparto el asunto, contestó en providencia de septiembre 30 postrero, negándose a abocar el conocimiento y dando cuenta a la Corte, exponiendo como razones de su renuencia las siguientes:

a) Que en el supuesto de estar en autos en presencia de dos delitos, como lo estimó el juez provocador del incidente, ellos serían "totalmente independientes, ya que no coinciden ni en tiempo, ni modo, ni lugar; es decir, que entre ellos no existe ningún nexo de causalidad", por lo cual el camino que ha debido adoptar dicho funcionario "es el de haber ordenado compulsar copias de lo actuado y remitirlas a los Jueces Penales de esta Ciudad, para que previo estudio de ellas se entrara a decidir si en realidad en esta ciudad se cometió algún delito, con el proceder del sindicado en la cantina al tratar de pagar la cuenta con el cheque girado a Oscar Valencia". Y,

b) Que la interpretación hecha por el juez de La Dorada acerca de la norma del art. 50 del C. de P. P., a la cual remite en forma tácita, es equivocada, "porque en ella se habla de varios delitos sometidos a diversas competencias"; esto es, funcionarios de la rama judicial que no tienen el mismo grado jerárquico de jurisdicción; y en nuestro caso es lógico y natural que el mismo grado del Juez Penal de La Dorada lo tiene el Juez Penal de Honda; es decir, estamos equiparados y por ende la ley asigna la misma competencia para conocer de iguales delitos", y "podríamos remitirnos al art. 57 ibídem y tal evento con mayor razón es el Juez Segundo Penal de La Dorada quien debe conocer de esta investigación, ya que ante él se elevó la correspondiente denuncia que dio nacimiento al proceso y fue ese funcionario quien practicó las primeras diligencias" (fls. 17 a 19).

Se considera

I.- La denuncia que dio origen a la presente investigación se contrae a un delito contra la propiedad, con perjuicio del denunciante Oscar Valencia López, ilícito que por razón de la naturaleza y del lugar donde se cometió es de la competencia del Juez Penal Municipal de La Dorada, de acuerdo con lo establecido en los arts. 1o. del Decr. 528 de 1964 y 55 del C. de P. P.

II.- Ese asunto penal se presenta hasta ahora como objeto único de este proceso, pues no aparece con ningún vínculo de relación o dependencia con ninguna otra infracción, en términos de conexidad jurídica.

III.- Los pocos elementos de juicio de que se dispone no dan base cierta para presumir que el sindicado Palomino hubiera incurrido en la ciudad de Honda en un conato de estafa, por pretender cancelar una cuenta de cantina con un cheque del que no era beneficiario, como lo narra el Cabo 1o. José Guzmán. Mas si tal delito existió, no tuvo ningún nexo sustancial con el delito contra la propiedad de que fue víctima el denunciante Valencia López, y su juzgamiento tendría que hacerse por separado, tal como lo advirtió el Juez Municipal de Honda.

IV.- Finalmente, observa la Corte que cuando, conforme a lo preceptuado en los arts. 50

y 53 del C. de P. P., sea necesario precisar "el delito más grave", para los fines de determinar el juez competente, en los casos en que deban investigarse y fallarse, o únicamente fallarse, varios delitos que aisladamente considerados estarían sometidos a diversas competencias, la gravedad se mide, no por la sanción aplicable a cada infracción en particular, factor este que sí prima para los efectos de la represión en los casos de concurso de delitos contemplados en los arts. 31 y 33 del C. P. sino atendiendo al rango jerárquico o categoría que en la organización judicial ocupen los jueces llamados al conocimiento de los asuntos. De esa manera, se entiende por delito más grave el que esté atribuido al juez o tribunal de mayor grado o jerarquía. A éste se prorroga, por mandato de la ley, la jurisdicción o más precisamente la competencia para conocer del delito o de los delitos de menor entidad, que de no ser por la conexidad (art. 54 del C. de P. P.), o por el concurso de delincuentes (art. 52, inc. 2o.), o por la acumulación de juicios (art. 80), serían juzgables por jueces distintos y de menor categoría en el ordenamiento judicial.

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 planteada y de que se ha hecho mérito en el sentido de declarar que el competente para conocer de este proceso es el Juzgado Segundo Penal Municipal de La Dorada, al que será remitido, dando previo aviso de lo aquí resuelto al Juzgado Segundo Penal Municipal de Honda.

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.

CAUSAL CUARTA DE CASACION

El error en "la denominación jurídica de la infracción", no es aducible en casación con base en la causal 4a., en forma directa, si para demostrarlo requiere un examen de las pruebas.

"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. 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 inc. 2o. del ord. 1o. del expresado texto legal'". (Sent. 27 de junio de 1969).

El recurrente, fundamenta el cargo que se hace a la sentencia acusada, relativo a haberse incurrido en el auto de proceder en error respecto "a la denominación jurídica de la infracción", mediante un examen de las pruebas del proceso, enderezado a demostrar que, conforme a las mismas, el delito que se configura es el delito de abuso de confianza, distinto a los dos que se imputaron tanto en el llamamiento a juicio como en la sentencia impugnada, para de esa manera plantear, sobre la base de una "apreciación errónea" de semejantes pruebas, el vicio de nulidad a que se refiere. El cargo, en consecuencia, estuvo mal formulado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: octubre 17/69. - Acta No. 40)

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Boanerges Ibáñez Fonseca contra la sentencia del 16 de mayo del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo lo condenó, como responsable de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado en cuantía de $ 136.687.10, a la pena de *"cincuenta y nueve (59) meses de presidio"*, imponiéndole, además, las penas accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION

Conforme a los datos que ofrece el expediente, se tiene que Ibáñez Fonseca, en su carácter de "ayudante-cobrador" del servicio de energía eléctrica en el Municipio de Duitama entre el 1o. de febrero de 1961 y el 15 de marzo de 1967 se apropió, en provecho suyo, de la cantidad de $ 136.687.10, previa adulteración, a esos fines, de los duplicados concernientes a los comprobantes que, por aquel concepto, entregaba al público, los cuales constituían la base de la contabilización de esas cuentas.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, fundado en los referidos hechos, a los que tomó como constitutivos de los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado en cuantía de $ 136.687.10, mediante auto del 26 de enero del año pasado, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal respecto del procesado Ibáñez Fonseca, sujeto al que más tarde, tramitado el juicio y llegada la oportunidad legal, en sentencia del 14 de febrero de este año, condenó, como responsable de los mismos delitos, a la pena de *"cincuenta y nueve (59) meses de presidio"*, imponiéndole las penas accesorias del caso, fallo que el Tribunal de esa ciudad confirmó en el suyo del 16 de mayo, también del año en curso.

LA DEMANDA DE CASACION

En ella, el recurrente, por conducto de su apoderado, invoca la causal de casación prevista en el ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada se dictó "en un juicio viciado de nulidad", lo que resulta claro si se atiende a que "de las pruebas militantes en el proceso", no sometidas a esa "apreciación errónea" en que allí se incurrió, se desprende que la conducta de Ibáñez Fonseca "encaja solo dentro del concepto de abuso de confianza, desapareciendo, consecuencialmente, la existencia del delito de falsedad en documentos, también erroneamente considerados como públicos en este caso", no obstante tener "la calidad de privados", para de ese modo dar paso, desde el propio auto de proceder, a la nulidad originada en el hecho de haberse incurrido "en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", prevista en el ord. 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, parecer que, en sus varios aspectos, desarrolla, sobre la base de discriminar, a través de los elementos de convicción que exhibe el proceso, las funciones que concernían tanto al Director de las Empresas de Energía Eléctrica del referido municipio como al *"ayudante-cobrador"*, el citado Ibáñez Fonseca, concluyendo así:

"Queda bien claro que el Director de las Empresas de Energía Eléctrica de Duitama, tenía a su cargo por razón de sus funciones, asignadas por Acuerdo Municipal, el recaudo, guarda, administración, cobro y, sobre todo, la disponibilidad directa y jurídica de los dineros ingresados; además, era el obligado a rendir cuentas como *único responsable por razón de sus funciones* y, en última instancia, *la guarda material de los recaudos la tenía el tesorero municipal.* Boanerges Ibáñez era un subalterno, un recibidor mecánico de ventanilla, un cumplidor de órdenes. El mismo nombre del cargo, *"ayudante-cobrador"*, está indicando esa calidad subordinada. *Ayudante* es el que ayuda y según la Academia, significa 'En algunos cuerpos y oficinas, oficial subalterno'. En la sentencia se dice que si el Director de las Empresas tantas veces mencionadas fuera el cobrador, habría una duplicidad de la misma función puesto que Ibáñez también tenía la misma calidad. Esto no se compadece con la prueba ya que la función de cobrador principal lógicamente compete al jefe de la oficina y los subalternos son lisa y llanamente auxiliares en esa labor. Finalmente, siendo deficiente la prueba en este aspecto de la cuestión debatida, cualquier duda insoluble debe resolverse a favor del sindicado y no en su contra como se ha querido hacer en la sentencia, dando por probadas las funciones de administrador en cabeza de Ibáñez para endilgarle la autoría de un supuesto peculado, delito más grave que el abuso de confianza. El principio del indubio pro reo modernamente no solo tiene cabida en el análisis probatorio sino para decidir en casos dudosos en que se discute la ubicación de una conducta delictiva que oscila entre un reato grave y otro más benigno, vacilación o incertidumbre que al fin y al cabo surge de la prueba misma del cuerpo del delito, de los elementos tipificantes del reato".

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, previo estudio cuidadoso de la demanda, solicita, sobre la base de que el cargo que contiene estuvo mal formulado, que se deseche el recurso.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) "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. 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 inc. 2o. del ord. 1o. del expresado texto legal'". (Sent. 27 junio, 1969).

b) El recurrente, como puede apreciarse en los términos de su demanda, reseñada atrás, fundamenta el cargo que en ella hace a la sentencia acusada, relativo a haberse incurrido en el auto de proceder en error respecto "a la denominación jurídica de la infracción", mediante un examen de las pruebas del proceso, enderezado a demostrar que, conforme a las mismas, el delito que se configura es el de abuso de confianza, distinto a los dos que se imputaron tanto en el llamamiento a juicio como en la sentencia impugnada, para de esa manera plantear, sobre la base de una "apreciación errónea" de semejantes pruebas, el vicio de nulidad a que se refiere. El cargo, en consecuencia, estuvo mal formulado y, por lo tanto, no puede prosperar.

c) Conviene, por lo demás, observar, como hace el Procurador, que "en cuanto se refiere a la naturaleza de las funciones que desempeñaba, no cabe ninguna duda que al señor Ibáñez Fonseca correspondía el pago de servicio de energía eléctrica en el Municipio de Duitama, porque así lo dispuso el Concejo Municipal de Duitama. El Acuerdo No. 11 del 30 de mayo de 1961 dispuso que el empleado encargado del recaudo del valor de los servicios de Acueducto y Energía Eléctrica quedaría además con la obligación de recaudar lo relativo a los servicios de aseo, vigilancia y alumbrado público. Por lo demás, las pruebas allegadas al informativo enseñan que Ibáñez era la única persona que percibía el valor de esos servicios y que excepcionalmente, durante sus vacaciones o los días de mucha actividad, le ayudaban otros empleados pero siempre era el responsable del recaudo.

"En la demanda se trata de demostrar que el señor Ibáñez Fonseca no 'administraba' los dineros recaudados lo cual es cierto pero nada se arguyó respecto de las consideraciones del fallo de segunda instancia en relación con la función de 'recaudar' que era precisamente la que desempeñaba el acusado".

La no constitución de fianza —a pesar de que así lo dispuso la Contraloría de Boyacá (fl. 30) ni desvirtúa el delito en cuestión ni es motivo de irresponsabilidad penal.

Finalmente, desde el punto de vista probatorio, resulta incontrastable la indagatoria del acusado pues de una parte puso de presente que sus funciones eran las de "... cobrar la energía eléctrica, ahí también se cobraba aseo, alumbrado y la vigilancia..." y de otra parte aceptó plenamente haber alterado los recibos de pago y haberse apropiado de sumas de dinero en beneficio personal, manifestaciones estas constitutivas de una verdadera confesión".

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 procesado *Boanerges Ibáñez Fonseca*, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, 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.

J. Evencio Posada V., Secretario.

NULIDADES

Las de orden legal son de interpretación restrictiva. Capturado el sindicado declarado reo ausente, el oirlo en indagatoria, asistido por persona distinta a la del defensor nombrado, no genera nulidad. Se ratifica la doctrina, de que la indagatoria rendida por el sindicado, sin asistencia de abogado titulado, no constituye nulidad de orden legal, menos constitucional. Auto de proceder. En la parte motiva se determinará la especie del delito, y la alusión que a esta se haga en la parte resolutiva, es una irregularidad que no está consagrada como nulidad por la ley, ni por la doctrina.

1. La ley procesal penal establece una serie de hechos que generan causales de nulidad en los procesos, causales que son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía. Estas nulidades legales, son distintas de las que la jurisprudencia denomina supralegales, por emerger de la violación de principios fundamentales que consagra la C. N.

El actor, en forma bastante confusa y aún impertinente, fundamenta la nulidad por incompetencia de jurisdicción en una presunta irregularidad consistente en que al sindicado, cuando se le capturó y oyó en indagatoria, se le nombró como apoderado de oficio a un ciudadano que no era abogado, no obstante que ya se le había designado otro al ser declarado reo ausente. Pero tal reparo carece de consistencia jurídica, la primera designación era de rigor legal, al tenor de lo dispuesto en el art. 104 del C. P. P. en armonía con el 357 de la misma obra, y la segunda viene gobernada por el art. 365 en concordancia con el 433 ibídem. Por lo tanto, no existe la pretendida violación del art. 26 de la Carta, ni es discutible la legalidad de la providencia en que el juez de la causa nombró apoderado de oficio al acusado, al no haber querido este hacerlo, como aparece de autos, ni tampoco al hacer la otra designación conforme a las ritualidades que señalan las otras y ya indicadas normas procesales.

2. Con reiteración ha expresado la Corte que no es cualquiera irregularidad la que determina una nulidad de tipo constitucional, por cuanto para su existencia es menester que aquella sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial, por manera que la omisión del acto o diligencia en cuestión afecte las bases mismas del juzgamiento o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (G. J. T. XLIV, pág. 274).

El reparo formulado por el actor, referente a la no asistencia del sindicado en la indagatoria por abogado titulado e inscrito, no tiene la entidad necesaria como para entrañar una nulidad de carácter supralegal, porque en verdad esa cuestión es secundaria en orden a las garantías que deben darse al sujeto pasivo de la acción penal durante el sumario, sin que, por otro lado, signifique un desconocimiento absoluto o relativo del derecho de defensa del acusado. Además, debe observarse que las nulidades, según criterio doctrinal de la Corte, son reducidas y excepcionales en el sumario (incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de personería del querellante), por lo cual si la pretendida irregularidad no ha sido siquiera elevada a la condición de nulidad legal, las cuales están taxativamente señaladas en los arts. 37 y 38 del Decreto-Ley 1358 de 1964, menos aún puede considerarse con trascendencia suficiente para generar una de orden constitucional, nulidades estas últimas circunscritas a vicios sustanciales que impliquen —como antes se dijo— el quebranto de las bases esenciales del juicio o el desconocimiento absoluto del derecho de defensa.

3. Es evidente, por así estatuirlo el art. 431 del C. de P. P, que en la parte motiva del auto

de proceder se deben determinar y especificar las condiciones y características que tipifican el hecho delictuoso dentro del género respectivo, pues allí es donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al inculpado, calificación específica que es provisional y puede ser modificada por el Juri —juicios con intervención del Jurado— o por el juez —juicios de derecho— de acuerdo con los elementos probatorios allegados al proceso. También es verdad que en la parte resolutiva del auto en referencia el llamamiento a juicio debe hacerse por el delito que corresponda, "el cual se determina con la denominación que le de el C. P. en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando este no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el artículo especial que se considere aplicable".

En la motivación del auto de proceder, se determinó con precisión la especie de homicidio porque debía responder el incriminado, recalcando con toda claridad sobre la inculpación que se hacía al acusado, con indicación de las circunstancias de asesinato que mediaron en la consumación del crimen. Por manera que esa precisa imputación específica está puntualizada en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, tal como lo determina la procesal penal. Y en la parte resolutiva de la precitada providencia se le llamó a juicio por el delito cometido, designándolo genéricamente, o sea, por la denominación que le da el C. P. en "el Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1o.", si bien dicha denominación fue precedida de la frase "por el delito de homicidio agravado (asesinato)"; pero tal frase si bien innecesaria porque en la motivación del auto de proceder ya se habían enunciado las características circunstancias que especificaban la infracción penal, y asimismo irregular por contrariar la prohibición contenida en el inc. 2o. de la glosada norma del C. de P. P., no tuvo consecuencia de ninguna naturaleza, ni para los intereses de la justicia ni del procesado, pues el juicio se desarrolló con sometimiento a las formas propias y en forma alguna se dificultó o menoscabó el derecho de defensa del acusado por razón del cargo claro y determinado que se le había imputado en el auto de proceder. En tales condiciones debe concluirse que la irregularidad en referencia no tiene la suficiente entidad como para configurar una nulidad supralegal por quebranto del art. 26 de la Ley de Leyes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

(Aprobación: octubre 17/69. - Acta No. 40).

VISTOS

Agotado el trámite legal correspondiente, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 28 de marzo del año en curso, mediante la cual, al confirmar la de primer grado, condenó a Regulo Vargas Lozada, como responsable del delito de homicidio con características de asesinato, agotado en la persona de Wenceslao Lemus Silva, a la pena principal de diez y seis años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes.

Contra el indicado fallo recurrió en casación el procesado y su apoderado, quien, con mandato especial para sustentarlo, presentó la correspondiente demanda, la que se declaró ajustada formalmente a los requerimientos de rigor legal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

Vienen aquellos reseñados en el fallo de primera instancia en la siguiente forma, concorde con la verdad procesal:

"Todas las probanzas allegadas al informativo nos demuestran inequívocamente que Wenceslao Lemús Silva, el hoy occiso, ya solo o acompañado, en las horas de la noche del día sábado 12 de septiembre de 1964, se dedicó en la población de Campoalegre de donde era oriundo, a la ingestión de bebidas embriagantes y ya a la hora de las cinco de la mañana, del siguiente día, llegó a la cantina de propiedad de Elvia María Torres de Andrade, situada en el punto llamado 'La Pampa', zona de tolerancia, en donde se encontraban los sujetos Picalón, Orejas y unas mujeres del propio lenocinio de nombres Eunice Pedroza, Lucila Vásquez y Justina Guevara. Allí Lemus Silva, pidió a su conocido Juan N. (a. Orejas) una cerveza y este a su vez pidió tres, a la pro-

pietaria del establecimiento, pasándole una a Lemus Silva, otra para Picalón y la última para él. Dado el avanzado estado de embriaguez en que arrimó Lemús Silva a dicho lugar, sólo alcanzó a saborear parte de la cerveza obsequiada y acto seguido, poniendo los brazos de cabecera, se quedó dormido recostado a una mesa. Como a las seis de la mañana, llegó un sujeto y entró al establecimiento, quien al ver a Wenceslao allí dormido dijo: "vea aquí está mi compañero" e incontinenti, desenfundó una peinilla (machete) que llevaba consigo y arremetió en forma violenta contra el infortunado ciudadano, causándole una serie de graves heridas que le ocasionaron la muerte en contados momentos, luego de lo cual el agresor, se retiró del lugar y posteriormente desapareció de la población. (fls. 112 a 113 del cdno. No. 1o.)".

Adelantada la investigación por el Inspector Muncipal de Policía de Campoalegre, fue luego continuada por el Juzgado Primero Superior de Neiva, el cual, mediante auto calendado el 28 de abril de 1968, llamó al precipitado Vargas Lozada a responder en juicio criminal, con intervención del jurado de conciencia, "por el delito de homicidio agravado (asesinato) de que trata el Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1o. del C. P...." En la motivación del proveído en referencia, se puntualizan como circunstancias agravantes del homicidio las previstas en los numerales 5o. y 7o. del art. 363 del C. P.

El Tribunal Superior del referido Distrito Judicial confirmó en todas sus partes la determinación del inferior en la suya de primero de agosto del pasado año, al desatar el recurso de apelación interpuesto contra esa decisión por el procesado. En la parte motiva, expresa el Tribunal respecto de las precitadas circunstancias:

"Que a Régulo Vargas Lozada se le ha llamado a juicio por este delito de homicidio cometido en la persona de Wenceslao Lemús Silva, elevado a la categoría de asesinato, por la circunstancia de haber sorprendido a la víctima en manifiestas condiciones de indefensión, como quiera que se encontraba profundamente dormido a causa de su avanzado estado de embriaguez cuando recibió el cobarde como cruel ataque de machete, y, haber obrado también con notoria sevicia en la perpetración de este vergonzoso crimen porque así resulta de las múltiples y graves heridas y de lo declarado por los testigos presenciales del insuceso en el sentido de haberlo atacado en forma inmotivada y propinado golpes de peinilla al occiso aún cuando ya se encontraba en perfectas condiciones de inferioridad.

"Es así como se impone para el Tribunal la conclusión de que el llamamiento a juicio proferido contra Régulo Vargas Losada en los términos del auto que se revisa responde a la realidad procesal".

Adelantada la causa, el Juzgado Superior del conocimiento elaboró el correspondiente cuestionario, con sometimiento a los términos y especificaciones del auto de proceder, y el Jurado lo contestó unánimemente con la frase: "Sí es responsable".

Con base en ese veredicto afirmativo de la responsabilidad del encausado, el sentenciador de primera instancia lo condenó en fallo de 1o. de febrero de 1969 a la pena principal de 16 años de presidio y a las sanciones accesorias del caso, que fue confirmado por el Tribunal en el reseñado al principio de este pronunciamiento de la Corte.

DEMANDA DE CASACION

El mandatario especial de Vargas Losada, después de historiar los hechos debatidos en el juicio y la actuación procesal, impugna la sentencia anotada con apoyo en la causal de casacion prevista en el ord. 4o. del art. 56 del Decreto Legislativo número 528 de 1964. Al amparo del anterior motivo formula el actor los siguientes cargos:

a) Nulidad legal por incompetencia de jurisdicción, de que trata el ord. 1o. del art. 37 del Decreto Legislativo número 1358 de 1964, por cuanto "ninguno de los apoderados de oficio" designados al acusado "solicitaron pruebas, ni concurrieron a la práctica de las ordenadas por el instructor, ni hicieron alegaciones, ni interpusieron recursos de ningún género", todo lo cual indica que aquel "en la etapa del sumario no estuvo asistido como lo ordenan los arts. 104 y 107 del C. de P. P.

b) Nulidad supralegal por quebranto del art. 26 de la C. N., en atención a que Vargas Losada en el curso del juicio estuvo "desprovisto de medios de defensa".

c) Nulidad constitucional, en razón de que se juzgó al precitado Vargas sin observancia de las formas propias del juicio, puesto que en la parte resolutiva del auto de proceder se ha-

bló de homicidio agravado, violándose "así claramente el art. 431, numeral 4o., inc. 2o. que prohibe determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca, y en este caso el Juzgado Superior determinó la especie dentro del género homicidio, y tal auto fue confirmado por el Tribunal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal, considera, después de un detenido estudio de los antedichos cargos, que los dos primeros deben desecharse, pero que procede declarar la nulidad de lo actuado a partir del auto de llamamiento a juicio, por cuanto dicha providencia fue dictada "con desconocimiento y desobediencia a la prohibición específica consagrada en el art. 431 del C. de P. P.", incurriéndose, por lo tanto, en la nulidad constitucional alegada a este respecto.

LA ACUSACION

Nulidad por incompetencia de jurisdicción

Dimana el anotado vicio de nulidad, según lo pretende el actor, de la circunstancia consistente en que, por haber carecido el enjuiciado de apoderado en la etapa sumarial y después en la causa, "el sumario se tramitó fuera de los procedimientos ordenados por el C. de P. P. al margen de los cuales ningún Juez tiene jurisdicción para adelantar sumarios, y por consiguiente el juicio está afectado de nulidad legal por incompetencia de jurisdicción".

Para llegar a esta conclusión razona el recurrente de esta guisa: a Vargas Losada, después de la declaración de reo ausente, se le designó en el sumario como defensor de oficio al doctor Leonidas Cantillo Ordóñez, quien no cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales de asistencia al sindicado, según el demandante. Luego, al ser capturado y oído en indagatoria aquel, se le nombró como defensor de oficio al señor Jesús Antonio Losada, persona que no es abogado titulado, sin tener en cuenta la anterior designación.

SE CONTESTA

El numeral 1o. del art. 37 del Decreto Legislativo número 1358 de 1964, considera como causal de nulidad en los procesos penales "la incompetencia de jurisdicción", es decir, la falta de competencia de un Juez para conocer de un determinado asunto penal. Ha dicho la Corte que "para que pueda hacerse el cargo de nulidad de un proceso por incompetencia de jurisdicción, es necesario probar que el Juez decidió una controversia o conoció de un negocio que la ley había atribuído expresamente a otro Juez". Y ha agregado que la incompetencia de jurisdicción solo entraña nulidad cuando aquella es improrrogable, o sea, la que debe sujetarse a la esfera que le traza la ley.

Ahora bien: en el presente caso el Inspector de Policía de Campoalegre era competente para instruir esta clase de procesos, conforme a lo dispuesto en el art. 2o. del Decreto Legislativo número 1111 de 1938, que conservó el carácter de funcionarios instructores para los Alcaldes e Inspectores de Policía, y mantuvo esa situación hasta que entró en vigencia el Decreto Legislativo número 528 de 1964, el cual dispuso en el inc. 3o. del art. 1o. que "los Alcaldes, los Inspectores de Policía y los demás empleados administrativos no son funcionarios de instrucción, pero podrán cumplir funciones de policía judicial en los casos que señale la ley". Dicho Decreto entró a regir el 1o. de julio de 1965, al tenor de lo dispuesto en el art. 1o. del Decr. número 1822 de 1964. El Inspector de Policía de Campoalegre instruyó inicialmente el sumario hasta el 5 de enero de 1965, fecha en que fue enviado al Juzgado Primero Superior de Neiva, por competencia. De lo antes expuesto, tenida en cuenta la naturaleza del hecho criminoso y el lugar de consumación, resulta entonces que en el evento de autos no se ha incurrido en nulidad por incompetencia de jurisdicción.

La ley procesal penal establece una serie de hechos que generan causales de nulidad en los procesos, causales que son de interpretación restrictiva y no pueden extenderse por analogía. Estas nulidades legales son distintas de las que la jurisprudencia denomina supralegales, por emerger de la violación de principios fundamentales que consagra la C. N.

En el caso sub judice el actor, en forma bastante confusa y aún impertinente, fundamenta la nulidad por incompetencia de jurisdicción en una presunta irregularidad consistente en que al sindicado, cuando se le capturó y oyó en indagatoria, se le nombró como apoderado de oficio al señor Antonio Losada, no obstante que ya se le había designado otro al ser declarado reo ausente. Pero tal reparo carece de consistencia jurídica, la primera designación era

de rigor legal, al tenor de lo dispuesto en el art. 104 del C. de P. P. en armonía con el 357 de la misma obra, y la segunda viene gobernada por el art. 365 en concordancia con el 433 ibídem. Por lo tanto, no existe la pretensa violación del art. 26 de la Carta, ni es discutible la legalidad de la providencia en que el Juez de la causa nombró apoderado de oficio al acusado, al no haber querido éste hacerlo, como aparece de autos, ni tampoco al hacer la otra designación conforme a las ritualidades que señalan las otras y ya indicadas normas procesales.

Nulidad constitucional

Según el recurrente el juicio está viciado de nulidad supralegal, "por violación clara del art. 26 de la C. N., ya que Régulo Vargas Losada no fue juzgado con la observancia de las formas propias del juicio penal ordinario, como lo ordena la norma constitucional citada".

Para fundamentar este motivo de impugnación de la sentencia recurrida, expresa que "no hubo defensa eficaz ni benéfica de los intereses del procesado, primeramente porque el doctor Cantillo Ordóñez nombrado de oficio y él sí abogado titulado, no quiso cumplir con su deber, y segundamente porque el señor Jesús Antonio Losada, nombrado posteriormente, a pesar de haber en Neiva treinta y cinco abogados inscritos en el Juzgado Primero Superior, estaba en imposibilidad física de cumplir su misión, por ignorar la ciencia del derecho". Agrega que en esa etapa sumarial se dejaron de practicar numerosas diligencias procesales.

Finalmente, dice que el doctor Miguel Tovar Silva, nombrado defensor para el juicio, no solicitó pruebas "y se limitó seguramente para librarse de la multa, a concurrir a la audiencia pública y hacer una corta alegación".

Se considera:

Con reiteración ha expresado la Corte que no es cualquiera irregularidad la que determina una nulidad de tipo constitucional, por cuanto para su existencia es menester que aquella sea de tal naturaleza y entidad que entrañe un vicio sustancial, por manera que la omisión del acto o diligencia en cuestión afecte las bases mismas del juzgamiento o desconozca los intereses de la justicia o de las partes. "Solo cuando el error o vicio es fundamental por atacar la esencia misma del juicio o por disminuir las garantías del procesado o de parte legítima, se puede afirmar que se está en presencia de una nulidad constitucional". (G. J. T. XLIV, pág. 274).

El reproche contra el fallo del ad quem consiste en que se dictó en un juicio viciado de nulidad, ya que el acusado no gozó del derecho de defensa en el proceso, quebrantándose así el art. 26 de la C. N.

Esta Corporación ha aceptado por elaboración doctrinal, mas no por aplicación de la ley positiva, que se viola el derecho de defensa y, por ende, se quebranta la aludida normación constitucional, cuando en el juicio el procesado carece en absoluto de los medios técnicos adecuados para rebatir los cargos concretamente formulados a través del auto de proceder o cuando se le priva de las oportunidades y garantías consagradas para que los ciudadanos comparezcan ante la justicia, aunque aquellas irregularidades no se hallen establecidas como causas legales de nulidad.

En el caso sub examine, producido el auto de vocación a juicio, el procesado nombró como defensor a un profesional de la abogacía, doctor Miguel Tovar Silva, quien, a partir de ese momento, llevó su representación y actuó en la audiencia con denuedo en defensa de Vargas Losada, como lo revela su larga y meditada exposición (fls. 71 y s. s. y 102 a 111).

De otra parte, el otro reparo formulado por el actor, referente a la no asistencia del sindicado en la indagatoria por abogado titulado e inscrito, no tiene la entidad necesaria como para entrañar una nulidad de carácter supralegal, porque en verdad esa cuestión es secundaria en orden a las garantías que deben darse al sujeto pasivo de la acción penal durante el sumario, sin que, por otro lado, signifique un desconocimiento absoluto o relativo del derecho de defensa del acusado. Además, debe observarse que las nulidades, según criterio doctrinal de la Corte, son reducidas y excepcionales en el sumario (incompetencia de jurisdicción e ilegitimidad de la personería del querellante), por lo cual si la pretendida irregularidad no ha sido siquiera elevada a la condición de nulidad legal, las cuales están taxativamente enumeradas en los arts. 37 y 38 del Decreto-Ley 1358 de 1964, menos aún puede considerarse con trascendencia suficiente para generar una de orden constitucional, nulidades estas últimas circunstancias a vicios sustancia-

les que impliquen —como antes se dijo— el quebranto de las bases esenciales del juicio o el desconocimiento absoluto del derecho de defensa.

Nulidad Constitucional por violación del numeral 4o. —inciso 2o.— del art. 431 del C. de P. P.

Expresa el recurrente que el proceso está viciado de nulidad constitucional, pues "se juzgó a Régulo Vargas Losada sin observar las formas propias del juicio penal ordinario", por cuanto el Juzgado Primero Superior de Neiva en la parte resolutiva del auto de proceder habla de homicidio agravado, "violándose así claramente el art. 431, numeral 4o., que prohibe determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca".

Se considera:

Es evidente, por así estatuirlo el art. 431 del C. de P. P., que en la parte motiva del auto de proceder se deben determinar y especificar las condiciones y características que tipifican el hecho delictuoso dentro del género respectivo, pues allí es donde se analizan las pruebas que demuestran el cuerpo del delito y la imputación que se hace al inculpado, calificación específica que es provisional y puede ser modificada por el Juri —juicios con intervención del Jurado— o por el Juez —juicios de derecho— de acuerdo con los elementos probatorios allegados al proceso. También es verdad que en la parte resolutiva del auto en referencia el llamamiento a juicio debe hacerse por el delito que corresponda, "el cual se determina con la denominación que le dé el C. P. en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando este no se divida en capítulos, como homicidios, lesiones personales, robo, estafa, sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca, ni señalar el art. especial que se considere aplicable".

En la motivación del auto de proceder, como aparece del correspondiente pasaje transcrito en la reseña de la actuación procesal cumplida en este juicio, se determinó con precisión la especie de homicidio porque debía responder Vargas Losada, recalcando con toda claridad sobre la inculpación que se hacía al acusado, con indicación de las circunstancias de asesinato que mediaron en la consumación del crimen. Por manera que esa precisa imputación específica está puntualizada en la parte motiva del auto de enjuiciamiento, tal como lo determina la ley procesal penal. Y en la parte resolutiva de la precitada providencia se llamó a juicio a Vargas Losada por el delito cometido, designándolo genéricamente, o sea, por la denominación que le da el C. P. en "el Libro Segundo, Título XV, Capítulo 1o.", si bien, dicha denominación fue precedida de la frase "por el delito de homicidio agravado (asesinato)"; pero tal frase si bien innecesaria porque en la motivación del auto de proceder ya se habían enunciado las características circunstancias que especificaban la infracción penal, y asimismo irregular por contrariar la prohibición contenida en el inc. 2o. de la glosada norma del C. de P. P., no tuvo consecuencia de ninguna naturaleza, ni para los intereses de la justicia ni del procesado, pues el juicio se desarrolló con sometimiento a sus formas propias y en forma alguna se dificultó o menoscabó el derecho de defensa del acusado por razón del cargo claro y determinado que se le había imputado en el auto de proceder. En tales condiciones debe concluirse que la irregularidad en referencia no tiene la suficiente entidad como para configurar una nulidad supralegal por quebranto del art. 26 de la Ley de Leyes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, parcialmente de acuerdo con el concepto del colaborador Fiscal, DESECHA el recurso de casación interpuso contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva a que expresamente se alude 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.

José Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1a. DE CASACION

Se ratifica la doctrina sobre la improcedencia de esta causal, la del inc. 2o., del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, en los juicios en que interviene el Jurado. En estos, la sentencia se funda en el veredicto y no en las pruebas del proceso y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.

Resulta evidente, según los planteamientos de la demanda, que el motivo de impugnación que aduce el actor con fundamento en la causal 1a., es el que específicamente consagra el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Como la violación indirecta de la ley sustancial "proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba" y en los juicios en que interviene el jurado corresponde a éste la evaluación definitiva de las pruebas según el grado de persuasión moral que en su conciencia comporten, no cabe alegar en tales juicios dicho motivo de impugnación.

Proferido el veredicto, a los jueces de derecho no les atañe sino la tarea refleja de su confrontación con los elementos de prueba que pudieran sustentarlo y explicarlos racionalmente, ora para aceptarlo o bien para rechazarlo como contraevidente. Adquiere la categoría de plena prueba del hecho incriminado, no sólo en relación con sus elementos materiales sino con la responsabilidad del acusado, bien para absolverlo o para condenarlo en la medida que ese veredicto lo consienta.

La sentencia en estos juicios no se funda en las pruebas del proceso sino en el veredicto del jurado y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.

No es por eso posible como lo observa el Procurador recordando la jurisprudencia reiterada de la Corte, invocar en ellos la causal 1a. de casación por error de derecho o de hecho en la estimación de las pruebas, "ya que por expresa disposición legal su apreciación corresponde al tribunal de conciencia y cuya determinación sólo puede desconocerse cuando en las instancias se rechace el veredicto. De otra manera, la decisión que correspondería a la Corte Suprema en el recurso de casación sería el desconocimiento de la decisión del jurado y para el cual no está autorizada por el legislador".

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: octubre 24/69. - Acta No. 42).

VISTOS

Cumplido el trámite correspondiente, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla contra la sentencia de 24 de octubre de 1968, por la cual dicha Corporación confirma la de 10 de noviembre anterior del Juzgado 5o. Superior del mismo distrito que otorgó a *Carlos Manuel Daza Perdomo* el perdón judicial prescindiendo de aplicarle la sanción que le correspondía como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de su esposa Nury Sevilla de Daza a quien en las primeras horas de la tarde del 21 de enero de 1966 hirió mortalmente de varios tiros de revólver en el sector del Boliche en Barranquilla, falleciendo poco después en el hospital de esta misma ciudad.

ANTECEDENTES

Practicadas desde ese mismo día algunas diligencias previas al esclarecimiento de los hechos, por auto de 25 del mismo mes de enero se abrió la investigación. La clausuró el Juz-

gado 5o. Superior en providencia de 2 de julio de 1966 y en la de 16 de agosto siguiente que consintieron las partes, calificó su mérito llamando al procesado a responder en juicio por el delito de homicidio que se individualizó en la parte motiva de esta misma providencia como un homicidio de propósito (art. 362 del C. P.), agravado conforme al numeral 1o. del art. 363 por haberse cometido en la persona del cónyuge, pero dentro de la modalidad atenuativa a que se refiere el inc. 2o. del art. 382 ibídem, esto es, por haberlo perpetrado el procesado "en estado de ira o de intenso dolor, determinados por la ofensa que le produjo la infidelidad de su esposa".

Llevado a estrados el caso, el cuestionario que se propuso al jurado se ciñó a ese pliego de cargos. En él, en efecto, se preguntó:

"¿El procesado *Carlos Manuel Daza Perdomo...*, es responsable de haberle ocasionado la muerte, con arma de fuego, de pequeño calibre, con el propósito de matar a su esposa Nury Sevilla de Daza, en estado de ira e intenso dolor, producido por el hecho de que esta le era infiel con el joven Francisco Ahumada Díaz, con el cual la sorprendió conversando en el interior de su automóvil que se hallaba estacionado en el sector del Boliche, hechos acaecidos el día 21 de enero de 1966, en esta ciudad, todo de conformidad con el auto de proceder"?

El jurado, oídas las partes, contestó con un "*sí*" ese cuestionario.

Tal veredicto fue acogido por los juzgadores de instancia quienes fallaron la causa en la forma que ya se indicó, otorgándole al procesado el perdón judicial por estimar que era aplicable al caso lo prescrito en el último inc. del art. 382 del C. P.

LA DEMANDA

El Fiscal recurrente invoca contra la sentencia impugnada las causales 1a. y 4a. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo le formula los siguientes cargos.

I.- Con base en la causal 1a., la violación de la ley sustancial:

"a) Por infracción directa; b) Por aplicación indebida; y c) Por interpretación errónea de la prueba de confesión", proveniente "a) de apreciación errónea de varias pruebas; y b) de falta de apreciación y desecho de algunos testimonios".

Es así como abordando la cuestión probatoria y adentrándose en la de hecho, el actor estima que el Tribunal conculcó, por un lado, los arts. 28, 37, 80, 91, 92, 363, 382 y 383 del C. P., unos por aplicación indebida y otros por no haberlos aplicado, y por otro, los arts. 224, 255, 421 y 639 del C. de P. P. y el art. 6o. del Decr. 4137 de 1948, el primero por haber desechado los testimonios de Carlos y Nancy Daza Sevilla, el segundo por haber considerado como indivisible la confesión del procesado y los demás por haberse desatendido sus mandatos.

La acusación por este aspecto se funda, pues, en un planteamiento probatorio y fáctico en que el actor contrapone su criterio al de los juzgadores de instancia que construyen el suyo sobre premisas de hecho y de derecho diferentes.

II.- El segundo cargo aducido con base en la causal 4a. lo expone el demandante así:

"En el auto de proceder afirmó el juez a quo y lo aprobó el Tribunal, que Nury Sevilla de Daza Perdomo había sido *sorprendida* conversando con Francisco Ahumada, como si cumplieran una cita sigilosa.

"Las pruebas del proceso desmienten esa afirmación del auto de proceder y de la sentencia del Tribunal.

"En esa forma se violó la C. N. que exige que se juzgue con formas propias de cada juicio, y se viola el art. 421 del C. C. (sic) y el 26 de la C. N.

"Esto constituye una nulidad de carácter constitucional que debe ser declarada porque la sentencia recayó sobre un juicio viciado de nulidad y el yerro debe reponer el procedimiento, porque existe la causal o motivo cuarto, porque el pliego de cargos se hizo de acuerdo con un auto de proceder que no era veraz en desacuerdo con las pruebas del proceso".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

a) Resulta evidente, según los planteamientos de la demanda, que el motivo de impugnación que aduce el actor con fundamento en la causal 1a. es el que específicamente consagra el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

Como la violación indirecta de la ley sustancial "proviene de apreciación errónea o de

falta de apreciación de determinada prueba" y en los juicios en que interviene el jurado corresponde a este la evaluación definitiva de las pruebas según el grado de persuasión moral que en su conciencia comporten, no cabe alegar en tales juicios dicho motivo de impugnación.

Proferido el veredicto, a los jueces de derecho no les atañe sino la tarea refleja de su confrontación con los elementos de prueba que pudieran sustentarlo y explicarlo racionalmente, ora para aceptarlo o bien para rechazarlo como contraevidente. Adquiere la categoría de plena prueba del hecho incriminado, no sólo en relación con sus elementos materiales sino con la responsabilidad del acusado, bien para absolverlo o para condenarlo en la medida que ese veredicto lo consienta.

La sentencia en estos juicios no se funda en las pruebas del proceso sino en el veredicto del jurado y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.

No es por eso posible como lo observa el Procurador recordando la jurisprudencia reiterada de la Corte, invocar en ellos la causal 1a. de casación por error de derecho o de hecho en la estimación de las pruebas, "ya que por expresa disposición legal su apreciación corresponde al tribunal de conciencia y cuya determinación sólo puede desconocerse cuando en las instancias se rechace el veredicto. De otra manera, la decisión que correspondería a la Corte Suprema en el recurso de casación sería el desconocimiento de la decisión del jurado y para el cual no está autorizada por el legislador".

En tales condiciones no puede este cargo prosperar por ninguno de sus aspectos.

b) Tampoco el segundo que se hace consistir en que en el auto de proceder y en la sentencia del Tribunal se incurrió en una equivocada apreciación de las pruebas sobre determinada circunstancia fáctica, motivo éste que revierte, bajo apariencias distintas, a la causal invocada al formular el cargo anterior, y que no es posible esgrimir por su radical impertinencia, en el ámbito de la causal 4a.

Repugna, como dice el Procurador, a la naturaleza jurídica de este motivo de impugnación que se refiere, en primer lugar, a las causas de nulidad en los procesos penales previstas taxativamente en la ley (arts. 37 y 38 del Decr. 1358) y, en segundo, a otras de orden supragal y de creación jurisprudencial que constituyen irregularidades o informalidades del juicio penal atentatorias de la organización judicial o de las prerrogativas de los procesados.

Como fácilmente se advierte, lo alegado en la demanda sobre el particular, no tiene relación alguna con dichas causas, o mejor con lo que el art. 26 de la Carta llama "formas propias de cada juicio".

De otra parte, el recurrente no presenta por este aspecto ningún argumento para demostrar el desconocimiento de la Constitución.

Tampoco, pues, este cargo, "por falta absoluta de fundamento jurídico", puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el Fiscal 1o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Baranquilla contra la sentencia de 24 de octubre de 1968 proferida por dicho Tribunal.

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.

J. Evencio Posada V., Secretario.

CAUSAL 1a. DE CASACION

Atacada la sentencia con fundamento en el inc. 2o., del ord. 1o., del art. 56 del Decr. 528 de 1964, es necesario hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obran en el proceso. El examen médico no es la única prueba para establecer el delito de violencia carnal.

1. La causal de casación, relativa a "apreciación errónea" de pruebas o a "falta de apreciación de determinada prueba", prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del mencionado art. 56 del citado Dcr. "apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso precisamente porque solo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado", particularmente en casos como este de que se trata, donde el recurrente pretende que no existe prueba para acreditar la comisión del delito y menos para establecer la responsabilidad del procesado Gutiérrez Velandia.

2. Cabe observar que el examen médico, aunque en realidad pueda acogerse como la prueba más idónea para establecer en su conformación física el delito de violencia carnal, no es prueba única, en fuerza, precisamente, de que ese delito, por el aspecto a que se alude, puede demostrarse a través, en especial, de la prueba testimonial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

(Aprobación: octubre 24/69. - Acta No. 42).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Rafael Gutiérrez Velandia* contra la sentencia del 24 de enero de este año, por medio de la cual el extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cáqueza lo condenó, como responsable, al lado de otros, del delito de violencia carnal consumado en María del Carmen Gámez, a la pena de *veinticuatro meses y quince días de prisión*, imponiéndole, además las consiguientes penas accesorias.

HECHOS Y ACTUACION:

Como a las siete de la noche del 29 de junio de 1966, Rafael Gutiérrez Velandia, Miguel Antonio Padilla, Luis Eduardo Rodríguez y Lisandro Flórez, junto con otro sujeto cuya identidad no logró establecerse, abocaron a María del Carmen Gámez, muchacha de 25 años, en el punto llamado "El Pozo de la Piedra", comprensión de la Inspección de Policía de la "Unión" en el Municipio de Fómeque, al encontrarla, en compañía de los niños Orlando y Aurora Gámez, parientes suyos, camino hacia su casa, ya a corta distancia de ella, situada en la fracción de Río Blanco, dentro de la misma jurisdicción, la tomaron a la fuerza, la introdujeron en la maleza del lado de la vía y allí, también con el concurso de la fuerza, la sometieron al acceso carnal.

El Juzgado Penal Municipal de Fómeque, fundado en los referidos hechos, a los que acogió como constitutivos del delito de violencia carnal, en auto del 31 de junio del año pasado, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, abrió causa criminal respecto de los expresados Gutiérrez, Padilla, Rodríguez y Flórez, sujetos a los que, mediante sentencia del 23 de octubre, absolvió, fallo que el Tribunal de Cáqueza revocó en el suyo del 24 de enero de este año, para en su lugar condenarlos, como responsables del anotado delito de violencia carnal, a la pena de *"veinticuatro meses y quince días de prisión"*, imponiéndoles, de otro lado, las penas accesorias del caso.

LA DEMANDA DE CASACION:

En ella, el recurrente, por conducto de su apoderado invoca la causal de casación prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Dcr. 528 de 1964, a cuyo amparo sostiene que en la sentencia acusada se incurrió en "apreciación errónea" de las pruebas que obran en los autos, lo que llevó, como consecuencia lógica, a la "infracción indirecta de la ley sustancial", o a su "aplicación indebida", tesis que, en sus diversos aspectos trata de demostrar, previo el enunciado de que en el proceso, según su parecer, no hay "ninguna prueba de la comisión del delito", transcribiendo algunos apartes que considera esenciales del fallo absolutorio de la primera instancia para luego concluir en que ellos lo relevan de la necesidad de "analizar cada uno de los testimonios que aparecen dentro del proceso", puesto que allí se "hizo un examen claro, acertado e imparcial" de los mismos, "así como de las versiones de la denunciante y del reconocimiento médico-legal" que se le practicó, examen del que se prescindió en el condenatorio de segunda instancia a efecto de apreciar aquellos elementos de convicción "en forma muy diversa" y, de esta suerte, tan "erróneamente" que "ni siquiera se tuvo en cuenta que no aparece demostrada la materialidad del delito, ya que el dictamen médico-legal nos informa que en la presunta ofendida no se encontraban huellas de violencia o signos de embarazo", dictamen que, en rigor, constituye "el medio idóneo para determinar el delito de violencia carnal".

EL MINISTERIO PUBLICO:

El Procurador Primero Delegado en lo Penal se opone a las pretensiones del recurrente sobre la base de que, en su concepto, "los elementos de juicio incriminatorios tienen consistencia suficiente para demostrar la conducta punible del justiciado, con fuerza idénticamente plena para la demostración del delito y como resultando de estos dos presupuestos, para la responsabilidad del sujeto activo" del mismo, referido, específicamente, a la persona de Gutiérrez Velandia.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

a) La causal de casación, relativa a "apreciación errónea" de pruebas o a "falta de apreciación de determinada prueba", prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del mencionado art. 56 del citado Dcr. "apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso, precisamente porque solo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado"; particularmente en casos como este de que se trata, donde el recurrente pretende que no existe prueba para acreditar la comisión del delito y menos para establecer la responsabilidad del procesado Gutiérrez Velandia.

b) En el evento de autos, se prescindió de aquel ineludible examen, limitándose el actor a transcribir algunos apartes del fallo de primer grado, para luego de señalar que está de acuerdo con lo que allí se hizo al respecto, concluir en que allí se encuentra la demostración de que en el de segundo grado se incurrió en "apreciación errónea" tanto del dictamen pericial en torno a los órganos genitales de la Gámez como de los varios testimonios recogidos en el expediente con relación a los hechos materia de investigación, procedimiento que, cuando menos, resulta extraño como forma para demostrar un cargo de la índole del que se formula.

c) Cabe, por lo demás , observar que el examen médico, aunque en realidad pueda acogerse como la prueba más idónea para establecer en su conformación física el delito de violencia carnal, no es prueba única, en fuerza, precisamente, de que ese delito, por el aspecto a que se alude, puede demostrarse a través, en especial, de la prueba testimonial.

d) En el caso de la Gámez, el examen médico a que fue sometida no aportó dato alguno, en primer lugar, porque ello ocurrió doce días después de acaecidos los hechos relativos a su atropello sexual y, de otro lado, porque para entonces ya era madre de un hijo.

e) La prueba testimonial, en cambio, proclama sin reservas que la predicha mujer fue violada, sometida, contra su voluntad y mediante la fuerza, al acceso carnal.

En efecto, la mujer en cuestión, en su denuncia, en las varias ampliaciones de la misma y en los diversos careos en que intervino, sostuvo, sin ninguna vacilación, con la mayor y más absoluta claridad que los sujetos acusados y otro no identificado, la sacaron, por la fuerza, del camino que llevaba con los dos menores parientes suyos, Orlando y Aurora Gámez, la introdujeron a la maleza del lado y que allí cada uno de ellos, también por la fuerza, la habían sometido al acceso carnal.

El menor Orlando Gámez, acompañante de María del Carmen, como se dejó advertido y aparece plenamente comprobado, manifiesta en su testimonio, corroborando los asertos de aquella:

"... y cuando íbamos ya junto al río llegaron dos hombres... y luego aparecieron otros tres, porque eran cinco y cogieron a Carmen, la cogieron y le taparon la boca, y la botaron entre un poco de pasto a la orilla del camino... y nosotros salimos corriendo y llegamos a donde don Joaquín y le avisamos...".

Y Aurora Gámez, que también, se repite, viajaba con María del Carmen, dice:

"... y allá junto al 'Pozo de la Piedra' unos muchachos, hombres ya grandes cogieron a Carmen y la arrastraron... me fui con Orlando a avisar a mi papá y a mi mamá pero primero le avisamos a don Joaquín".

Estos testimonios refuerzan, de manera concreta, los asertos de María del Carmen Gámez en el sentido de que cinco individuos, entre ellos Gutiérrez Velandia, la sometieron al ayuntamiento sexual, desde luego, por medio de la fuerza y contra su voluntad.

f) El testigo Joaquín Guevara, que fue la persona a la que acudieron los menores Gámez para enterarla de lo que estaba ocurriendo con María del Carmen, dice que corrió rápido al lugar de los hechos y que encontró esto:

"... cuando salí al camellón ahí al 'Pozo de Piedra'... había como cinco hombres en ese grupo; este grupo tenía forzando a Carmen pues la tenían tendida en el suelo... y ví también que la falda de Carmen estaba levantada, es decir se le veía el cuerpo desnudo de la cintura para abajo".

María Inés Garibello se encontraba en la casa de la Gámez y, por tanto, al llegar allí los menores con la noticia respecto a lo que sucedía con aquella, junto con los padres de la misma, de Graciela, Rafael, Amanda y Eugenia Ramírez, salió rápido hacia el lugar de los hechos, y dice:

"... entonces vi que unos hombres salieron corriendo quienes estaban junto a Carmen... estaba caída, pues vi que se sacudía el pelo y la ropa, y estaba llorando".

Graciela Ramírez expone:

"... y cuando llegamos a dicho sitio vi que unos hombres se paraban pues noté que estaban acostados con Carmen y salieron corriendo al vernos a nosotros".

g) La prueba, generada en las otras personas a que se refiere María Inés Garibello, es idéntica a la que se deja reseñada, reproduciendo lo esencial. Ella no deja la menor duda respecto a que María del Carmen Gámez fue violada por cinco sujetos.

h) La ofendida María del Carmen Gámez seseñala, de manera específica, entre sus violadores a Gutiérrez Velandia; punto sobre el que procede recordar esta doctrina:

"En pruebas judiciales —expresó la Corte en casación de junio 8 de 1942— se sabe que la declaración del ofendido hace fe en cuanto se limita a señalar a la persona ofensora, mas no en lo tocante a los accidentes, particularidades o circunstancias del hecho o agresión, pues si el propio interés obliga a no mentir en lo primero como es natural y obvio, ese mismo interés, por fuerza de lo humano, en lo segundo lleva o puede conducir a la desfiguración de la verdad, callándose o exagerándose el cómo y el porqué de la lesión u ofensa".

i) El aserto de la Gámez, respecto de que entre el grupo de quienes la violaron se encontraba el procesado Gutiérrez Velandia, aparece, además, respaldado en el testimonio de Aurora Gámez y en el hecho indiciario de que ese sujeto, capturado por razón de este negocio, se evadió de la Inspección de Policía de la "Unión", lo que ocurrió el 20 de julio de 1966, según el informe del folio 24 del cdno. ppal., del expediente, fecha desde la cual elude sistemáticamente la acción de la justicia.

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 procesado *Rafael Gutiérrez Velandia* contra el fallo expresamente determinado en la motivación de esta sentencia y *ordena* remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a cuya jurisdicción pasó el territorio que comprendía el extinguido Tribunal Superior de Cáqueza.

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.

REINCIDENCIA

Es indispensable que antes de la consumación de la segunda infracción, haya sido condenado el procesado por otro delito en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y que el segundo ilícito se cometa dentro de los diez años siguientes a la última condenación.

De acuerdo con el art. 34 del C. P., para sancionar a un procesado como reincidente, se deben cumplir dos requisitos: a) que antes de la consumación de la segunda infracción, el procesado haya sido condenado por otro delito en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; b) que el segundo ilícito se cometa dentro de los diez años siguientes a la última condenación. Si estas circunstancias de hecho no se establecen, el procesado no puede ser tenido como reincidente, para imponerle las sanciones previstas en el primer inciso del citado art. 34 del C. P.

Por demás está advertir que la primera sentencia debe hallarse ejecutoriada con *anterioridad a la comisión* de un segundo ilícito, para que se configure la reincidencia, pues si esto no ocurre, en el supuesto que el condenado, antes de los dichos diez años, consumare una tercera infracción sería reincidente de primer grado, porque la ejecutoria atañe al tiempo de la *comisión* del delito, no a la del *juzgamiento* del tercer proceso (nunc sed tunc), es decir, la ejecutoria no opera *ahora* sino *entonces*, cuando se cometió el segundo ilícito, ya que en tal caso se trataría de dos procesos coexistentes, en desarrollo, sin que en ninguno de ellos se haya proferido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma antes dicha.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: octubre 20/69. - Acta No. 41).

VISTOS:

Agotado el trámite propio del asunto, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del seis (6) de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968), en cuanto, confirmando la de primer grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué condenó a *Gabriel Guillermo Barrientos Arias,* como responsable del delito de fuga de presos, a la pena principal de "treinta y seis (36) meses de prisión", a la indemnización de los perjuicios causados con el delito y a las accesorias de rigor legal.

I

ANTECEDENTES

a) Aprovechando el permiso que se le había concedido para consultar a un médico la tarde del 25 de julio de 1963, Gabriel Guillermo Barrientos Arias, quien cumplía condena por un delito de estafa en la Penitenciaría de Ibagué, se dirigió a una cantina, y de allí, eludiendo la vigilancia del guardián que le acompañaba, José Aníbal Briceño García, se fugó.

b) Adelantada la correspondiente investigación y emplazado Barrientos Arias como reo ausente, los dos sujetos mencionados fueron llamados a juicio por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué en providencia del 6 de febrero de 1964, que el Superior confirmó sin reparo alguno en la suya del 9 de febrero de 1966, (fls. 79 a 85 y 132 a 137, Cd. 1o.).

c) Capturado Barrientos Arias, la causa prosiguió con su intervención. Y mediante sentencia del 13 de agosto de 1968, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ibagué, Despacho al cual había pasado el proceso al extinguirse el Juzgado Primero Penal del Circuito de aquella ciudad, Gabriel Guillermo Barrientos Arias y José Aníbal Briceño García fueron condenados, como responsables del delito de

fuga de presos, a las penas de treinta y seis (36) y seis (6) meses de prisión, respectivamente. A Barrientos Arias se le impusieron, además, las siguientes penas accesorias: *"relegación a colonia agrícola penal por un término de cinco (5) años.* Publicación especial de la sentencia; interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión de jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; y suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena". (fls. 238 a 242, Cd. 1o.).

El Tribunal Superior de Ibagué, al revisar por apelación el fallo de primer grado, lo confirmó plenamente en el que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación. (fls. 273 a 278 vto., Cd. 1o.).

II

LA DEMANDA

La acusación al fallo recurrido se formula con apoyo en la primera de las causales previstas por el art. 56 del Dcr. 528 de 1964.

Expresa el demandante que para el 25 de julio de 1963, fecha de la fuga a que se contrae la sentencia acusada en casación, contra Barrientos se habían dictado dos sentencias condenatorias: "Una, por el delito de estafa dictada por el Juzgado 5o. Superior de ese mismo Distrito de fecha 15 de abril de 1959 en la que se le condena a 4 años de prisión y confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué el 11 de febrero de 1960 sin constancia de ejecutoria (fls. 48 a 53). Otra, por el delito de fuga dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué... el 21 de septiembre de 1959 y confirmada por el Tribunal en abril 5 de 1960 y ejecutoriada el 26 de abril del mismo". (fls. 67 a 78).

Agrega que el fugarse por primera vez el procesado, no fue reincidente, ya que la primera condena, por el delito de estafa, no se hallaba en firme. Por tanto, se aplicó indebidamente el art. 34 del C. P., al imponérsele a aquel la relegación a colonia agrícola, sin que, de otro lado, se cumplieran las condiciones establecidas en la misma disposición penal.

Luego, en capítulo intitulado *"el error de hecho.* En qué consiste y cómo aparece de modo manifiesto en los autos", el actor concreta su pensamiento en los siguientes términos:

"El error cometido por el Tribunal, error de hecho manifiesto en los autos, consiste como queda analizado en haber dado como existentes las condiciones exigidas por el art. 34 del C. P. sin encontrarse en el proceso siquiera indiciariamente, más aún, encontrándose establecido por las copias de las sentencias que en la primera fuga mi defendido no fue reincidente, que la sentencia por estafa no está ejecutoriada y que las condiciones del inc. 2o. del referido art. no se dan, menos cuando se halla una certificación carcelaria de que la conducta observada por el condenado ha sido "ejemplar".

Y finalmente reitera el mismo criterio de la siguiente manera:

"El Juzgado y el Tribunal confundieron la constancia del folio 54 en que se dice que Barrientos está solicitado por un Juzgado de Policía de Bogotá, nada menos que con una sentencia ejecutoriada: "puede esto constituir sentencia para imponer la pena que se impuso a mi defendido?'.

"¿En qué parte el Tribunal hace un análisis concreto y real de las circunstancias exigidas por el art. 34 del C. P., especificando su ocurrencia y señalando su existencia en autos?

"Se dedujo de dos sentencias, una de las cuales ni siquiera está ejecutoriada, que con ellas se tipifica lo exigido por el art. 34 del C. P. en total desacuerdo con los autos habiéndose violado el mismo por una aplicación indebida de dicha norma, todo ello resultado de una apreciación totalmente errónea de las pruebas y de haber dado por existentes otras que no existen.

"Bastan las anteriores consideraciones para que la Corte proceda a dictar el fallo que en derecho corresponde y que no puede ser otro que el de quitar la pena accesoria de colonia agrícola a que fue condenado mi mandante".

III

EL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador, después de reseñar el contenido de la impugnación y de hacer una concreta referencia a las sentencias dictadas contra el procesado, "con el fin de establecer si efectivamente se cumplen las condiciones establecidas por el art. 34 del C. P. para la aplicación de la pena de relegación a colonia agrícola penal", expresa en los apartes más característicos de su concepto sobre la demanda:

"El demandante ha atacado a través del cargo al cual hacemos referencia, la imposición de la pena accesoria de relegación a colonia penal al procesado por violación de la ley; al respecto es necesario examinar o hacer referencia al segundo inciso del art. 34 del C. P., en cuanto reglamenta la imposición de dicha medida, aplicable '... de la segunda reincidencia en adelante...' y que debe aplicarse en relación con lo dispuesto en el inciso primero, para determinar cuándo existe reincidencia; es decir, que se requieren sentencias ejecutoriadas respecto de las distintas infracciones, sin que baste que se hayan dictado dos sentencias condenatorias en términos generales, como se deduce de la sentencia impugnada.

"En el presente caso, si bien antes del presente proceso, existían en contra del procesado Barrientos dos sentencias ejecutoriadas, estas no bastaban para configurar en su contra una primera reincidencia, por la razón que se ha expresado; por consiguiente, sólo en razón de este proceso se le configura la primera reincidencia y así, no existe la segunda reincidencia para poder aplicar la medida accesoria de relegación a colonia.

"Debe por tanto admitirse la alegación del recurrente, en cuanto al cargo de que el Tribunal apreció erradamente la prueba y le dio un alcance que no tenía, con lo cual incurrió en forma indirecta en violación de la ley. Su argumento de falta de ejecutoria actual de la sentencia por estafa, primera dictada contra el procesado, no tiene mayor valor, pues precisamente cuando se fugó por primera vez cumplía la pena correspondiente a dicha sentencia, lo cual implica ciertamente su ejecutoria".

Concluye el Procurador solicitando que se invalide parcialmente la sentencia impugnada, en el sentido de dejar sin efecto la pena accesoria de relegación a colonia agrícola penal, impuesta al procesado.

IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1o. De acuerdo con el art. 34 del C. P., para sancionar a un procesado como reincidente, se deben cumplir dos requisitos: a) que *antes* de la consumación de la segunda infracción, el procesado haya sido condenado por otro delito en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; b) que el segundo ilícito se cometa dentro de los diez años siguientes a la última condenación. Si estas circunstancias de hecho no se establecen, el procesado no puede ser tenido como reincidente, para imponerle las sanciones previstas en el primer inc. del citado art. 34 del C. P.

2o. Por demás está advertir que la primera sentencia debe hallarse ejecutoriada con *anterioridad a la comisión* de un segundo ilícito, para que se configure la reincidencia, pues si esto no ocurre, en el supuesto de que el condenado antes de los dichos diez años, consumare una tercera infracción, sería reincidente de primer grado, porque la ejecutoria atañe al tiempo de la *comisión* del delito, no a la del *juzgamiento* del tercer proceso (nunc sed tunc), es decir, la ejecutoria no opera *ahora* sino *entonces*, cuando se cometió el segundo ilícito, ya que en tal caso se trataría de dos procesos coexistentes, en desarrollo, sin que en ninguno de ellos se haya proferido sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma antes dicha.

3o. Es indudable que el recurrente acusa la sentencia por un error de hecho evidente que llevó al Tribunal a la violación indirecta del segundo inc. del art. 34 del C. P., pues en forma clara y expresa alega esta circunstancia, en estos precisos términos, para demostrar la violación del memorado art. 34: "De acuerdo a los autos, mi defendido, en el momento de fugarse la primera vez, el día 18 de junio de 1959, no reincidió jurídicamente por cuanto la sentencia por el delito de estafa proferida por el Juzgado 5 Superior de Ibagué no estaba en firme, pues se encontraba en apelación en el Tribunal y solamente el 11 de febrero de 1960 fue confirmada por este e inclusive hasta la fecha no existe constancia de encontrarse ejecutoriada.

"2. Solamente para la fecha de la segunda fuga, la del proceso que nos ocupa, mi defendido tenía una sentencia ejecutoriada, la de la primera fuga y por ello solamente puede hablarse de reincidencia en este proceso". (fs. 15 C. No. 3).

4o. Es claro que el Tribunal sentenciador, al considerar al reo como reincidente de segundo grado, incurrió en un ostensible error de hecho, porque consideró, expresa o tácitamente, que la sentencia dictada por el delito de estafa, se hallaba ejecutoriada cuando se consumó la primera fuga; y ello no es así, según aparece de modo manifiesto en el proceso, sin que este hecho irreversible se modifique por la posterior ejecutoria de aquel fallo, extremo este que incuestionablemente se desprende de la atesta-

ción de fecha 3 de mayo de 1963, expedida por el Secretario del Juzgado Quinto Superior de Ibagué en la copia de la sentencia condenatoria por el delito de estafa.

5o. En conclusión, como en este proceso no se dan los elementos de hecho determinados en el 2o. inc. del citado art. 34 del C. P., es palmario que el tribunal lo violó de manera indirecta, y que, en consecuencia, debe casarse la sentencia parcialmente, para imponer al procesado la pena adecuada como reincidente de primer grado, prescindiendo de la relegación en una colonia agrícola por el lapso de cinco años, como también lo solicita el Procurador Primero. Delegado en lo Penal.

V

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de 6 de noviembre de 1968, dictada contra Gabriel Guillermo Barrientos Arias por el Tribunal Superior de Ibagué y, reformando en lo pertinente la de primera instancia, condena al procesado a la pena de treinta y seis (36) meses de prisión y a las accesorias de regla enumeradas en el referido fallo de primer grado, a excepción de la dicha relegación en una colonia agrícola penal, que se revoca por esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Luis Eduardo Mesa Velásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano, Jaime Marulanda Uribe, Conjuez.

J. Evencio Posada V., Secretario.

IMPEDIMENTOS

Las causales de estos se apoyan en la necesidad de alejar toda sospecha en la en la serenidad que debe presidir siempre las decisiones del juzgador. Causal del ord. 2o. del art. 73 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

(Aprobación: octubre 24/69.- Acta No. 42).

VISTOS

En cuanto al impedimento que manifiesta el doctor Luis Jaime Osorio Rodríguez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en cuanto al conocimiento del proceso que se sigue contra *Alvaro Sandino Cuéllar* por homicidio y en el que es apoderado de la parte civil el doctor Eliécer Pinilla Rodríguez, la Corte lo encuentra fundado.

En efecto, no cabe desconocer que el Magistrado Osorio Rodríguez —como él lo afirma— tiene actualmente la calidad de deudor del señor apoderado de la parte civil constituida en el referido asunto, pues aquel es arrendatario de éste, y es obvio, entonces, que está ligado a su acreedor por la obligación sucesiva de cubrir el valor del arrendamiento, conforme a los plazos convenidos.

Y este motivo, el de "ser el Juez o Magistrado acreedor o deudor de algunas de las partes", está señalado en el ord. 2o. del art. 73 del C. de P. P. como causal de impedimento para conocer de los negocios penales.

No sobra agregar que el apoderado y la parte civil constituida en el proceso penal se identifican en cuanto al alcance de la razón de impedimento de que trata el ord. aludido. Así lo señaló la Corte en providencia de 28 de julio de 1953 (G. J. T. LXXVI, pág. 139) cuando dijo que "constituye causal de impedimento o recusación el que el Juez o Magistrado sea acreedor o deudor del apoderado de la parte civil".

Y corresponde anotar también que las causales de impedimento que trae la ley se apoyan, principalmente, no en que de ellas se desprenda de manera absoluta la imposibilidad de que el Magistrado o Juez en quien concurran pueda administrar justicia rectamente, sino en la necesidad de alejar toda sospecha en la serenidad que debe presidir siempre las decisiones del juzgador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA FUNDADO el impedimento que manifiesta el Dr. Luis Jaime Osorio Rodríguez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, en cuanto a su intervención como juzgador en el proceso de que se ha hecho referencia y lo SEPARA, en consecuencia, del conocimiento de ese negocio.

Cópiese, notifíquese y divuélvase 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, Secretario.

ACUMULACIÓN DE JUICIOS O DE AUTOS

En la violación indirecta de la ley sustancial, como causal de casación, es necesario demostrar el error de hecho o de derecho, por apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba. La disminución de la sanción a que alude el art. 429 del C. P., en los delitos contra la propiedad, opera cuando la devolución del objeto ha sido voluntaria y antes de la sentencia de primera instancia. Qué se entiende por el delito de estafa. Diversos fines que persigue la acumulación de autos. "El error en la denominación jurídica de la infracción", como motivo de casación, si se hace derivar como yerro en la apreciación de la prueba, ha de alegarse con base en el inc. 2o., del ord. 1o., del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y tras esa demostración, invocar como consecuencial la causal 4a.

1. Cuando se alegue en casación violación indirecta de la ley sustancial, esto es, cuando el quebranto de la ley se haga depender 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", tal como lo dispone el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

El apoderado del recurrente no demuestra, como lo requiere el apartado 2o. del ord. 1o. del art. 56 antes citado, del que ni siquiera hace aquel mención, que se hubiera incurrido en la sentencia impugnada, en la apreciación del caudal probatorio, en error ostensible o manifiesto —de hecho o de derecho— que hubiera conducido a la violación de la ley penal sustantiva, por lo cual el primer motivo de casación aquí alegado no puede prosperar.

Conviene recordar que la causal de casación relativa a la apreciación errónea de pruebas o a la falta de apreciación de las mismas, prevista en la causal ameritada, "apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso, precisamente porque solo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado", especialmente en casos como el presente, cuando el recurrente sugiere la hipótesis de la inexistencia de los delitos imputados al procesado.

2. Para que, al tenor del art. 429 del C. P., proceda la disminución de la sanción contemplada para los delitos contra la propiedad, es indispensable que antes del proferimiento de la sentencia de primera instancia el responsable restituya el objeto que fue materia de la infracción o indemnice a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, como reza la norma.

La reparación del daño inferido a la víctima, mediante la devolución voluntaria y espontánea del bien que fue objeto del ilícito despojo o en defecto el pago de los perjuicios, justifica la atenuación de la penalidad porque hace desaparecer el mal privado y atempera el daño público causados por la infracción, así como también porque revela en el sujeto arrepentimiento indicativo de menor temibilidad.

En los eventos de autos, los pagos que el procesado hizo a los ofendidos de parte de sueldos y de intereses sobre los dineros por ellos entregados a manera de cauciones, no resarcieron la lesión económica que se les irrogó con la conducta ilícita del inculpado ni tuvieron esa finalidad, sino que, por el contrario, fueron parte de la treta en el iter criminis de las defraudaciones, como se considera en la providencia recurrida, por lo cual mal podía haberse aplicado la disposición del art. 429 del C. P.

3. El delito de estafa, conforme a la descripción que de él hace el art. 408 del C. P., consiste en la obtención de un provecho ilícito,

vale decir, sin causa jurídica, con perjuicio patrimonial ajeno y correlativo, conseguido por el empleo de artificios o engaños que han inducido en error a la víctima y la han determinado a entregar un bien económico o a hacer una disposición de contenido patrimonial, con voluntad aparente pero con consentimiento sustancialmente viciado por razón del ardid.

4. La acumulación de juicios o de autos, como dice el art. 396 del C. de P. C., "es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren".

En materia penal, la acumulación de juicios contra un mismo procesado, en el caso primero del art. 80 del C. de P. P., tiende a diversos fines: a) economía procesal, como que un solo juez, por un trámite común, decide los varios asuntos u objetos procesales, o sea que se logra "la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional"; b) mejor aprovechamiento de la prueba producida en las causas acumuladas, en lo referente al estudio de la personalidad del acusado y al examen de los hechos imputados; y c) evitación del cúmulo material de penas que resultaría del juzgamiento separado de los delitos en el supuesto de sentencias condenatorias, puesto que en juicios acumulados, si el fallo es estimatorio, hay que dar aplicación al art. 33 del C. P., que prevé el sistema de acumulación jurídica o intensiva de las sanciones, que consiste en imponer al delincuente la sanción establecida para el delito de mayor entidad, aumentada en cierta proporción.

La acumulación de causas no tiene por objeto, como erróneamente lo cree el recurrente, que al procesado se le juzgue y sancione por un solo delito. A esa tesis de la absorción, que dejaría impune las infracciones concurrentes, se opone el art. 33 citado, que prescribe:

"Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

"Además de esta sanción, se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal por dos a diez años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más y si la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en este una tendencia persistente al delito.

"Las multas establecidas para cada uno de los delitos se aplicarán en todo caso junto con la pena señalada para el más grave, siempre que el total no exceda de cinco mil pesos".

5. El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de proceder, causal de nulidad contemplada en el ord. 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, es ciertamente motivo de casación, al tenor del ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 del mismo año. Más cuando dicho error se hace derivar a su vez de yerro en la estimación de las pruebas, como lo insinúa el demandante, es deber del recurrente, al plantear el cargo en casación, invocar en primer término la causal prevista en el ord. 1o., inc. 2o., del art. 56 precitado, y demostrar a través del examen del material probatorio, que se equivocó el juzgador en la valoración de las pruebas, porque no apreció elementos de juicio relevantes o los apreció mal, y tras de esa demostración invocar como conexa y consecuencial la causal 4a.

Como en el asunto sub judice el actor sostiene que la sentencia acusada se profirió en juicio viciado de nulidad, "por concurrir la nulidad prevista en el numeral 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964", vicio que pretende fundamentar en la mera afirmación de que "de conformidad con los documentos suscritos entre el procesado y los siete denunciantes, tenemos que el delito que se tipifica es el de abuso de confianza", sin ensayar ninguna demostración y sin sujeción a la técnica exigida en estos casos, tiénese que el cargo ha sido mal formulado y no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 43).

VISTOS

Cumplidos los trámites de rigor, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado Pedro Osorio Ocasiones y sustentado por apoderado especialmente constituido contra la sentencia de enero 31 del presente año del Tribunal Superior de Bogotá, providencia en la que se confirmó el fallo del Juez Once Penal Municipal de esta ciudad de fecha noviembre 6 de 1968, mediante el cual se condenó

al recurrente, en juicios acumulados, como autor de siete delitos de estafa, a la pena principal de sesenta meses de prisión, a la medida especial de relegación a Colonia Agrícola por el término de veinticuatro meses, y a las sanciones accesorias de rigor legal.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El acusado Pedro Osorio Ocasiones, propietario de la Empresa "Alianza Americana", hizo publicar en el periódico "El Tiempo" el siguiente aviso:

"...Necesitamos personas responsables desempeñar cargo pagador o pagadora. Indispensable garantizar responsabilidad dando fianza en dinero efectivo, referencias. Empresa importante. Apartado Nacional No. 2990 Bogotá".

Atraídos por la oferta de trabajo acudieron a la oficina de Osorio Ocasiones, en diversas fechas, personas interesadas en el empleo y celebraron con él contratos de trabajo, para cuya garantía le depositaron al fingido empleador los dineros por él exigidos en cada caso.

Como Osorio Ocasiones no cumpliera sus obligaciones, especialmente la referente al pago completo de los sueldos estipulados, ni devolvía el valor de las cauciones, y todo hacía presumir a los interesados que habían sido defraudados por aquel, procedieron a denunciarlo ante diversas autoridades, sindicándolo de estafa.

Fue así como se iniciaron contra Pedro Osorio Ocasiones siete procesos, en los que figuraron como ofendidos los siguientes señores, que se mencionan con indicación del perjuicio sufrido por cada uno de ellos: José del Carmen Muñoz Cáceres ($ 5.000.00), Medardo Antonio Rocha ($ 10.000.00), Lino Romero Gutiérrez ($ 5.000.00), Hernando Riaño Rueda ($ 5.000.00), José Vicente Carrillo Guzmán ($ 5.000.00), José Raúl Rayo ($ 3.500.00) y Héctor Cortés ($ 3.000.00).

Todos esos sumarios fueron calificados por los jueces competentes con auto de proceder contra el sindicado Osorio Ocasiones, por el delito de estafa, y cuando se reunieron las condiciones propias para la acumulación de juicios se decretó esta por el Juzgado Once Penal Municipal de Bogotá en autos de 14 de febrero y 23 de junio de 1967.

La audiencia pública se celebró en los días 1o., 3, 8, 11 y 28 de octubre de 1968, y se finalizó la instancia con sentencia de noviembre 6 del mismo año, en la que se le impusieron al inculpado las sanciones antes descritas.

Ese fallo fue apelado y el Tribunal Superior de Bogotá la confirmó en el suyo de enero 31 último, objeto del recurso extraordinario de casación, con la única adición de condenar también al procesado a pagar como multa, a favor del Tesoro Nacional, la suma de $ 140.00.

DEMANDA DE CASACION

En ella se acusa la sentencia impugnada con apoyo en las causales 1a. y 4a. del art. 56 del Decr. 528 de 1964. Al amparo de la primera se sostiene que el fallo viola la ley sustancial por indebida aplicación de la misma. Y en la esfera de la 4a. se afirma que la providencia se dictó en un juicio viciado de nulidad.

Causal primera:

Primer cargo.- Dice el actor que el fallo recurrido viola de modo indirecto la ley penal, por indebida aplicación del art. 408 del C. P., "al considerar el ad quem que el delito de estafa imputado al procesado tenía cabal comprobación en los autos", y que "el error del Tribunal sentenciador consistió en que siendo los negocios seguidos contra el señor Pedro Osorio Ocasiones netamente civiles, interpretó equivocadamente el acervo probatorio recaudado a los autos, para considerarlos como diversos delitos de estafa".

El demandante hace somera referencia a los hechos de las causas acumuladas; transcribe los "resultados" de la providencia acusada; enumera algunas pruebas presentadas en el juicio por el procesado, tales como documentos de los contratos de trabajo celebrados con los ofendidos, letras de cambio giradas por aquel a favor de algunos de los denunciantes, documentos de préstamos de dinero entre los mismos, algunos recibos de pagos hechos a los ofendidos; afirma que esas pruebas, que en su sentir acreditan la existencia de obligaciones puramente civiles de Osorio Ocasiones para con sus acusadores, no fueron tenidas en cuenta por los juzgadores de las instancias, y resume luego el cargo de la siguiente manera:

"El primer motivo de impugnación contra la sentencia recurrida consiste o lo hago consistir en que el H. Tribunal Superior no valoró las pruebas aportadas por el señor Pedro Osorio Ocasiones en el acto de la audiencia pública, y que

tenían la virtualidad indiscutible de exonerarlo de total responsabilidad penal, en razón de que mediante tales pruebas, podía probar que había pagado intereses por el capital que había recibido en calidad de préstamo de manos de sus acreedores.

"En consecuencia, el H. Tribunal sentenciador dejó de apreciar las pruebas aportadas por el acusado en el momento de la audiencia pública, y que en su caso, hubieran tenido la fuerza probatoria indispensable para exonerarlo de la responsabilidad penal.

"El H. Tribunal sentenciador dejó de apreciar la prueba de que la competencia para resolver el valor de los instrumentos negociables estaba atribuida primeramente a los señores jueces de la rama civil, y que no se había dado cumplimiento a lo establecido por el art. 11 del C. de P. P.

"Por lo anterior, estimo que el H. Tribunal Superior, violó directamente los arts. 204 y 203 del C. de P. P., al dictar la sentencia objeto del recurso, por haber dejado de apreciar las pruebas aportadas al proceso, y no resolver a favor del acusado las dudas que se hubieran presentado con motivo de la valoración de tales pruebas, dudas que por mandato de la ley han debido resolverse a su favor, y violó indirectamente el art. 408 del C. P., al aplicar la sanción que motivó la inconformidad del recurrente.

"En consecuencia, por falta de apreciación de las pruebas llevadas al juicio por el acusado, el H. Tribunal sentenciador incurrió en indebida aplicación de la ley sustancial (art. 408 del C. P.) y en indirecta violación de la misma".

Segundo cargo.- En él expresa el recurrente que acusa la sentencia "por violación del art. 429 del C. P., por no haber tenido en cuenta el H. Tribunal sentenciador los recibos de pago que el recurrente les hizo a sus denunciantes y que dentro de la más ortodoxa legalidad constituyen una indemnización a las personas ofendidas, modalidad esta que conlleva una apreciable disminución de la sanción impuesta".

Para demostrar el cargo diserta:

"Las pruebas aportadas por el señor Pedro Osorio Ocasiones, en el momento procesal de su juzgamiento, constituyen la plena prueba en lo que se refiere al pago por parte del procesado de intereses, sueldos y demás gastos que demandaba el funcionamiento de su empresa, pagos que fueron recibidos por parte de los señores José del Carmen Muñoz Cáceres, Lino Romero Gutiérrez, Medardo Antonio Pinilla Garzón, Hernando Riaño V., José Raúl Rayo, Antonio Ochoa Pinilla y Héctor Cortés, necesariamente es forzoso concluir que tales señores recibieron de manos del señor Pedro Osorio Ocasiones dineros que tenían por finalidad cumplir con lo pactado en los diversos documentos suscritos por las partes. Tales pagos de dineros necesariamente tienen que ser tenidos en cuenta por los falladores de instancia, con el fin de disminuir la fuerza y gravedad de la imputación. Esta prueba tenía que ser tenida en cuenta por el H. Tribunal Superior en la sentencia objeto del recurso, pero no lo fue, motivo por el cual todas las pruebas anteriormente citadas, no fueron apreciadas en todo su valor por el Honorable Tribunal sentenciador. Si tales pruebas hubieran sido apreciadas por el H. Tribunal, necesariamente hubiera conducido al fallador de segundo grado a aplicar a favor del señor Pedro Osorio Ocasiones el contenido del art. 429 del Código de las penas, rebajando la pena por considerar que tales pagos de dinero se deberían tomar como una indemnización parcial a los ofendidos".

Tercer cargo.- Sostiene el apoderado que el Tribunal "interpretó erróneamente la prueba de cargo que militaba en contra del acusado, valorando equivocadamente los elementos tipificadores del delito de estafa, previstos en el art. 408 del C. P., confundiéndolos con la modalidad criminosa prevista en el art. 412 del mismo Código, elementos tipificadores del delito de abuso de confianza".

En "demostración del cargo", razona así:

"Todas las pruebas allegadas al proceso, nos demuestran en forma completa, todos los elementos constitutivos del delito de abuso de confianza (art. 272 del C. de P. P.) y art. 412 del C. P., como es la apropiación en provecho propio que hizo Pedro Osorio de los dineros que en forma voluntaria, los señores José del Carmen Muñoz Cáceres, Lino Romero, José Raúl Rayo, Héctor Cortés, Antonio Ochoa Pinilla, Hernando Riaño, Lino Romero Gutiérrez, dineros que le fueron confiados en calidad de préstamo o a mutuo mediante el interés del dos por ciento mensual, siendo esta la norma que se acomoda con mayor fuerza probatoria a la realidad procesal, como elementos tipificadores de la violación de la ley penal sustantiva, previstos en el art. 412 del C. P., o sea un delito de abuso de confianza, siendo esta una norma que se acomoda a lo preceptuado por el art. 3o. del C. P., norma que ha debido ser aplicada por el H. Tribunal

sentenciador, también de acuerdo con lo dispuesto por el art. 203 del C. de P. P., en armonía con lo preceptuado también por el art. 43 de la Ley 153 de 1887.

"La entrega de los dineros por parte de los denunciantes se hizo en forma voluntaria por ellos al señor Pedro Osorio Ocasiones, luego por ser el art. 412 del C. P., norma más favorable a los intereses jurídicos del imputado, ha debido ser aplicada esta norma sustancial por parte del H. Tribunal, y no el art. 408 del mismo Código, que contempla el delito de estafa, situación más restrictiva y desfavorable para el imputado".

Cuarto cargo.- Manifiesta el actor que el juzgador "aplicó indebidamente los arts. 33 y 37 del C. P. al imponer al procesado la pena de sesenta meses de prisión, más la accesoria de 24 meses de relegación en Colonia Agrícola Penal".

En orden a demostrar que el Tribunal de última instancia "incurrió en ostensible equivocación al graduar la pena privativa de la libertad en la forma como lo hizo", asevera el demandante que "para la imposición de la pena de sesenta meses de prisión y veinticuatro meses de relegación a Colonia Agrícola Penal, se tuvieron en cuenta, especialmente en el juzgamiento del procesado siete delitos de estafa, pero en rigor legal, la acumulación de los siete negocios en uno solo tiene por objeto que el juzgamiento se verifique como un solo delito, lo mismo que la imposición de la pena imponible, deberá hacerse como si el delito fuera uno solo, y la sanción no podrá traspasar el límite fijado por la ley para una acción delictuosa en razón de que con la acumulación, se subsumen todas las diferentes actividades criminosas".

Más adelante expresa el apoderado del recurrente que el Tribunal, al graduar la pena, partió de la base de treinta y seis meses de prisión, cuando ha debido adoptar el mínimo de veinticuatro señalado en el art. 408 del C. P. en relación con el art. 1o. del Decr. 2184 de 1951; que se incurrió en error al elevar aquella sanción en veinticuatro meses sobre la consideración que fueron varios los delitos cometidos por el procesado, cuando en realidad, por efecto de la acumulación de los juicios, a aquel ha debido juzgársele por un solo delito; que se aplicó indebidamente el inc. 2o. del art. 33 del C. P., al imponer la medida accesoria de relegación a Colonia Agrícola Penal por el término de veinticuatro meses, sobre la base de que los delitos cometidos por el acusado fueron más de cuatro, "sin tener en cuenta que para la imposición de esta sanción, el juzgamiento y como consecuencia de la acumulación decretada y verificada por el señor juez del conocimiento, se hizo por un solo delito de estafa".

Causal cuarta:

La plantea textualmente el demandante en los siguientes términos:

"El fallo recurrido fue proferido por el H. Tribunal sentenciador sobre un juicio viciado de nulidad, por concurrir la nulidad prevista en el numeral 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964.

"En los diversos autos de proceder y en la sentencia recurrida, se le imputó al procesado un delito de estafa, de conformidad con lo establecido por el art. 408 del C. P.

"De conformidad con los documentos suscritos entre el procesado y los siete denunciantes, tenemos que el delito que se tipifica es el de abuso de confianza, atendiendo a las voces del art. 412 del C. P. en concordancia con el art. 272 del C. de P. P., pues los dineros le fueron entregados al procesado en forma voluntaria en calidad de préstamo y por los cuales pagó intereses de conformidad con la rata establecida para esta clase de operaciones. La figura criminosa que más se acomoda a la realidad procesal, es la prevista en el art. 412 del C. P., que configura el delito de abuso de confianza, y no el de estafa, previsto en el art. 408 de la misma obra.

"En consecuencia, el H. Tribunal, en la sentencia recurrida, incurrió en la nulidad prevista en el art. 37 del Decr. 1358 de 1964, o sea, error en la denominación jurídica de la infracción".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal a quien se dio traslado de la demanda, solicita que "se desechen los cargos de impugnación al fallo".

Con respecto a los motivos de acusación formulados en el marco de la causal 1a. de casación, manifiesta el Procurador que en su planteamiento existen serios errores de técnica que impiden su análisis de fondo, como que el actor involucra en su alegación la violación directa

y la violación indirecta de la ley sustancial, en forma inconciliable.

Con relación a la causal 4a. el Agente del Ministerio Público hace algunas consideraciones doctrinarias sobre los elementos estructurales del delito de estafa, y concluye:

"Nadie puede desconocer que Pedro Osorio Ocasiones, Gerente de la denominada "Empresa Alianza Símbolo del Progreso", recibió de sus víctimas distintas sumas de dinero, en efectivo, en calidad de garantía o fianza por las posiciones que irían a desempeñar. Asimismo dichas sumas —depositadas voluntariamente, las hacia aparecer como produciendo algunos intereses— mientras subsistiesen los contratos de trabajo (los anteriores asertos constan en documentos privados allegados a los autos) pero estas maquinaciones antecedidas de avisos periodísticos como este: *"Necesitamos personas responsables desempeñar cargo pagador pagadora indispensable garantizar responsabilidad dando fianza en dinero efectivo.* Referencia. Empresa Importante. Apartado Nacional No. 2990", fueron precisamente los engaños de que se valió el Agente del reato, para proyectar en sus víctimas, situaciones falsas que las indujeron a error, para entregar voluntariamente los patrimonios relacionados en autos. De lo anterior se infiere de que mal se puede hablar de obligaciones civiles, si estas en forma simulada constituyeron el engaño y el error, puntos básicos del delito de estafa.

"En cuanto algunas letras de cambio suscritas por Pedro Osorio Ocasiones en las cuales aparecen como beneficiarias algunas de sus víctimas, pretendiendo en esa forma convertir los hechos constitutivos de infracciones a la ley penal, en obligaciones civiles, tampoco le quitan a las actuaciones del procesado el carácter de delictivas ya que, *el astuto despliegue de medios engañosos,* como dice Soler, surgieron antes de que tuviesen vida jurídica los citados documentos negociables —en otras palabras el ilícito ya estaba consumado. El otro aspecto, la lesión patrimonial de las víctimas de la infracción, se encuentra plenamente demostrado así como también la obtención ilícita del provecho por parte del procesado Osorio Ocasiones.

"Por consiguiente el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, lejos de violar los arts. 2014 del C. de P. P. y 408 del C. P., les dio el valor preciso que le concede la ley, la lógica, la justicia, por lo cual el cargo debe desecharse".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- Cuando se alegue en casación violación indirecta de la ley sustancial, esto es, cuando el quebranto de la ley se haga depender 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", tal como lo dispone el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

En el caso presente el actor dice que los juzgadores de las instancias omitieron la estimación de algunas pruebas aportadas al juicio por el procesado en su descargo, las que en su sentir acreditan relaciones de carácter puramente civil, desprovistas de ilicitud penal, constituídas entre el incriminado Pedro Osorio Ocasiones y cada uno de los denunciantes de autos, que por falta de apreciación de esos elementos de convicción se incurrió en el error de considerar como delitos de estafa asuntos de naturaleza civil y se aplicó indebidamente, en consecuencia, el art. 408 del C. P.

La aseveración del recurrente de que los falladores no apreciaron las pruebas a que él alude no es conforme con la realidad, pues tanto en la sentencia de primera instancia como en la de segundo grado se hace referencia a los documentos sobre los contratos de trabajo celebrados entre el procesado y los ofendidos, a los depósitos de dineros que estos hicieron en aquel, a los intereses acordados sobre esas sumas, a los sueldos convenidos entre los pactantes y a las letras de cambio giradas más tarde por el sindicado en beneficio de los perjudicados. Tales circunstancias fueron todas avaluadas por el juzgador y con razones se les negó el valor que ha pretendido darles el abogado recurrente.

En efecto, en los resultandos de la providencia acusada se expresa:

"En orden a establecer la materialidad de los siete delitos de estafa que por acumulación legalmente decretada contempla este proceso, obran los siguientes elementos de convicción:

"En primer término el aviso periodístico que sirvió de anzuelo, por así decirlo, para atraer a los damnificados con el llamativo ofrecimiento del empleo; en segundo lugar los "contratos de trabajo" que el procesado hizo firmar a sus víctimas como una de las maniobras para la in-

ducción en error y la obtención del provecho ilícito; constancias de haber recibido Pedro Osorio Ocasiones las sumas de dinero de que dan cuenta los denunciantes, con el disfraz mal disimulado de que se trataba, primero, de 'una garantía o fianza de manejo y cumplimiento', y luego, con la acomodaticia disculpa de que se trataba de dinero a interés o mutuo; copia de una resolución del Ministerio de Gobierno (la No. 40350 de abril 16 de 1963) que autorizaba el funcionamiento de la entidad denominada 'Alianza Americana Símbolo del Progreso', máscara esta que sirvió para darle más visos de legalidad o autenticidad a la empresa 'fantasma' administrada por el acusado; exposiciones juramentadas y diligencias de confrontación de todos y cada uno de los perjuicios con las actividades ilícitas del incriminado, y en donde dan detallada cuenta de las maniobras fraudulentas y artificios desplegados por Pedro Osorio Ocasiones para lograr el despojo por parte de sus víctimas de sus bienes patrimoniales, en este caso representados todos en dinero efectivo, con perjuicios de estas y en provecho ilícito, desde luego, de aquel.

"Los mismos documentos y prueba testimonial a que se acaba de hacer referencia señalan de manera indubitable e incontrovertible a Pedro Osorio Ocasiones como el habilidoso personaje que, valiéndose de los sistemas y medios enunciados logró despojar a los denunciantes de las sumas de dinero referidas y que luego trató de hacer aparecer como préstamos a interés. Empero, las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores a los hechos de que dan cuenta los varios y similares procesos aquí, acumulados, conducen a la más absoluta certidumbre de que jamás se trató de negociaciones puramente comerciales o mercantiles, como a última hora pretendió vana e infructuosamente hacer aparecer sus actividades el procesado, sino que el proceder suyo constituye lisa y llanamente lo que en materia penal se denomina *estafa*. Porque desplegando artificios y maniobras engañosas como los ya esbozados, logró desposeer a sus pretendidos 'clientes' de sus haberes personales en provecho ilícito para él, para Osorio Ocasiones.

"Nadie sería osado negar o poner en duda, siquiera, que el único propósito de Pedro Osorio Ocasiones fue inducir en error a sus víctimas para luego hacerse entregar diversas sumas de dinero que él disfrutó, so pretexto de servir ellas como "garantía' o 'fianza de manejo y cumplimiento" de cargos que mentirosamente dijo estar en disposición de suministrar, pero que no podía hacerlo, como luego se comprobó".

También en el fallo de primer grado se hace referencia, y con mayor amplitud, a los documentos que el demandante señala como excluidos del análisis probatorio, como también a los hechos a que ellos se contraen, considerados en su conjunto como integrantes del ardid propio del delito de estafa y no como demostrativos de negocios civiles.

El apoderado del recurrente no demuestra, como lo requiere el apartado 2o. del ord. 1o. del art. 56 antes citado, del que ni siquiera hace aquel mención, que se hubiera incurrido en la sentencia impugnada, en la apreciación del caudal probatorio, en error ostensible o manifiesto —de hecho o de derecho— que hubiera conducido a la violación de la ley penal sustantiva, por lo cual el primer motivo de casación aquí alegado no puede prosperar.

Conviene recordar que la causal de casación relativa a la apreciación errónea de pruebas o a la falta de apreciación de las mismas, prevista en la causal ameritada, "apareja la necesidad de hacer el estudio completo de los elementos de convicción que obren en el proceso, precisamente porque solo en esa forma se puede demostrar el error que se proclama como propio del fallo acusado", especialmente en casos como el presente, cuando el recurrente sugiere la hipótesis de la inexistencia de los delitos imputados al procesado Osorio Ocasiones.

II.- Para que, al tenor del art. 429 del C. P., proceda la disminución de la sanción contemplada para los delitos contra la propiedad, es indispensable que antes del proferimiento de la sentencia de primera instancia el responsable restituya el objeto que fue materia de la infracción o indemnice a la persona ofendida de los perjuicios que se le hayan causado, como reza la norma.

La reparación del daño inferido a la víctima, mediante la devolución voluntaria y espontánea del bien que fue objeto del ilícito despojo o en defecto el pago de los perjuicios, justifica la atenuación de la penalidad porque hace desaparecer el mal privado y atempera el daño público causados por la infracción, así como también porque revela en el sujeto arrepentimiento indicativo de menor temibilidad.

En los eventos de autos, los pagos que el procesado Pedro Osorio Ocasiones hizo a los ofendidos de parte de sueldos y de intereses sobre

los dineros por ellos entregados a manera de cauciones, no resarcieron la lesión económica que se les irrogó con la conducta ilícita del inculpado ni tuvieron esa finalidad, sino que, por el contrario, fueron parte de la treta en el iter criminis de las defraudaciones, como se considera en la providencia recurrida, por lo cual mal podía haberse aplicado la disposición del art. 429 del C. P., cuya infracción, por falta de aplicación, alega sin razón el recurrente en cargo que será igualmente desechado.

III.- El delito de estafa, conforme a la descripción que de él hace el art. 408 del C. P., consiste en la obtención de un provecho ilícito, vale decir, sin causa jurídica, con perjuicio patrimonial ajeno y correlativo, conseguido por el empleo de artificios o engaños que han inducido en error a la víctima y la han determinado a entregar un bien económico o a hacer una disposición de contenido patrimonial, con voluntad aparente pero con consentimiento sustancialmente viciado por razón del ardid.

El hecho de que los ofendidos hubieran entregado voluntariamente al procesado Osorio Ocasiones los dineros de los cuales se apropió este en provecho propio, como lo acepta el apoderado recurrente en el tercer cargo propuesto contra la sentencia acusada, no quita su fisonomía al delito de estafa, como lo sostiene el actor, pues esa entrega fue precedida de sutiles artificios desplegados por Osorio Ocasiones y que suscitaron en quienes la hicieron el error que motivó esa disposición económica y perjudicial para ellos, en una sucesión de actos caracterizantes del tipo delictivo acriminado al procesado, tal como se analiza en el fallo impugnado.

En consecuencia, tampoco puede prosperar el tercer cargo formulado por el demandante al amparo de la causal 1a. de casación.

IV.- La acumulación de juicios o de autos, como dice el art. 396 del C. de P. C., "es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren".

En materia penal, la acumulación de juicios contra un mismo procesado, en el caso primero del art. 80 del C. de P. P., tiende a diversos fines: a) economía procesal, como que un solo juez, por un trámite común, decide los varios asuntos u objetos procesales, o sea que se logra "la eficacia del derecho con el mínimo de actividad jurisdiccional"; b) mejor aprovechamiento de la prueba producida en las causas acumuladas, en lo referente al estudio de la personalidad del acusado y al examen de los hechos imputados; y, c) evitación del cúmulo material de penas que resultaría del juzgamiento separado de los delitos en el supuesto de sentencias condenatorias, puesto que en juicios acumulados, si el fallo es estimatorio, hay que dar aplicación al art. 33 del C. P., que prevé el sistema de acumulación jurídica o intensiva de las sanciones, que consiste en imponer al delincuente la sanción establecida para el delito de mayor entidad, aumentada en cierta proporción.

La acumulación de causas no tiene por objeto, como erróneamente lo cree el recurrente, que al procesado se le juzgue y sancione por un solo delito. A esa tesis de la absorción, que dejaría impune las infracciones concurrentes, se opone el art. 33 citado, que prescribe:

"Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

"Además de esta sanción, se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal por dos a diez años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más y si la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en este una tendencia persistente al delito.

"Las multas establecidas para cada uno de los delitos se aplicarán en todo caso junto con la pena señalada para el más grave, siempre que el total no exceda de cinco mil pesos".

La norma transcrita fue correctamente aplicada en la sentencia acusada, no sólo en cuanto con base en ella se elevó la pena principal impuesta al procesado Osorio Ocasiones, como reo de estafa, sino también cuando se invocó para aplicar la medida accesoria de relegación a colonia agrícola penal por el término mínimo en ella establecido, pues en los autos aparecen acreditadas las condiciones señaladas en el inc. 2o. de la disposición, como se especificó en aquella providencia.

Igualmente carece de fundamento la afirmación del demandante de que se incurrió en error en el fallo de que se trata al tomar como pena básica, para hacer sobre ella el aumento por razón de las infracciones concursantes, la de treinta y seis meses de prisión, en vez de acoger la mínima de veinticuatro meses. Olvida el actor

que el juez tiene facultad discrecional para graduar la sanción, dentro de los límites mínimo y máximo señalados en la respectiva disposición (para el caso, entre dos y siete años de prisión, según los arts. 408 del C. P. y 1o. del Decr. 2184 de 1951), atendiendo a "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 ese arbitrio se hizo en el presente caso uso razonable. Sobre el particular se lee en la sentencia recurrida:

"De otra parte, considera la Sala que la dosificación de la pena hecha por el a quo consulta fielmente los arts. 33, 36 y 408 del C. P., en armonía con el art. 1o. del Decr. 2184 de 1951".

Por las razones anotadas, tampoco puede acogerse el reparo hecho en la demanda dentro del cargo cuarto contra el fallo acusado.

V.- El error relativo a la denominación jurídica de la infracción, cometido en el auto de proceder, causal de nulidad contemplada en el ord. 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964, es ciertamente motivo de casación, al tenor del ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 del mismo año. Más cuando dicho error se hace derivar a su vez de yerro en la estimación de las pruebas, como lo insinúa el demandante, es deber del recurrente, al plantear el cargo en casación, invocar en primer término la causal prevista en el ord. 1o., inc. 2o., del art. 56 precitado, y demostrar a través del examen del material probatorio que se equivocó el juzgador en la valoración de las pruebas, porque no apreció elementos de juicio relevantes o los apreció mal, y tras de esa demostración invocar como conexa y consecuencial la causal 4a.

Como en el asunto sub judice el actor sostiene que la sentencia acusada se profirió en juicio viciado de nulidad, "por concurrir la nulidad prevista en el numeral 5o. del art. 37 del Decr. 1358 de 1964", vicio que pretende fundamentar en la mera afirmación de que "de conformidad con los documentos suscritos entre el procesado y los siete denunciantes, tenemos que el delito que se tipifica es el de abuso de confianza", sin ensayar ninguna demostración y sin sujeción a la técnica exigida en estos casos, tiénese que el cargo ha sido mal formulado y no puede prosperar.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el Procurador Primero Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el procesado Pedro Osorio Ocasiones contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha enero 31 del presente año, de que se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. 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.

TECNICA DE CASACION

Cuando se impugna la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba, es preciso señalar la norma probatoria violada para demostrar luego, el quebranto de la ley sustancial.

Se recordará que el primero de los cargos propuestos por el impugnante es el de *error de derecho* en la apreciación de determinadas pruebas. Sin embargo, después de tal planteamiento, todo el desarrollo del mismo, por cierto en extremo confuso, se produce como si el cargo a demostrar fuera un ostensible error de hecho, lo que, por contrariar abiertamente la técnica propia del recurso extraordinario de casación, descalifica *ab initio* la censura.

La Corte ha dicho con reiterado énfasis que si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba, —porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que esta le otorga—, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar. Y en el presente caso, como es observable a primera vista, el demandante no se ocupó siquiera de indicar el precepto adjetivo en su sentir violado, y menos el sentido en que lo fuera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: octubre 31/69.- Acta No. 43).

VISTOS:

En fallo del 29 de enero de 1969 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira confirmó el proferido por el Juzgado Tercero Superior del mismo Distrito el 17 de octubre de 1968, "en cuanto por él se condena a Jesús Antonio Ospina León por el delito de homicidio en la persona de Alipio Flórez a la pena de veintitrés años de presidio, a pagar los perjuicios ocasionados y a las accesorias correspondientes y lo REVOCA en cuanto por él se condena, como pena accesoria a una relegación a colonia agrícola por un tiempo de cinco a quince años".

Contra la referida sentencia de segundo grado interpuso el recurso extraordinario de casación el defensor del reo, y como ha tenido ya cumplimiento el trámite propio del asunto, procede la Corte a decidir.

I

ANTECEDENTES

a) Al iniciarse la tarde del 27 de diciembre de 1967, en el camino que del municipio La Celia (Risaralda) conduce a la vereda La Playa, dos individuos dieron muerte con arma de fuego —revólver— al señor Alipio Flórez Osorio.

b) Practicadas las primeras diligencias investigativas por el Juez Promiscuo Municipal de La Celia, el sumario pasó luego al Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Pereria, Despacho que mediante proveído del 20 de abril de 1968 abrió causal criminal, por los trámites en que interviene el Jurado, contra Jesús Antonio Ospina León, imputándole los delitos de homicidio en la persona de Alipio Flórez y robo, consistente este último en haberse apoderado de una pistola que la víctima portaba.

c) El vocatorio fue confirmado por el Tribunal mediante providencia calendada el 10 de julio de 1968, en cuanto al homicidio concierne, revocándolo con respecto al robo, reato en relación con el cual se sobreseyó temporalmente. Y en la parte motiva se anotó que en la ejecución del homicidio "concurrieron las circunstancias agravantes 2a. y 5a. del art. 363 del C. P.".

d) Con oportunidad de la Audiencia Pública se propuso al Jurado de Conciencia la siguiente cuestión:

"¿El procesado Jesús Antonio Ospina León de naturaleza y demás condiciones conocidas en el auto de proceder, es responsable, sí o no, de haber dado muerte, con el propósito de matar, al señor Alipio Flórez Osorio, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la asechanza, lo que realizó acompañado de otro, aproximadamente a la una de la tarde del 27 de diciembre de 1967, en la vereda La Playa, jurisdicción del municipio de La Celia, R., utilizando para el efecto arma de fuego (revólver)?"

"*Sí es responsable*", fue la respuesta unánime del Tribunal popular.

e) En desarrollo del veredicto el Juez del conocimiento profirió la sentencia de primer grado, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1o. *Se condena a Jesús Antonio Ospina León,* ...a purgar, en el establecimiento carcelario que determine el Gobierno Nacional, *veintitrés años de presidio,* como responsable del delito *del homicidio* agravado, cometido en la persona de *Alipio Flórez,* en las circunstancias de modo, tiempo y lugar anotadas en el auto de proceder.

"2o. Se le condena, además, en abstracto, al resarcimiento de los perjuicios causados con la infracción y a las siguientes penas accesorias:

"a) Por cinco a quince años de relegación a una colonia agrícola;

"b) Interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal;

"c) Pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial;

"d) Pérdida de la patria potestad; y

"e) Publicación especial de la sentencia.

"3o. *Consúltese* esta sentencia con el H. Tribunal Superior, si no fuere apelada".

f) Como pudo observarse en la parte inicial y motiva del presente fallo, el Tribunal revocó la pena accesoria impuesta en la letra a) de la resolución que acaba de transcribirse.

II

LA DEMANDA

La censura al fallo recurrido, formulada por el apoderado especial del reo, se apoya en la primera de las causales previstas por el ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, cuyo texto reproduce.

Afirma el actor que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira "violó la ley sustancial, al incurrir en error de derecho, como que dio a unas pruebas el valor que no tenían y, además, al incurrir en error de hecho, pues dio por establecidos unos acontecimientos que no están demostrados en autos".

Para sustentar el error de derecho expresa el demandante que "el Juzgador de instancia, para graduar la pena, partió de la base de que en el proceso estaba plenamente demostrado que el señor *Jesús Antonio Ospina León* era varias veces reincidente, y fue por ello por lo que dio aplicación a lo estatuido por el art. 34 del Código de las Penas".

Se refiere luego a las diferentes sentencias condenatorias que contra el procesado obran en el informativo, examen enderezado a demostrar que el sentenciador estimó ejecutoriados tales fallos, sin que realmente exista en autos la prueba sobre el particular. "En consecuencia, —concluye— el Juzgador de instancia, al tener en cuenta para aplicar el art. 34 del C. P., copias de sentencias cuya ejecutoria no aparece confirmada, violó la ley sustancial, en los términos que se han dejado expresados".

En apoyo del segundo cargo, o sea la violación de la Ley sustancial a consecuencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba, el impugnante reitera su referencia a las sentencias condenatorias tan insistentemente citadas a través de la tacha anterior, y resume su pensamiento así:

"Al tener en cuenta las sentencias cuya copia se allegó sin que se pudiera establecer jurídicamente si el delito a que ellas se contraen se perpetró cuando mi patrocinado tenía menos de diez y ocho años, el Juzgador de instancia violó la ley sustancial, porque dio por establecido un hecho que en puridad de verdad carece completamente de comprobación legal. Mal podía, pues, el Tribunal de Pereira, aumentar la penalidad en la forma que lo hizo".

Finalmente el actor acusa la sentencia recu-

rrida por "violación de la ley sustancial por indebida aplicación", cargo que plantea de la siguiente manera:

"El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, aumentó, además, la pena en seis meses, partiendo de la base de que en contra de Ospina aparecían las circunstancias de mayor peligrosidad de que tratan los numerales 1o., 2o. y 6o. del art. 37.

"Pero el Tribunal violó el principio 'non bis in idem' al aplicar inadecuadamente el mencionado art. 37 del C. P. que no podía aplicar, pues las circunstancias de que se trata en el fallo ya habían sido tenidas en cuenta, las dos primeras, para efecto de la reincidencia y la última, es decir, la 6a. para efectos de la calificación del delito, como puede verse fácilmente en el auto calificatorio y en el cuestionario sometido a los jurados".

III

EL MINISTERIO PUBLICO

La Procuraduría Primera Delegada, después de referirse con la extensión adecuada a los hechos y a la actuación procesal, examina los cargos aducidos por el recurrente y concluye que "no hay elementos de juicio, planteamientos jurídicos, ni menos razonamiento de verdad lógica para conceptuar o decidir sobre ellos". Y consecuente con tal criterio, sustentado con las razones que estimó pertinentes, el Colaborador de la Sala solicita que esta declare infundada la acusación y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

IV

LA CORTE CONSIDERA

1. Se recordará que el primero de los cargos propuestos por el impugnante es el de *error de derecho* en la apreciación de determinadas pruebas. Sin embargo, después de tal planteamiento, todo el desarrollo del mismo, por cierto en extremo confuso, se produce como si el cargo a demostrar fuera un ostensible error de hecho, lo que, por contrariar abiertamente la técnica propia del recurso extraordinario de casación, descalifica *ab initio* la censura.

2. La Corte ha dicho con reiterado énfasis que si el error de derecho tiene como causa una equivocada apreciación de la prueba —porque el sentenciador le reconoció un valor que la ley no le asigna, o le desconoció el que esta le otorga, es preciso señalar en primer término la norma probatoria que se pretende infringida (violación medio), para demostrar luego el quebranto de la ley sustancial (violación fin), orden lógico que no se puede alterar, eludir o desdeñar. Y en el presente caso, como es observable a primera vista, el demandante no se ocupó siquiera de indicar el precepto adjetivo en su sentir violado, y menos el sentido en que lo fuera.

3. En cuanto concierne al segundo cargo —violación de la ley sustancial a consecuencia de un error de hecho en la valoración de la prueba referente a la edad que cifraba el reo para la época en que perpetró los delitos anteriores al que es materia de este proceso— importa observar que el actor pretende replantear aquí un debate probatorio sobre aspectos y hechos considerados en juicios definidos mediante resoluciones que hoy se hallan amparados por la firmeza de la cosa juzgada. Por lo demás lo argüido para sustentar la tacha por tal aspecto se limita a una serie de asertos críticos sobre tales resoluciones, sin la claridad y precisión que toda censura en casación reclama (D. 528 de 1964, art. 63), asertos de los cuales el mismo demandante apenas extrae "una situación de duda" en torno a la circunstancia que trata de demostrar.

4. En cambio, asiste razón al actor cuando sostiene que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el art. 37 del C. P. al aumentar la pena principal en seis meses de presidio, fundándose en circunstancias de mayor peligrosidad que ya se habían previsto como configurativas de la reincidencia (1a. y 2a.) y para la calificación específica del reato (6a.). "No se pueden aplicar, para agravar la responsabilidad, circunstancias de mayor peligrosidad, cuando tales circunstancias son también elementos constitutivos del delito y ya se han tenido en cuenta para su calificación específica; lo contrario constituye violación del principio 'non bis in idem', consagrado en todas las legislaciones", ha expresado esta Sala en numerosas oportunidades. Así las cosas, habrá de infirmarse parcialmente el fallo recurrido, eliminando el referido aumento de pena.

V

DECISION

En virtud de las razones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia de veintinueve (29) de enero de 1969, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó a Jesús Antonio Ospina León a veintitrés (23) años de presidio, como responsable del delito de homicidio (asesinato) en la persona de Alipio Flórez, y, en su lugar, lo condena a veintidós años y medio (22½) de la misma pena. Las sanciones accesorias que impliquen duración quedan proporcionalmente reducidas. En lo demás, rige el fallo acusado.

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.

FUERO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL

Para que gocen de él, es necesario que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo, y no basta que el agente tenga la calidad de miembro de este Cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 44).

VISTOS:

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 17, ord. 4o., del Dcr. 528 de 1964 y 67 del C. P. P., procede la Corte a resolver el conflicto de competencia suscitado, con carácter positivo, entre el Comando del Departamento de Servicios Especiales de la Policía Nacional, con sede en Bogotá, y el Juzgado Primero Superior de Santa Marta, con respecto al conocimiento de este proceso, en el que se sindica al Agente de Policía Pedro Luis Triana Ramos por el delito de homicidio en la persona de Hernando Orozco Cárdenas, hecho ocurrido el 25 de diciembre de 1968 en la ciudad de Santa Marta.

El incidente de que se trata fue provocado de oficio por el referido Comando en auto de 1o. de octubre último, en el que sostiene que los hechos materia del proceso "sucedieron en actos del servicio y con ocasión de él, lo cual radica la competencia para conocer del expediente a la Justicia Penal Militar", según lo estatuído en el art. 11 del Dcr. 1667 de 1966, circunstancia aquella que se demuestra con la orden de servicio número 003 de diciembre de 1968, "en la cual expresamente se designó a Triana Ramos precisamente para el servicio que diera pie o motivo para tan lamentables hechos", como también con los testimonios del Teniente Armando Ramírez y del Sargento Primero Bernardo Corrales, que "dejan ver muy a las claras que los actos sí fueron con ocasión del servicio" encomendado al imputado Triana. (fls. 136 y 137).

El Juzgado Superior contestó en providencia del 9 del mismo mes, afirmando su competencia para conocer del asunto sobre la consideración de que, como lo afirmó en la fase de la investigación el Juzgado 55 de Instrucción Penal Militar, "del estudio de las presentes diligencias sumarias, y en especial de la inspección ocular que obra a fls. 78, se desprende que el sindicado Agente Triana Ramos, para la hora en que se cometió el delito que se investiga, no estaba prestando servicio alguno y por lo tanto no fue en razón ni con ocasión del mismo", por lo cual concierne a la justicia ordinaria el juzgamiento del asunto.

Afirma el Juzgado Superior que del examen de documentos realizado en la inspección ocular cuya acta aparece a fls. 78 y 79, particularmente de las anotaciones halladas en el libro de turnos de franquicia y en el libro de minuta de guardia, se colige que el procesado Pedro Luis Triana Ramos "no estaba prestando servicio al momento del infausto suceso (al amanecer del 25 de diciembre de 1968)", por lo cual "la justicia ordinaria conserva plena competencia para juzgarlo". (fls. 138 y siguientes).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

I.- A tenor del art. 11 del Dcr. 1667 de 1966, adoptado como ley por la 48 de 5 de diciembre de 1967, "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".

Dicha norma, ha expresado con reiteración esta Sala de la Corte, "exige como condición del fuero allí establecido, esto es, para el juzgamiento del personal de la Policía Nacional con arreglo a las prescripciones del Código de

Justicia Penal Militar, que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes al cargo. No basta, en consecuencia, que el agente del delito tenga la calidad de miembro de aquel Cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita, para que quede sometido a la jurisdicción castrense. Es indispensable que la infracción penal haya tenido relación con el cargo oficial en alguna de las hipótesis previstas en la disposición antes transcrita. De no ser así, el conocimiento del hecho delictuoso compete a la justicia ordinaria y el procedimiento a seguir es el propio para la sanción de los delitos comunes". (Autos de julio 10 y julio 28 de 1969, entre otros).

II.- Los testimonios de Luis Carlos Correa (fls. 54 a 57), Efraín Correa (fls. 58 a 60), Pedro Manuel Villanueva (fls. 61 a 62), Adalberto Barrios Bru (fls. 63 a 65), Alberto Enrique Noguera (fls. 72 a 74) y Luis Núñez Bovea (fls. 80 a 81) acreditan que el 25 de diciembre postrero entre las seis y las siete de la mañana, el Agente de la Policía Nacional aquí procesado, Pedro Luis Triana Ramos, vestido de civil y después de ingerir licor en la cantina de Luis Carlos Correa, situada en la calle 9a. y distinguida con el No. 5-04 de la ciudad de Santa Marta, disparó su revólver en las afueras del establecimiento citado contra Hernando Orozco Cárdenas, a quien causó la muerte, por móvil que no precisan aquellos.

III.- Las declaraciones de las personas citadas reprueban, como se dice en el auto de proceder dictado contra el acusado Triana por el Juez Primero Superior de Santa Marta y que obra a fls. 94 y ss, la versión dada en la indagatoria por el procesado Triana (fls. 29 y ss), y que pretendió confirmar su compañero de oficio Moisés Victoria Mondragón (fls. 34 y 35), según la cual fue atacado en el lugar de los hechos por varios individuos, entre ellos el occiso Orozco Cárdenas, cuando regresaba de prestar servicio oficial en los talleres del Ferrocarril del Atlántico, por lo cual se vio obligado a disparar para repeler la agresión que se le hizo simplemente por ser él agente de la autoridad.

IV.- De los elementos de juicio que mayor credibilidad ofrecen, como son los anteriormente mencionados, se infiere que el homicidio por el que se acrimina a Triana Ramos no se cometió en ninguna de las circunstancias señaladas en el art. 11 del Dcr. 1667 de 1966, razón por la cual es a la justicia ordinaria a la que corresponde el juzgamiento del ilícito.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DIRIME la colisión planteada y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva en el sentido de declarar que el competente para conocer de este proceso es el Juzgado Primero Superior de Santa Marta, al que será devuelto, dando previo aviso de lo aquí resuelto al Comando del Departamento de Servicios Especiales de la Policía Nacional, con sede en Bogotá.

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.

CAUSAL 4a. DE CASACION

Cuándo la nulidad legal puede alegarse en forma autónoma como causal de casación, al amparo del motivo que señala el ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y cuándo esta causal, debe alegarse como consecuencia de la 1a., aparte segundo, del ord. 1o. del Decr. antes citado.

La nulidad legal puede alegarse en forma autónoma, como causal de casación, cuando ella surge de la violación directa de la norma procesal, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la incompetencia de jurisdicción. En cambio, cuando el motivo de invalidez se hace depender de la falsa o errónea apreciación de las pruebas, juzgamiento que lleva al fallador a aplicar indebidamente la ley penal, la nulidad ha de proponerse necesariamente como consecuencia de la causal primera, apartado segundo, dentro de las señaladas por el art. 56 del Dcr. 528 de 1964.

Ello es notorio especialmente, cuando se menciona, como causal de nulidad, el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Si se piensa evidentemente que se ha llamado a juicio a una persona determinada por delito que no cometió o por infracción distinta a la que rezan las pruebas aportadas al debate, corresponde al demandante, en primer término, señalar concretamente los elementos probatorios en cuya apreciación cayó en protuberante error el fallador de instancia, fijar, luego, las disposiciones violadas, y dirigir, finalmente, esa crítica a demostrar cómo, en consecuencia de ello, la calificación jurídica que se dio, en el vocatorio, al ilícito, fue equivocada y quebrantó concretas normas procesales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: noviembre 7/69. - Acta No. 44).

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por Pedro Julio Prieto Cruz y Abraham Hernández contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de El Espinal, el 17 de marzo del presente año, y en la cual condenó a dichos procesados a veinte (20) años y seis (6) meses de presidio y sanciones accesorias correspondientes, como autores responsables de los delitos de homicidio y robo, confirmando así la providencia del Juez Tercero Superior de aquel Distrito Judicial, de 27 de noviembre de 1968.

ANTECEDENTES

En la noche del 21 de octubre de 1966, se presentaron a la hacienda "El Paraíso", en la vereda "El Palmar", en el municipio de Icononzo, varios sujetos, los que dieron muerte a Adán Infante Bernal, en momentos en que, encontrábase desprevenido, recostado en su cama, jugando con una pequeña hija suya. Los asaltantes se sustrajeron un radio-tocadiscos y una lámpara de gasolina.

En el proceso, aparecieron comprometidos, como autores de los delitos mencionados, los sujetos Pedro Julio Prieto Cruz y Abraham Hernández Ortiz.

Estos fueron llamados a responder en juicio, ante el Jurado, por los delitos de homicidio y robo, en auto de 27 de mayo de 1967, el que fue confirmado por el Tribunal Superior de El Espinal, en el suyo de 11 de agosto de 1967.

Surtida la audiencia pública, el 20 de noviembre de 1968, al Jurado se propusieron las cuestiones correspondientes a los delitos por los cuales se enjuició a los procesados.

La respuesta del Tribunal popular a las cuatro preguntas hechas a él fue simplemente afirmativa de responsabilidad, o sea, se admitió que Prieto Cruz y Hernández Ortiz, como coautores,

dieron muerte a Adán Infante Bernal, "para preparar, facilitar y consumar otro delito, colocando a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad" y al mismo tiempo consumaron el delito de robo que se habían propuesto.

Con base en el veredicto, el Juez del conocimiento dictó, el 27 de noviembre de 1968, la sentencia en la cual condenó a los procesados a la pena atrás mencionada. Tal fallo fue recurrido en apelación. Pero el Tribunal Superior de El Espinal lo confirmó plenamente, esto es, sin variación alguna, el 17 de marzo del año en curso, en providencia contra la cual se interpuso el recurso extraordinario de casación.

DEMANDA DE CASACION

Por medio de apoderado, sustentó el recurso Pedro Julio Prieto Cruz. La demanda fue admitida, por cuanto, en su aspecto externo, se acomodaba a las prescripciones del art. 63 del Decr. 528 de 1964.

En ella, en efecto, se hace un resumen de los hechos que dieron nacimiento a la investigación, se estudian los elementos de juicio que tuvo en cuenta el Juez Tercero Superior de El Espinal, para llamar a juicio a Prieto Cruz y Hernández Ortiz, y se invoca la causal cuarta de casación, para reclamar la invalidación del fallo recurrido.

Se afirma por el impugnante que la sentencia del Tribunal Superior de El Espinal fue dictada en un juicio viciado de nulidad, pues se incurrió, en el auto de proceder, en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

El cargo se expone en los siguientes términos:

"En consecuencia, nos encontramos frente a una causal de *nulidad* individualizada en el numeral 5o. del art. 198 (art. 37 del Decr. 1358 de 1964) de C. P., que dice:

"Son causas de nulidad en los procesos penales:

"5. Haberse incurrido en el auto de proceder en el error relativo *a la denominación jurídica de la infracción* o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido .

"Tal causal de nulidad tiene su origen por cuanto en el auto de proceder dictado por el Juzgado Tercero Superior de El Espinal y confirmado que fue por el Tribunal Superior se llamó a responder en juicio criminal y con intervención del jurado a Pedro Julio Prieto Cruz, 'por los delitos de *Homicidio* y robo', en la persona de Adán Infante. Y en la misma providencia también se dispuso llamar a responder en juicio criminal y con intervención del jurado, a Abraham Hernández Ortiz, 'por los delitos de *Homicidio* y robo', en la persona de Adán Infante. Todo lo anterior, según hechos ocurridos el 21 de octubre de 1966, en la vereda 'El Palmar', Municipio de Icononzo.

"Es decir, a Pedro Julio Prieto Cruz se le señaló en el auto de proceder, conjuntamente con Abraham Hernández, como *autor* también *del delito de homicidio perpetrado en la persona de Adán Infante,* siendo así que no existe ninguna clase de prueba sobre su participación en el acto *consumativo* de tal delito, con lo cual no se dio aplicación al art. 385 del C. P., que dice:

"En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un *homicidio* o lesión, y *no sea posible determinar su autor,* quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad".

En cuanto a su demostración, dice la demanda:

"No estando demostrado en el proceso que Pedro Julio Prieto intervino en el acto consumativo del homicidio perpetrado en Adán Infante, pues se ignora si tal procesado hizo uso de su escopeta disparando contra Adán Infante, no se le ha debido llamar a responder en juicio con intervención del jurado como *autor principal,* conjuntamente con Abraham Hernández, en el homicidio de Adán Infante, sino en calidad cómplice, como lo determina el art. 385 del C. P.".

El libelo termina solicitando a la Corte "sesirva dar aplicación al art. 750 (art. 58 del Decr. 528 de 1964, numeral 3o.".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal rechaza la demanda, por dos razones: primero, porque el recurrente, al pretender la invalidación del fallo del Tribunal Superior de El Espinal, por error en la denominación jurídica de la infracción, sólo invocó la causal cuarta de casación y se abstuvo, en cambio, de proponer la causal primera, inciso segundo, para demostrar, con base en esta, que por una falsa apreciación de la prueba, se había incurrido en la errada calificación en el auto de proceder; y segundo, porque no basta, para obtener el fin perseguido,

anunciar causales de casación, pues es indispensable, además, indicar en forma clara y precisa los fundamentos de las mismas y las normas sustanciales que se estimen infringidas, en armonía con el art. 63 del Decr. 528 de 1964.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Por el aspecto de la técnica de casación, la demanda del apoderado de Pedro Julio Prieto Cruz, es equivocada. En efecto, la nulidad legal puede alegarse en forma autónoma, como causal de casación, cuando ella surge de la violación directa de la norma procesal, como ocurre, por ejemplo, en el caso de la incompetencia de jurisdicción. En cambio, cuando el motivo de invalidez se hace depender de la falsa o errónea apreciación de las pruebas, juzgamiento que lleva al fallador a aplicar indebidamente la ley penal, la nulidad ha de proponerse necesariamente como consecuencia de la causal primera, apartado segundo, dentro de las señaladas por el art. 56 del Decr. 528 de 1964.

2. Ello es notorio especialmente, cuando se menciona, como causal de nulidad, el haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción. Si se piensa evidentemente que se ha llamado a juicio a una persona determinada por delito que no cometió o por infracción distinta a la que rezan las pruebas aportadas al debate, corresponde al demandante, en primer término, señalar concretamente los elementos probatorios en cuya apreciación cayó en protuberante error el fallador de instancia, fijar, luego, las disposiciones violadas, y dirigir, finalmente, esa crítica a demostrar cómo, en consecuencia de ello, la calificación jurídica que se dio, en el vocatorio, al ilícito, fue equivocada y quebrantó concretas normas procesales.

3. El demandante, en este caso, sostuvo que el Juez Tercero Superior de El Espinal y el Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial incurrieron en error, al calificar el proceso, en la denominación jurídica de la infracción, por cuanto se dio a las pruebas un valor que no era el que les correspondía. No obstante, invocó la causal cuarta de casación, en forma independiente, —haberse dictado sentencia en un juicio viciado de nulidad— y se abstuvo, en cambio, de mencionar, para llegar a aquella conclusión, la causal primera, segundo inciso, con lo cual se apartó de las fundamentales reglas que gobiernan el recurso extraordinario de casación.

Es más: la alegación de la demanda se dirigió, no a negar la existencia de los delitos de homicidio y robo, por los cuales se llamó a juicio a Prieto Cruz, sino a variar las circunstancias en que tales reatos fueron cometidos, con lo cual, en realidad, quedaba vigente la denominación de aquellos deducida por los funcionarios de instancia.

Por último, si se pretendía atacar el veredicto, que afirmó la responsabilidad de Prieto Cruz, como autor o coautor de los delitos dichos, ello era propio de las instancias y no del recurso extraordinario de casación, pues la declaración de contraevidencia no corresponde, en forma alguna, a la Corte Suprema de Justicia, y sí al Juez del conocimiento o al Tribunal respectivo (arts. 537 y 554 del C. de P. P.).

En verdad, como lo sostuvo el Procurador Delegado, el recurrente no sólo se apartó de los principios vigentes en técnica de casación, sino que se abstuvo, de la misma suerte, de entrar a demostrar los extremos por él alegados.

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 El Espinal.

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.

J. Evencio Posada V., Secretario.

DEMANDA DE CASACION

Debe ajustarse a los requisitos señalados por el art. 63 del Decr. 528 de 1964, por tratarse de un recurso extraordinario, que solo faculta a la Corte para estudiar los asuntos claramente propuestos.

La demanda de casación, a tenor del art. 63 del Decr. 528 de 1964, como lo recuerda la Procuraduría Delegada, "debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

Conforme a la disposición citada, el recurrente en casación tiene la obligación de plantear los motivos de impugnación de las sentencias sobre razonamientos jurídicos dirigidos a demostrar, mediante el examen comparativo del fallo con la ley, que esta ha sido violada y el concepto de la violación.

Las especiales exigencias de forma y de fondo a que está sometida toda demanda de casación encuentran su razón de ser en la característica de este recurso extraordinario, que solo faculta a la Corte para el estudio limitado a los asuntos claramente propuestos por el actor, por no ser la casación una nueva instancia que permita la libre revisión del proceso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 44).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por los procesados Pablo Emilio Sánchez y John Fernando Rodríguez contra la sentencia de 3 de febrero último del Tribunal Superior de Villavicencio, proferida en segunda instancia y mediante la cual fueron condenados los recurrentes, en causas acumuladas falladas en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Municipal de ese Distrito, a la pena principal de trece años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, como coautores de los delitos de robo y lesiones personales cometidos con perjuicio de Luis Felipe Medrano y Jesús López.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El 6 de abril de 1967 los procesados Pablo Emilio Sánchez y John Fernando Rodríguez penetraron al domicilio de Jesús López, en la calle 17 No. 19-27 de la ciudad de Villavicencio, y sujetándolo a su lecho e imposibilitando de esa manera su defensa le sustrajeron de uno de los bolsillos la suma de $ 1.200.00 y emprendieron luego la huída.

El 10 del mismo mes, los mismos sujetos, acompañados en esta ocasión de otro delincuente, volvieron a la casa de López, a la que se introdujeron engañando a la mujer Zoila Amaya, y después de golpear y lesionar a esta, como también a Luis María Silva, quien trató de oponer resistencia a los asaltantes, penetraron a la alcoba de Jesús López, a quien amordazaron e hirieron, y se apoderaron del dinero que allí encontraron. Cuando esto sucedía acudieron agentes de la policía, por llamado de Dioselina González, y capturaron a los malhechores.

Por esos hechos, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio, en auto de 8 de noviembre de 1967, que fue consentido por las partes, llamó a responder en juicio a los sindicados Sánchez y Rodríguez por los delitos de violación de domicilio, lesiones personales y robo (fls. 138 a 152, primer cdno.).

El 14 de marzo de 1967, los procesados Sánchez y Rodríguez, en asocio de otro individuo,

con el fingimiento de ser agentes del DAS, penetraron a la residencia de Luis Medrano, en el barrio La Grama de Villavicencio, y empleando armas lesionaron a aquel, quien sufrió una incapacidad de siete días, y colocaron a todos los moradores en imposibilidad de obrar, amarrándolos, para sustraerse luego dinero y objetos diversos.

Estos otros hechos fueron calificados también por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Villavicencio y considerados como constitutivos de los delitos de robo, violación de domicilio y lesiones personales, cargos que les fueron formulados a los responsables Sánchez y Rodríguez en auto de proceder de 22 de enero de 1968, providencia que no fue recurrida (fls. 92 a 98 del segundo cdno.).

Cumplidas las condiciones señaladas en el art. 80 del C. de P. P., el juzgado del conocimiento, en proveído de marzo 6 de 1968, decretó la acumulación de las dos causas. (fls. 108 del segundo cdno.).

Celebrada la audiencia pública se puso término a la instancia con sentencia proferida el 4 de junio de aquel año, en la que se condenó a cada uno de los inculpados Sánchez y Rodríguez a la pena principal de doce años de presidio y a las accesorias pertinentes, como coautores de los delitos de robo y lesiones personales, y se les absolvió por el cargo de violación de domicilio.

Esa providencia fue apelada y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la confirmó con algunas reformas, entre ellas la de elevar a trece años de presidio la sanción principal, en fallo de 3 de febrero del presente año, que es ahora materia del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El apoderado de los recurrentes, en escrito que se declaró ajustado en su forma a las exigencias legales, impugna la sentencia de segundo grado afirmando que es violatoria de la ley sustancial por aplicación indebida del art. 404 del C. P., pues en su lugar ha debido aplicarse el art. 405 del mismo estatuto para reprimir a los procesados por los hechos delictuosos a ellos atribuídos.

Después de expresar que "el sentenciador de segunda instancia ha violado la ley por aplicación indebida", presenta el motivo de acusación en la siguiente forma:

Causal primera:

"a) El sentenciador incurrió en quebrantamiento de la norma sustantiva al darle aplicación al art. 404 del C. P. en la sentencia condenatoria contra John Fernando Rodríguez Escobar y Pablo Emilio Sánchez.

"b) Porque el sentenciador resolvió el caso de los sentenciados aplicando el artículo antes mencionado, sin valorar, sin tener en cuenta lo expresado en el pliego de cargos, en el auto de proceder.

"c) Se nota, fácilmente, que el juzgador tomó a la fuerza la norma precitada que le sirvió para dar solución a la litis que en este caso viene a ser extraña.

"d) Teniendo como presupuestos necesarios las acusaciones precedentes, el intérprete sentenciador aplicó indebidamente en lo que respecta en la tipificación de los delitos - Título XI - Capítulo IV y Título XVI - Capítulo II Libro II C. P.

"e) El fallador de segunda instancia concretó una falsa apreciación, porque las pruebas demuestran el quebrantamiento de la norma que jurídicamente, realmente debió dársele aplicación.

"f) Basado en lo anterior, y de conformidad con la norma aplicada en la segunda instancia, se debió dar aplicación al art. 405 - Título XVI - Capítulo II de C. P. Es ya jurisprudencia sentada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, cuando interpreta el art. 404 del C. P., el cual se halla escrito con deficiente técnica, cuales son las circunstancias específicas para agravar la pena y circunstancias constitutivas de delito. Para una mejor ilustración incorporó textualmente lo que concierne con la pena de robo del art. 404 de la mencionada obra.

"....

"Aplicación del artículo 405

Con el fin de formalizar este recurso, recalco que el juzgador de segunda instancia debió darle aplicación al art. 405, el cual fue violado manifiestamente, pues los antisociales ejecutaron violencias, amenazas, colocando a las personas en inminente peligro.

"De la lectura y hermenéutica de dicho art. se llega a la conclusión de que hubo interpretación equívoca de la norma aplicada, y se ha-

ce necesario, en defensa de la ley, por incongruencia entre la norma y la sentencia, una justa reparación, por manifiesto quebranto de esta contra aquella".

Y concluye el actor pidiendo que, de conformidad con el Decr. 528 de 1964, se infirme el fallo acusado, "por indebida aplicación del art. 404", y "como consecuencia de todo lo anterior se dé vida jurídica al art. 405 del C. P.".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado Penal en la contestación de la demanda, después de breve alusión a los hechos y a la actuación judicial realizada, expresa que el escrito de impugnación del fallo "ni siquiera cumple los requisitos señalados en el art. 63 del Decr. 528 de 1964, pues no cita causal de casación alguna sino que apenas afirma que se ha violado la ley por aplicación indebida, afirmación que hace el apoderado del recurrente sin ofrecer ningún razonamiento para fundamentar ese planteamiento". Y añade:

"El art. 63 Decr. 528 de 1964 prescribe que en la demanda de casación se deben indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal invocada y en el presente caso brillan por su ausencia. El actor se limitó a sostener, ya que ni siquiera citó la causal primera del art. 56 del Decr. 528 de 1964, que el sentenciador ha debido aplicar el art. 405 del C. P. y no el 404, pero no consignó ninguna razón jurídica en apoyo de su afirmación y prefirió más bien transcribir en su integridad la última norma citada pero sin agregar comentario alguno al respecto.

"En consecuencia, se considera que por sustracción de materia no hay qué comentar y menos qué replicar del aludido libelo".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) La demanda de casación, a tenor del art. 63 del Decr. 528 de 1964, como lo recuerda la Procuraduría Delegada, "debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas".

b) Conforme a la disposición citada, el recurrente en casación tiene la obligación de plantear los motivos de impugnación de las sentencias sobre razonamientos jurídicos dirigidos a demostrar, mediante el examen comparativo del fallo con la ley, que esta ha sido violada y el concepto de la violación.

c) Las especiales exigencias de forma y de fondo a que está sometida toda demanda de casación encuentran su razón de ser en la característica de este recurso extraordinario, que solo faculta a la Corte para el estudio limitado a los asuntos claramente propuestos por el actor, por no ser la casación una nueva instancia que permita la libre revisión del proceso.

d) La demanda aquí presentada, admitida por el aspecto externo, no contiene los elementos sustanciales para el análisis que es propio de la casación, pues su autor no precisa el motivo de ataque a la providencia recurrida ni sus fundamentos, como que se limita a manifestar que aduce la "causal primera" de casación, sin expresar siquiera la disposición legal que la contempla, y a afirmar que el tribunal sentenciador quebrantó la ley sustantiva al darle aplicación al art. 404 del C. P., cuando ha debido aplicar el art. 405 ibídem, sin decir si la pretendida violación de la ley penal fue directa o indirecta ni las razones jurídicas que pudieran apoyar su caprichosa aseveración.

e) Las imperfecciones anotadas respecto del libelo de demanda impiden a la Corte el estudio a fondo acerca de si la ley ha sido o no bien aplicada en este caso por el tribunal de última instancia, pues el demandante no ha presentado la correcta fundamentación del recurso en los motivos establecidos en la ley y en la forma que es exigida, como presupuesto inexcusable, para el examen crítico de la sentencia, por todo lo cual aquel tiene que ser desechado.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el concepto del Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por los procesados Pablo Emilio Sánchez y John Fernando Rodríguez contra la sentencia de 3 de febrero del presente año, proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Villavicencio y de la cual se ha hecho mérito en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. 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.

TECNICA DE CASACION

Cuando la censura procede en base en el error de derecho, no basta con señalar la norma sobre pruebas que se considere infringida, sino que ha de demostrarse el error, y la norma sustancial violada, como consecuencia del error.

Cuando la censura se propone sobre la base del *error de derecho* en la apreciación probatoria, como aquí sucede, figura que no debe ni puede confundirse con el *error juris in iudicando* (infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea), no basta señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida —según se ha limitado a hacerlo el actor en este caso— sino demostrar el error mismo, exponiendo las razones que se tienen para afirmar que el sentenciador le negó a un determinado medio probatorio el valor que la ley le asigna, o le atribuyó uno que esta no le otorga. Y luego, partiendo de ese ineludible soporte inicial, habrá de pasarse a la demostración de que fue quebrantado el derecho sustancial. Si así no se procede, como acontece en la tacha analizada, la acusación queda trunca y es, en consecuencia, ineficaz.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: noviembre 14/69. - Acta No. 46).

VISTOS

Cumplido el trámite de rigor legal, se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Jesús Darío Vélez Flórez* contra la sentencia de fecha 10 de febrero de 1969, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmando en lo esencial la de primer grado, lo condenó a la pena principal de setenta y tres meses de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo.

I

ANTECEDENTES

a) Ciñéndose a los elementos de convicción obrantes en el informativo, el fallo acusado resume en los siguientes términos los hechos debatidos en el juicio:

"Gaspar Emilio Velásquez es chofer de un taxi. En la noche del once de marzo (de 1968, aclara la Corte) dos sujetos le solicitaron que los llevara al barrio Cristo Rey, y cuando iba a la altura de Acerías Medellín, los desconocidos le hicieron detener la marcha y, sometiéndolo a la impotencia y amenazándolo con un arma, lo privaron de las llaves del carro, de un reloj de pulso y de la suma de catorce pesos. Acto seguido intentaron meterlo a la maleta del vehículo, pues dizque necesitaban este para un 'trabajo', y cuando procedían a ello pasó por allí una patrulla de policía y, dándose cuenta de que algo ilícito se estaba consumando, determinaron aprehender a los sujetos pero estos emprendieron la fuga. Una hora después fue aprehendido Jesús Darío Vélez Flórez, quien se hallaba escondido en uno de los tejares del contorno, y en su poder hallaron las llaves del vehículo que manejaba Gaspar Emilio Velásquez, una navaja y la suma de catorce pesos".

b) La investigación fue adelantada por el Juzgado Sexto Penal de Medellín, Despacho que calificó el mérito de la misma en providencia del 28 de agosto de 1968, mediante la cual llamó a responder en juicio a Jesús Darío Vélez Flórez, "como sindicado del delito de 'Robo' de que trata el Libro II, Título XVI, Capítulo 2o. del C. P.", resolución que el Tribunal Superior de aquella ciudad confirmó, con alguna modificación, en la suya del 21 de octubre del mismo año. (fls. 46 a 51 y 57 a 62, cdno. No. 1).

c) Agotado el trámite propio de la causa, el Juez del conocimiento condenó a Vélez Flórez,

en sentencia del 26 de noviembre de 1968, a la pena principal de "setenta y tres meses de presidio", más las accesorias correspondientes, por el delito de robo que se le imputó en el auto de proceder, fallo que el Tribunal Superior de Medellín, acorde con el respectivo representante del Ministerio Público, confirmó en el que ahora es materia del recurso de casación, "con la reforma de que la pérdida de la patria potestad no es durante el término de la condena, sino permanente". (fls. 67 a 73 y 77 a 81, cdno. 1o.).

II

LA DEMANDA

Impugno la sentencia materia del recurso —dice el apoderado especial del recurrente— "con base en el art. 56 del Decr.-Ley 528 de 1964, ord. 1o., por violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de esta, o sea haberse incurrido en error de derecho en ella". Y con el ánimo de concretar su pensamiento sobre el particular, agrega de manera textual:

"Consiste la violación en que se les dio a las probanzas allegadas al proceso un valor que no le atribuye la ley y, por tanto, se llegó a la conclusión errada, con error de derecho de que no se cumplieron los requisitos exigidos por el art. 203 del C. P. P., para fundamentar una sentencia condenatoria, con lo cual se violó esta disposición así como las referentes a la confesión (art. 255 del C. P. P.), y las de los arts. 204, 205, 206 y 207 respectivamente, pues si es cierto que dentro del expediente aparecen algunas pruebas testimoniales, en indicios, estas son incompletas y, de consiguiente, no suficientes para fundamentar condena en contra del acusado, quien debió ser amparado por la disposición del art. 204 del C. P. P., pues del acervo probatorio surgen grandes dudas sobre su responsabilidad, las que, por no ser eliminadas, han debido resolverse en su favor y decretar su absolución".

Prosigue el actor haciendo algunas referencias críticas a las pruebas apreciadas por el sentenciador de segundo grado y, finalmente, a manera de segundo cargo contra la sentencia acusada, expresa:

"Además en el fallo recurrido se incurrió en violación de la ley sustancial por 'aplicación indebida' pues no se cumplió o más bien no se aplicó la norma a una situación no regulada por ella. (Sic) De acuerdo con el proceso, se trata de una coparticipación, en la que varias personas toman parte en la ejecución de un hecho, caso en el cual la aplicación de la pena debe acomodarse a la que disponen los arts. 20, 21 y 22 y me remito al art. 19 del C. P. respectivamente, se violaron estas disposiciones ya que la pena no se podía aplicar autónomamente como si se tratara de un hecho singular, es decir, al que hubiera concurrido una sola persona, sino como un hecho de coparticipación".

Concluye la demanda pidiendo la infirmación del fallo, "para que a su vez se absuelva al procesado".

III

EL MINISTERIO PUBLICO

Después de referirse a los hechos que originaron el proceso y de resumir las tachas propuestas por el impugnador, la Procuraduría Primera Delegada muestra las ostensibles deficiencias técnicas del libelo, cerrando el capítulo en que se responden los cargos con el siguiente concepto:

"La conducta de Jesús Darío Vélez Flórez, plenamente demostrada en el proceso, lo coloca ineludiblemente bajo las normas que definen y sancionan el punible de imputación, porque él con su actuar hizo ver la participación 'en la ejecución del hecho' con identidad de intención con su compañero para que mediante la realización de actos de que fue víctima el denunciante obtener un mismo resultado criminoso".

Y en armonía con ese criterio, solicita de la Sala que declare sin fundamento los reparos formulados y ordene devolver el expediente al Tribunal de origen.

IV

LA CORTE CONSIDERA

1. Cuando de la causal primera de casación se trata, el demandante está obligado a fijar con exactitud el sentido en que —según él— ha sido infringida la ley sustancial por el sentenciador: Si de manera directa, vale decir, sin que la violación tenga su fuente en yerro alguno de hecho o de derecho en la estimación de las pruebas, o si el quebranto se produjo por vía indirecta, a causa de alguna de estas dos categorías de error.

2. La demanda carece de claridad sobre el particular, como puede comprobarse con la lec-

tura de su texto, pero realizando un esfuerzo interpretativo, es posible concluir que el primer cargo se trata de construir dentro de la órbita del segundo apartado de la causal 1a., ya que no obstante iniciar su planteamiento con la afirmación de que la sentencia acusada es "violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de esta" (tercera hipótesis de violación *directa)*, en seguida expresa que la violación consiste "en que se les dio a las probanzas allegadas al proceso un valor que no les atribuye la ley..." (primer supuesto de infracción *indirecta)*. Por lo demás, las referencias a los medios de prueba, hechas por el actor en desarrollo del anterior aserto, así lo confirma.

3. Ahora bien: cuando la censura se propone sobre la base del *error de derecho* en la apreciación probatoria, como aquí sucede, figura que no debe ni puede confundirse con el *error juris in iudicando* (infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea), no basta señalar la norma de la ley de pruebas que se supone infringida —según se ha limitado a hacerlo el actor en este caso— sino demostrar el error mismo, exponiendo las razones que se tienen para afirmar que el sentenciador le negó a un determinado medio probatorio el valor que la ley le asigna, o le atribuyó uno que esta no le otorga. Y luego, partiendo de ese ineludible soporte inicial, habrá de pasarse a la demostración de que fue quebrantado el derecho sustancial. Si así no se procede, como acontece en la tacha analizada, la acusación queda trunca y es, en consecuencia, ineficaz.

4. En cuanto al segundo cargo, consistente conforme al actor, en que se aplicó indebidamente la ley sustancial, sin ocuparse de demostrarlo, importa, sin embargo, observar: A través del reparo atrás estudiado el actor rechaza los hechos, tal como los estimaron probados los juzgadores en las instancias, precisamente porque considera que los medios probatorios obrantes en el proceso no son idóneos para comprobar la participación de Vélez Flórez en los hechos por los cuales fue llamado a juicio y luego condenado, y en este segundo cargo, olvidando lo anterior, se afirma radicalmente lo contrario, diciendo que "de acuerdo con el proceso, se trata de una coparticipación". Y como en el intento de sustentar la tacha no se aduce nada distinto de la contradicción anotada, es apenas obvio que ella no prospere.

V

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado *Jesús Darío Vélez Flórez* contra la sentencia fechada el diez (10) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó a la pena principal de setenta y tres (73) meses de presidio, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase 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.

PRUEBA TRASLADADA

Requisitos que debe reunir. Cuando se trata de testimonios los declarantes deben rendir uno nuevo o al menos ratificarse en el dado anteriormente en otro proceso. Los documentos, para darles el valor de plena prueba, deben obrar auténticos y ser reconocidos en su contenido y firma por quien los suscribió. La confesión debe ser dada ante el funcionario competente, en forma espontánea y que se trate de un hecho verosímil, para que pueda tenerse como plena prueba, siendo además indispensable que aparezca comprobado el cuerpo del delito.

1. "Para que un medio probatorio sea admisible y pueda ser valorado para formar la convicción del juez, debe ser incorporado legalmente a los autos, esto es, tiene que obrar en el expediente legalmente producido. Para la legitimidad del medio de pruebas es indispensable que se haya practicado por disposición del funcionario instructor o del juez, dentro de los términos legales, con las formalidades prescritas por la ley y con las debidas garantías para su contradicción". (Mesa Velásquez, Derecho Procesal, Penal, Tomo I, pág. 265).

"Todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el juez", dice el art. 178 del C. de P. P. Y agrega el art. 209 de la misma obra que las partes están facultadas para intervenir en la práctica de todas las pruebas, durante el sumario y durante el juicio, para lo cual se las "citará oportunamente, si fuere posible, antes de la práctica de la respectiva prueba". De igual manera "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del juez o funcionario instructor, ya de oficio, ya a petición del procesado, o del Agente del Ministerio Público, o de la parte civil". (art. 207 del C. de P. P.).

De acuerdo con lo dicho, las copias que dieron base a esta investigación, fueron los medios por los cuales el funcionario de instrucción competente llegó al conocimiento de un hecho, que podría dar nacimiento a una infracción de la ley penal. Pero ellas, en sí consideradas, no son la prueba del cuerpo del delito de falso testimonio, ni de la responsabilidad en que hubiera incurrido Francisco Montoya. Y así, la declaración de este, en un proceso en que no estaba comprometido, y el testimonio de María Ramírez, requerían para su incorporación legal a esta investigación que hubieran sido recepcionadas nuevamente o que se hubieran ratificado por orden del juez competente y dentro de las previsiones de los arts. 235 y 241 del estatuto procesal.

2. La carta de que se habla aparece en copia dentro de las que dieron lugar a esta investigación. Tal documento fue desconocido en este proceso. Siendo él uno de los medios que se tendrían en cuenta para la demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal del sindicado, debió venir original a los autos, por mandato del juez, para que, en la indagatoria, se pusiera de presente al indagado, con el fin de que lo reconociera en su firma y en su contenido. No de otra suerte se habría llegado a afirmar su autenticidad.

"Los documentos que pueden servir para demostrar la materialidad del delito o para incriminar o exculpar a una persona se allegan al expediente por presentación o entrega que de ellos hagan las partes o terceros, o mediante secuestro ordenado por el funcionario competente". (Mesa Velásquez, o. cit. p. 317)

Y con relación a su valor, enseña el mismo autor: "Tratándose de documentos privados, si el escrito emana del procesado y este lo ha reconocido judicialmente, aceptando como ciertos su contenido y la firma, el reconocimiento se asemeja a la confesión judicial para los efectos probatorios, lo que significa que el contenido del documento se presume verídico hasta que se demuestre lo contrario". Pero en el caso a estudio no se trajo el mentado documento, por lo cual no fue posible su reconocimiento. Fuera de que él se dice referido a lo que Montoya supo por

manifestaciones de la Ramírez, en la visita de cárcel.

No demostrada la autenticidad de la carta en mención, "mal puede considerarse como una confesión porque, en definitiva, en dichos documentos apenas se vertió lo que el acusado dijo haber escuchado de labios de la testigo.

3. De acuerdo con el art. 255 del C. de P. P. "la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

De donde se desprende que para que una confesión se estime verídica, es necesario que se haya demostrado por otros medios el cuerpo del delito, que es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión), con una definición de la ley penal, o bien, la concordancia del acto del hombre con la definición que la ley penal da de un determinado delito. En segundo término, que sea ella libre y espontánea, esto es, que de parte del declarante exista el *animus confitendi*, o sea, la intención más o menos perfecta de aceptar el hecho que lo perjudica. Y por último, que se haga ante el juez o funcionario de instrucción y su secretario, con las formalidades que para ello exija la ley procesal.

El hecho confesado, de otra parte, debe ser verosímil, esto es, debe corresponder a un hecho real u objetivo. El reconocimiento de este ha de ser expreso y detallado, de suerte que no quede duda alguna sobre la aceptación por parte del confesante de la situación perjudicial, es decir, que de él se desprenda a primera vista, una determinada conclusión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo).

(Aprobación: noviembre 21/69. - Acta No. 46).

VISTOS

El Fiscal del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Andes recurrió en casación contra la sentencia dictada por aquella Corporación, el 25 de marzo del año en curso, en la cual condenó a Francisco Montoya, por el delito "Del falso testimonio" a la pena de dos (2) años y ocho (8) meses de presidio y sanciones accesorias correspondientes, confirmando así la providencia de 16 de noviembre de 1968, del Juez Penal Municipal de Concordia (A.).

El Fiscal 2o. del Tribunal Superior de Medellín presentó la correspondiente demanda de casación, para sustentar el recurso interpuesto. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, dentro del traslado, acepta las consideraciones de dicho funcionario "en cuanto se refieren a las pruebas pero modificado su planteamiento en cuanto al motivo de casación que, a juicio de esta Procuraduría Delegada, se trata *más* bien de la violación indirecta de la ley sustantiva". Terminado el trámite legal, es el momento de decidir.

ANTECEDENTES

En el Juzgado Municipal de Concordia (A.) se adelantó, por los trámites del Decr. 1699 de 1964, un proceso contra Marco Emilio Gómez Londoño (A. "Milo".), Libardo Muñoz Martínez (A. "Correo"), Orlando Gómez Montoya y Jairo Agudelo, a quienes fue decomisada una papeleta de marihuana, en el barrio de tolerancia de aquella población.

Dentro de las diligencias investigativas correspondientes rindió declaración Francisco Montoya, el que se encontraba detenido en el mismo lugar en donde lo fueron los sindicados de conducta antisocial. En su deponencia manifestó Montoya que María Ramírez, quien estuvo a visitarlo en la Cárcel, le había hecho saber que a dos hijas suyas también quisieron complicarlas en el proceso por uso de marihuana, pero los agentes de policía las dejaron en libertad, porque les habían dado alguna suma de dinero.

Como la Ramírez contradijera la manifestación de Montoya, el Juez Municipal Penal de Concordia, en vista de un informe de su Secretario, ordenó abrir esta investigación, y tomar copia de la declaración de Montoya, de la rendida por María Ramírez y de un careo entre estos. Se recibió indagatoria al procesado y se trajo el testimonio de Epitacio Romero sobre conducta del incriminado.

Con base en lo anterior, se produjo el auto de proceder de 23 de julio de 1968, confirmado por el Tribunal Superior de Andes. Vino luego la sentencia de primer grado, de 16 de noviem-

bre de 1968, y la de segunda instancia, de 25 de marzo del año en curso, contra la cual se interpuso el recurso de casación.

DEMANDA Y RESPUESTA DE LA CORTE

La demanda del Fiscal 2o. del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en un extenso alegato, en el cual se invoca la causal primera de casación para demandar la invalidación del fallo proferido por el Tribunal Superior de Andes.

Al sustentarla, el funcionario sufrió notoria confusión, ya que pretendió demostrar que se había incurrido en violación de la ley sustantiva, por infracción directa con el examen de las pruebas que fueron incorrectamente apreciadas, a su parecer, por el juzgador de instancia.

Tal equivocación fue enmendada por el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en la ampliación de la demanda, pues este afirma, en cambio, la violación indirecta de la ley sustancial, por haber incurrido el Tribunal Superior de Andes, en error de derecho en la apreciación de las pruebas, error que, en la misma forma, lo llevó a aplicar indebidamente una disposición de la ley sustancial.

Examinados los elementos de juicio que sirvieron al Tribunal para condenar a Francisco Montoya, por el delito "Del falso testimonio", que se le imputó, concluye el Procurador que debe invalidarse el fallo acusado y, en su lugar, absolver al sindicado por el cargo que se le dedujo en el auto de proceder y en las sentencias de primero y de segundo grado.

Los cargos contra la sentencia son estos:

1. Se incurrió en error de derecho en la apreciación de la declaración de María Ramírez y de la diligencia de careo de la misma con Francisco Montoya, en el proceso penal contra Marco Emilio Gómez, Libardo Muñoz y Jairo Agudelo, por los siguientes motivos:

a) Porque tales pruebas no fueron trasladadas en forma legal a este proceso, no fueron ratificadas y sólo sirvieron como base para la iniciación de esta investigación:

b) Porque, en su examen, no se hizo ninguna crítica, a pesar de saberse que María Ramírez era la madre de las dos mujeres que podrían aparecer comprometidas por la declaración de Montoya;

c) Porque al dicho de la Ramírez se dio valor pleno, a pesar de no estar confirmado por otras pruebas y sí, en cambio, contradicho por la declaración del sindicado.

Se infringieron, por tanto, los arts. 235, 241 y 224 del C. de P. P., ya que, en cada proceso, los testigos deben ser interrogados personalmente por el funcionario de instrucción o el juez ante su secretario, se ha de dar oportunidad a las partes para preguntar y contrainterrogar y, por último, el juez está en la obligación de apreciar razonadamente la credibilidad del deponente, de acuerdo con las reglas que norman la crítica del testimonio.

Respuesta

"Para que un medio probatorio sea admisible y pueda ser valorado para formar la convicción del juez, debe ser incorporado legalmente a los autos, esto es, tiene que obrar en el expediente legalmente producido. Para la legitimidad del medio de prueba es indispensable que se haya practicado por disposición del funcionario instructor o del juez, dentro de los términos legales, con las formalidades prescritas por la ley y con las debidas garantías para su contradicción". (Mesa Velásquez, Derecho Procesal Penal, T. I, pág. 265).

"Todo acto procesal debe cumplirse dentro del término fijado por la ley o por el juez", dice el art. 178 del C. de P. P. Y agrega el art. 209 de la misma obra que las partes están facultadas para intervenir en la práctica de todas las pruebas, durante el sumario y durante el juicio, para lo cual se las "citará oportunamente, si fuere posible, antes de la práctica de la respectiva prueba". De igual manera "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del juez o funcionario instructor, ya de oficio, ya a petición del procesado, o del Agente del Ministerio Público, o de la parte civil". (art. 207 del C. de P. P.).

De acuerdo con lo dicho, las copias que dieron base a esta investigación, fueron los medios por los cuales el funcionario de instrucción competente llegó al conocimiento de un hecho, que podría dar nacimiento a una infracción de la ley penal. Pero ellas, en sí consideradas, no son la prueba del cuerpo del delito de falso testimonio, ni de la responsabilidad en que hubiera incurrido Francisco Montoya. Y así, la declaración de este, en un proceso en que no estaba comprometido, y el testimonio de María Ramírez, requerían para su incorporación legal a esta investigación, que hubieran sido recepcio-

nadas nuevamente o que se hubieran ratificado por orden del juez competente y dentro de las previsiones de los arts. 235 y 241 del estatuto procesal.

De otra parte, como lo anota el Procurador Delegado, el dicho de María Ramírez no fue apreciado dentro de una rigurosa crítica del testimonio, para deducir su credibilidad, porque de haberlo sido, se habría llegado a la conclusión de su notoria falta de imparcialidad, al considerar que ella era madre de las dos muchachas posiblemente comprometidas en el comercio de marihuana.

Y por último, no podía darse valor de plena prueba a semejante testimonio, por encontrarse en palmaria contradicción con el de Francisco Montoya, y la duda que tal situación creaba, no era vencible, ya que, al proceso no se trajo elemento probatorio distinto, que indicara cuál de los deponentes había dicho la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

Es, pues, evidente que se incurrió en error de derecho al apreciar un testimonio rendido en investigación distinta, no incorporado legalmente a los autos, como que no se recibió, ni se ratificó en ellos, y porque, además, se reconoció a él valor de plena prueba, sin dar la oportunidad para su contradicción, sin someterlo a una crítica racional y razonada.

2. Se incurrió igualmente en error de derecho, anota el Procurador, al darse "pleno valor probatorio a una carta atribuida al acusado Francisco Montoya dirigida a María Ramírez, en la cual dice haber imputado a unos agentes de policía hechos contrarios a la verdad, consistentes en recibir dinero para no comprometer a la destinataria y a su hermana en la investigación penal por tráfico de marihuana a que antes se ha hecho alusión", con lo cual se violaron los arts. 207, 252, 253 y 254 del C. de P. P.

Respuesta

La carta de que se habla aparece en copia dentro de las que dieron lugar a esta investigación. Tal documento fue desconocido en este proceso. Siendo él uno de los medios que se tendrían en cuenta para la demostración del cuerpo del delito y de la responsabilidad penal del sindicado, debió venir original a los autos, por mandato del juez, para que, en la indagatoria, se pusiera de presente al indagado, con el fin de que lo reconociera en su firma y en su contenido. No de otra suerte se habría llegado a afirmar su autenticidad.

"Los documentos que pueden servir para demostrar la materialidad del delito o para incriminar o exculpar a una persona se allegan al expediente por presentación o entrega que de ellos hagan las partes o terceros, o mediante secuestro ordenado por el funcionario competente". (Mesa Velásquez, O. C. pág. 317).

Y con relación a su valor, enseña el mismo autor: "Tratándose de documentos privados, si el escrito emana del procesado y este lo ha reconocido judicialmente, aceptando como ciertos su contenido y la firma, el reconocimiento se asemeja a la confesión judicial para los efectos probatorios, lo que significa que el contenido del documento se presume verídico hasta que se demuestre lo contrario". Pero en el caso a estudio no se trajo el mentado documento, por lo cual no fue posible su reconocimiento. Fuera de que él se dice referido a lo que Montoya supo por manifestaciones de la Ramírez, en la visita de cárcel.

No demostrada la autenticidad de la carta en mención, "mal puede considerarse como una confesión porque, en definitiva, en dichos documentos apenas se vertió lo que el acusado dijo haber escuchado de labios de la testigo María Ramírez".

Si al apreciar como prueba de pleno valor el desconocido documento, se desatendió lo dispuesto por los arts. 252, 253 y 254 del C. de P. P., se incurrió en evidente error de derecho, el que trajo como consecuencia la indebida aplicación de la ley sustancial.

3. Sostiene, finalmente, el Procurador Delegado que se incurrió en error de derecho al dar valor de confesión a la indagatoria de Francisco Montoya, porque de su lectura atenta no se desprende, en realidad, que el indagado hubiera aceptado un hecho que notoriamente lo venía a perjudiciar. Se violó así lo dispuesto por el art. 255 del C. de P. P. y, como resultado de ello, se aplicó indebidamente la ley sustancial, esto es, el art. 191 del C. P.

Respuesta

De acuerdo con el art. 255 del C. de P. P. "la confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario,

siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito".

De donde se desprende que para que una confesión se estime verídica, es necesario que se haya demostrado por otros medios el cuerpo del delito, que es la coincidencia de un hecho, de un acto humano (acción u omisión), con una definición de la ley penal, o bien, la concordancia del acto del hombre con la definición que la ley penal da de un determinado delito. En segundo término, que sea ella libre y espontánea, esto es, que de parte del declarante exista el *animus confitendi*, o sea, la intención más o menos perfecta de aceptar el hecho que lo perjudica. Y por último, que se haga ante el juez o funcionario de instrucción y su secretario, con las formalidades que para ello exija la ley procesal.

El hecho confesado, de otra parte, debe ser verosímil, esto es, debe corresponder a un hecho real u objetivo. El reconocimiento de este ha de ser expreso y detallado, de suerte que no quede duda alguna sobre la aceptación por parte del confesante de la situación perjudicial es decir, que de él se desprenda a primera vista, una determinada conclusión.

Ya se dijo que la declaración de María Ramírez había sido incorrectamente apreciada, en su contenido y en el valor probatorio de la misma, como que aquella no fue trasladada legalmente a este proceso y como que provenía de persona notoriamente interesada en alcanzar un resultado concreto, como era el de liberar a sus hijas de una posible sindicación. Se indicó, de igual manera, que la carta atribuida a Francisco Montoya, no había sido aportada a este debate, de donde el valor que a ella diera el Tribunal no correspondía a una realidad probatoria, pues no fue reconocida por el sindicado, pero ni siquiera se le puso de presente, al ser indagatoriado, como lo ordena el art. 352 del C. de P. P. Es decir, tales elementos, tenidos en cuenta para demostrar la materialidad del delito, fueron erróneamente apreciados por el fallador de instancia.

No hubo por parte del indagado el *animus confitendi*, ya que, en su indagatoria, se limitó a anotar o repetir lo que había dicho en la declaración que ha sido tachada de falsa, a saber: que no lee ni escribe y apenas firma; que conoció, en la cárcel de Concordia, a los sindicados de tráfico de marihuana; que, en una visita, María Ramírez le contó lo que él vertió luego, en proceso contra aquellos sujetos; que existió una carta, escrita por uno de los presos, inspirada por él, en cuanto a sus sentimientos hacia Maruja Ramírez; que su declaración, posiblemente perjudicaría a los agentes de policía, que intervinieron en el procedimiento contra las personas a quienes se decomisó marihuana.

Montoya no fue testigo presencial de los hechos investigados en el sumario contra Marco Emilio Gómez, Orlando Gómez, Libardo Muñoz y Jairo Agudelo, pues se encontraba en la cárcel, pagando una condena. De ahí que no hubiera podido declarar sobre aquellos, sino sobre las referencias que le hiciera María Ramírez, cuando estuvo en la prisión, a llevarle alguna ropa. Su dicho debe tenerse como verdadero, ya que no aparece desvirtuado en forma alguna.

La verdad, en caso de testimonios, y en este preciso, especialmente, es la relación entre lo dicho por el testigo y el conocimiento que él tenga de un hecho determinado. De donde se puede afirmar la posibilidad de que la realidad no haya sido exactamente la que declaró el testigo, sin que por ello pueda tacharse de falsa su declaración, pues esta no se refirió a tal realidad, sino al conocimiento que él alcanzó de labios de otra persona. Por tanto, no se aprecia en Francisco Montoya la voluntad de faltar a la verdad y la conciencia de que su declaración era falsa y perjudicial, al menos potencialmente.

Si dentro de este proceso se hubiera adelantado alguna investigación y en ella se hubiera demostrado que Montoya, en ningún momento conversó con María Ramírez sobre lo acaecido a los traficantes de marihuana y a sus hijas, es decir, si existiera algún elemento de juicio que creara la convicción de que este hombre, en su declaración, había faltado a la verdad, con voluntad de hacerlo así y con conciencia de la falsedad en que incurrió, podría hablarse del posible delito de falso testimonio. Pero nada se hizo, ya que el instructor se limitó a recibir indagatoria al sindicado y a tomar una declaración sobre la conducta anterior del mismo y sobre su dudoso estado psicológico.

Hubo, por tanto, error de derecho en la apreciación de la indagatoria de Francisco Montoya, porque ella, en manera alguna, es expresa, detallada, inequívoca en cuanto al hecho admitido, en forma que dé campo a afirmar que el confesante incurrió en el delito de falso testimonio, porque en el que dio en proceso anterior, afirmó algo que no era verdadero, en daño de otro.

Los errores en la apreciación de las pruebas, que se dejan enunciados en los tres apartes anteriores, llevaron al Tribunal Superior de Andes a violar los arts. 203 del C. de P. P. y 191 del Código de los delitos y de las penas. No se probó plenamente la infracción —requisito exigido por el art. 203 citado— "ya que los elementos de juicio considerados en la sentencia correspondían a otro proceso penal en el cual ni siquiera figuró como acusado Francisco Montoya Vélez y las manifestaciones de este en la indagatoria, no constituyen confesión". Y se aplicó indebidamente el art. 191 del C. P., "porque al no haberse logrado demostrar en el informativo plenamente el aspecto material del delito y la responsabilidad del acusado, el delito de falso testimonio no tuvo existencia".

Está, por consiguiente, demostrada la causal 1a. de casación, en su apartado segundo, ya que se violó indirectamente la ley sustancial, por haberse incurrido en notorios errores de derecho al hacer el Tribunal la apreciación de los elementos que se tuvieron como pruebas en el proceso. Ello llevará a la Corte a invalidar el fallo recurrido y a dictar, en su lugar, el que corresponda, de acuerdo con el numeral 1o. del art. 58 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 la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Andes, dictada en el proceso por falso testimonio contra Francisco Montoya Vélez, el 25 de marzo de este año. SE ABSUELVE a Francisco Montoya Vélez, por el delito de falso testimonio que se le imputó en este juicio. Dése orden de libertad incondicional del mismo.

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.

NULIDADES

La del ord. 2o. del art. 38 del Decr. 1358 de 1964, no se configura, por notificar como jurado suplente, a una persona que no fue sorteada como tal, y que no intervino en la audiencia pública por haber actuado los principales. Invalidada una actuación, así sea en forma equivocada, es necesario que se subsane el defecto anotado al anularla. Criterio para aplicar las sanciones, establecido por el art. 39 del C. P.

1. Ciertamente fue equivocada, como lo observa la Procuraduría Delegada, la Res. proferida en este proceso por el Tribunal de segunda instancia con fecha 1o. de junio de 1967, en la cual se declaró la nulidad de la actuación a partir de la designación del jurado de conciencia, como que se adoptó sobre premisa falsa, cual fue la de que en la audiencia había intervenido, como miembro del jurado, el señor Alcibíades Garzón Díaz, en lugar de Alcibíades Garzón Velandia, sorteado jurado suplente. Verdad es que las notificaciones previas a la audiencia se hicieron, por error, al citado Garzón Díaz, en vez de hacerlas al ciudado designado Garzón Velandia, pero dado que el juicio se celebró con intervención de los tres jurados principales, como se verifica con la lectura del acta que contiene el veredicto (fl. 255), esa irregularidad resultaba intrascendente y no daba cabida a la causal de nulidad prevista en el ord. 2o. del art. 38 del Decr. 1358 de 1964, disposición que debe entenderse referida a quienes en realidad hayan tomado parte en el juzgamiento del procesado como jurados, por lo cual fue indebidamente aplicada al caso de autos por dicho Tribunal.

La equivocación del Tribunal sentenciador en la apreciación del hecho que motivó de su parte la declaración de nulidad antes referida no fue, como lo estima el defensor, determinante de la condenación del procesado Urrego Rozo ni desconoció ninguno de los derechos procesales del acusado, pues el veredicto absolutorio recaído en la primera audiencia no vinculaba necesariamente la voluntad del fallador, como que los jueces de las instancias están facultados por la ley para repudiar el veredicto cuando de autos resulte que es claramente contrario a la evidencia de los hechos en ellos demostrados (arts. 537 y 554 del C. de P. P.). Cabe aquí recordar que el veredicto emitido en la segunda audiencia, en reposición de la anteriormente anulada, también fue absolutorio para el inculpado, y sin embargo el Tribunal lo desechó y ordenó se convocara nuevo jurado, haciendo uso discrecional de la potestad que consagra el art. 554 del estatuto procesal. En igual forma pudo proceder el juzgador de última instancia, y es de presumir que así lo habría hecho, con respecto al veredicto que quedó comprendido en la actuación que invalidó, de no haber mediado la mencionada declaración de nulidad.

2. Invalidada en las instancias una determinada actuación procesal, por Res. judicial ejecutoriada, como ocurrió en el presente juicio, quedan obviamente sin ningún valor los actos anulados y el procedimiento a seguir no puede ser otro, aunque la providencia no haya sido conforme con los hechos o con el derecho, que el de reponer el proceso para que se subsane el defecto anotado, como lo prescribe el art. 200 del C. de P. P., a fin de que con observancia de la nueva actuación se decida el asunto.

3. No es exacta la interpretación que el recurrente hace del art. 39 del C. P., en el sentido de que esta disposición "manda imponer la sanción mínima cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad". Lo que ese art. establece es que "sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosdidad". En otras palabras, que si concurre en un caso dado siquiera una circunstancia de menor peligrosidad no puede el juez imponer el máximo de la sanción respectiva, aunque aparezcan varias circunstancias de mayor peligrosidad; y que si milita siquiera una circunstancia de mayor peligrosidad, no se

puede aplicar el mínimo de la pena, aunque concurran circunstancias de menor peligrosidad.

Conforme al art. 39 del C. P., en armonía con el art. 36 ibidem, cuando al graduar la sanción dentro de los límites señalados en la disposición sancionadora correspondiente, encuentre el juez que obran en el proceso y con respecto al agente de la infracción circunstancias de menor peligrosidad de las contempladas en el art. 38, y también circunstancias de mayor peligrosidad de las previstas en el art. 37, debe hacer la dosificación aumentado discrecionalmente el mínimo, pero sin llegar al máximo de la sanción. Y eso fue justamente lo que hizo en esta causa el Tribunal de instancia en la sentencia impugnada. En el fallo se tiene como comprobada la circunstancias de menor peligrosidad del ord. 1o. del art. 38 y las circunstancias de mayor peligrosidad señaladas en los ords. 4o. y 6o. del art. 37 del C. P., y se individualizó la pena principal en cinco años de presidio, comprendidos entre treinta y dos meses y siete años contemplados para el homicidio voluntario cometido en estado de ira por provocación grave e injusta de la víctima, conforme a lo dispuesto en los arts. 28 y 362 de aquel estatuto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez).

(Aprobación: Acta No. 46).

VISTOS

Agotada la tramitación legal correspondiente, procede la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Samuel Urrego Rozo, sustentado por el mismo profesional con poder especial para ello, contra la sentencia de segunda instancia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá, mediante la cual fue condenado el procesado Urrego Rozo a la pena principal de cinco años de presidio y a las sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de su cuñado Juan Alberto Tovar.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL

El hecho delictuoso lo plasma el fallo acusado con sujeción a los elementos probatorios de la siguiente manera:

"Este, en efecto, sucedió, durante las primeras horas de la noche del 3 de noviembre de 1964, en la fracción de San Pedro del municipio de Ubalá, comprendido judicialmente en este Distrito, cuando Tovar que por cuestiones de herencia mantenía viejos odios familiares con Urrego, subió por el camino veredal, después de desenyugar los bueyes con los que había estado labrando su tierra todo el día, y en determinado lugar del trayecto, colindante con la finca de su cuñado, se puso a provocarlo y a desafiarlo en alta voz, provisto de su machete de labor que hacía contra el suelo sonar, como era su costumbre todas las veces que por exceso del guarapo consumido durante la jornada se emborrachaba y perdía el juicio, lo que dio lugar esa vez a que, al salir Samuel hasta allá, acompañado de su sirviente, el oligofrénico Marco Antonio Bejarano y dos de sus hijas, a aceptarle el desafío, le diera muerte de varios golpes que le propinó en la cabeza con un palo que le pasó una de ellas, lo que hizo una vez que lo derribó de una certera pedrada en la cara, procediendo en seguida Bejarano a pegarle uno o varios peinillazos también en la cabeza, con ánimo de rematarlo sin reparar que Tovar estaba ya muerto. Con ayuda del serviente, Samuel lo trasladó luego hasta el corredor de su casa y mandó llamar al comisario Salatiel Contreras a quien se lo mostró y, según consta a fl. 49, le dijo que "él lo había matado y que él lo pagaba".

Concluida la investigación, el Juzgado Cuarto Superior de Bogotá llamó a responder en juicio con intervención de jurado al incriminado Urrego Rozo por el delito de homicidio, especificado como simplemente voluntario o común, por auto de julio 2 de 1965.

En virtud de la denominada reforma judicial de 1964 el proceso pasó a conocimiento del Juez Superior de Gachetá. Este, en proveído de octubre 20 de 1965, negó la reposición del auto de proceder, solicitada por el defensor, y concedió para ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial el recurso de apelación, que se decidió por esta Corporación en auto de enero 19 de 1966 confirmando la providencia recurrida.

El 18 de noviembre del año últimamente citado se celebró audiencia pública, y con fun-

damento en el veredicto denegatorio de la responsabilidad del acusado, el juzgado del conocimiento dictó el 19 de enero siguiente sentencia absolviendo al inculpado Rozo.

El fallo fue consultado con el Tribunal Superior del lugar y este, en proveído de 1o. de junio de 1967, declaró la nulidad de lo actuado, a partir del auto que ordenó tener como jurados a quienes habían sido sorteados como tales, y dispuso reponer la actuación, con invocación de la causal 2a. del art. 38 del Decr. 1358 de 1964, porque se había citado para el juicio como jurado suplente, al señor Alcibíades Garzón Díaz, en lugar de Alcibíades Garzón Velandia, quien fue en realidad el sorteado de la lista correspondiente.

Esa providencia del Tribunal fue consentida por las partes, supuesto que no se interpuso contra ella el único recurso de que era posible, o sea el de reposición, y en acatamiento a lo resuelto en ella se celebró nueva audiencia, con jurado distinto, el día 1o. de septiembre de 1967. También en esta ocasión el jurado negó la responsabilidad del acusado Urrego, y acogiendo el veredicto el juzgado de la instancia profirió fallo absolutorio el 10 de noviembre del mismo año.

Al estudiar esa sentencia, por motivo de consulta, el Tribunal de Gachetá encontró que el veredicto fue contrario a la evidencia de los hechos consignados en el expediente y, haciendo uso de la facultad consagrada en el art. 554 del C. de P. P., así lo declaró y dispuso en consecuencia que se convocara nuevo jurado para el juzgamiento del procesado.

Fue así como se realizó la audiencia definitiva el 13 de febrero de 1969, en la cual el jurado afirmó la responsabilidad de Urrego Rozo, pero reconociendo en su favor la circunstancia atenuante contenida en el art. 28 del C. P.

De acuerdo con ese veredicto, el juzgador de primer grado condenó al procesado Samuel Urrego Rozo, por el homicidio de que hizo víctima a Juan Alberto Tovar, a la pena de dos años y ocho meses de presidio y a las accesorias de rigor, en sentencia de febrero 26 del presente año, fallo que el Tribunal Superior de ese Distrito modificó, al conocer de él por consulta, aumentando a cinco años de presidio la referida sanción y proporcionalmente las accesorias, en la sentencia que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El actor impugna el fallo de segunda instancia con fundamento en las causales de casación señaladas en los ords. 4o. y 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964.

En la esfera de la causal 4a., aducida como principal, sostiene el demandante que la sentencia acusada se dictó en un juicio viciado de nulidad, de rango constitucional, a la faz del art. 26 de la Carta, por inobservancia de las formas propias del proceso penal.

Para sustentar ese primer cargo, el recurrente, después de resumir los hechos que fueron materia del debate y de describir los incidentes procesales sucedidos respecto de la primera audiencia celebrada en el juicio, afirma que este acto se cumplió regularmente; que en él intervinieron como jurados los señores Enrique Prieto Díaz, Luis María Medellín y Absalón Linares, en su calidad de miembros principales, debidamente sorteados para ese efecto; que el señor Alcibíades Garzón no actuó en ese jurado, puesto que no fue necesaria la intervención de ningún suplente; que, en consecuencia, el Tribunal Superior de Gachetá incurrió en error al afirmar, en el auto de 1o. de junio de 1967 por medio del cual decretó la nulidad de la actuación, que en la audiencia pública figuró como miembro del jurado una persona no incluida en la lista correspondiente; que por esa equivocación fue necesario efectuar nueva audiencia con la presencia de un jurado diferente; y que el referido auto del Tribunal se profirió sin fundamento real ni legal, sobre una consideración falsa, como que en el jurado que por primera vez juzgó al procesado Urrego Rozo no actuó en ningún carácter Alcibiades Garzón Díaz, ni ninguno de los suplentes que habían sido elegidos. Tras esas consideraciones plantea así el defensor el motivo de casación:

"*Nulidad constitucional.*- Dispone el art. 26 de la Constitución Nacional: 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, *y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*'.

"No está dentro de las formas propias del juicio penal invalidar las actuaciones procesales mediante el empleo de mentiras y falsedades, como en este proceso se ha hecho, y por ello procede —de acuerdo con la Constitución— casar la sentencia acusada.

"El procesado tiene derecho a esperar que las sentencias y los autos expresen la verdad, con exactitud y rigor en las palabras y los conceptos. Está bien justificada su protesta cuando se llega, para perderlo, a extremos como lo que aquí, con pasmo, contemplamos.

"El presunto delincuente —enseña un tratadista colombiano de Derecho Procesal Penal— tiene derecho a que se le juzgue con sometimiento a las formas prescritas por las normas legales, con garantía de su defensa y en la medida de responsabilidad determinada previamente en la ley material .

"Nunca podrá ser admitido, ni tolerado, que para obtener la condenación de un hombre los jueces creen situaciones procesales. inexistentes, falseen la verdad y con despreocupada insolencia e incalificable afrenta para la justicia colombiana se permitan disculparse diciendo que "eso no constituye novedad en los estrados judiciales del país".

La segunda causal de casación invocada con carácter subsidiario por el demandante al amparo del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 antes citado, la plantea textualmente en estos términos:

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva en cuanto impuso al acusado una pena considerablemente mayor de la que estrictamente podría corresponderle, y que es, exactamente, la que el Juez del conocimiento le impuso en la sentencia de primera instancia, vale decir, 32 meses de presidio. Al calificarse equivocadamente la peligrosidad del procesado en la sentencia del Tribunal Superior e imponérsele una pena principal de cinco (5) años de presidio, se violó el art. 39 del C. P. que manda imponer la sanción mínima "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad".

Formulados en la forma que se deja expuesta los motivos de acusación al fallo, el mandatario del procesado concluye la demanda con las siguientes "solicitudes":

"a) *Causal cuarta.*- Siendo indebida e ilegítima la anulación de parte del proceso decretada por el Tribunal Superior de Gachetá mediante el auto del primero de junio de 1967 (fl. 301), y habiendo sido violada de ese modo la ley procedimental, debe restablecerse la validez de la actuación desechada y, en consecuencia, se debe dictar sentencia absolutoria con arreglo al veredicto proferido por el jurado de conciencia que intervino en la audiencia pública celebrada en Gachetá el 18 de noviembre de 1966, para juzgar a Samuel Urrego Rozo, acusado de homicidio en la persona de Juan Alberto Tovar.

"El juicio, hasta el auto del primero de junio de 1967, se desarrolló como lo quiere la Constitución, observando la plenitud de las formas que le son propias', y a él se debe estar. La sentencia acusada rompe toda juridicidad, atropella los procedimientos y desconoce la garantía constitucional consagrada por el art. 26 de la Carta.

"Solicito, pues, de la Honorable Corte, declarar sin valor la sentencia recurrida y disponer, en su lugar, que se dicte el fallo que corresponde en consonancia con el veredicto válido del jurado de conciencia proferido en esta causa el 18 de noviembre de 1966.

"b) *Causal primera.*- Subsidiariamente pido a la Honorable Corte, si no fuere acogida la solicitud principal, reformar la sentencia impugnada e imponer al acusado Samuel Urrego Rozo la pena mínima pertinente".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado Penal, a quien se corrió traslado de la demanda, después de referirse a los hechos del proceso y a la actuación judicial cumplida, da respuesta a los cargos que ella contiene. Acerca del primero de ellos dice:

"Es verdad que el Tribunal Superior de Gachetá incurrió en el error de afirmar que el jurado Alcibíades Garzón Díaz, designado como suplente, intervino o actuó como miembro del jurado en la audiencia pública, siendo que solo lo hicieron los principales. La Corporación citada, en interpretación exegética de la causal segunda del art. 38 mencionado, entendió que el motivo de nulidad 'figurar como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente', se refiere al solo hecho de aparecer como jurado una persona que no figura en la respectiva lista, cuando lo lógico y jurídico es relacionar el motivo de nulidad en cuestión con quien haya intervenido en la audiencia sin pertenecer a la nómina de jueces de hecho.

"De otra parte, no es dable concluir que los Magistrados del Tribunal Superior cometieron delito de falsedad, como lo pretende el recu-

rrente, sino que incurrieron en una grave equivocación, a juicio de este Despacho, la cual, en la actual situación procesal, resulta insubsanable.

"Por lo demás, el auto proferido por el Tribunal Superior de Gachetá el 1o. de junio de 1967 (fl. 301) mediante el cual se decretó la nulidad de la actuación en referencia, no motivó ningún reclamo por parte del defensor, quien actúa en el presente recurso como apoderado del acusado, ni de este ni del representante del Ministerio Público, de donde se deduce que debieron estar de acuerdo con lo allí resuelto, permitiendo la ejecutoria de la providencia. Dicho auto, en tales circunstancias, es ley del proceso y por consiguiente inmodificable en el recurso extraordinario de casación.

"En cuanto a la supuesta nulidad constitucional invocada, el actor no expresa el concepto de la violación ni se refiere, como es del caso, al menoscabo del derecho de defensa, el cual fue ejercitado a través de toda la actuación por el abogado que representa los intereses del reo en el presente recurso, con lo cual se demuestra que a este no le faltó la asistencia de un profesional del derecho, caso admitido por la jurisprudencia como violatorio del art. 26 de la Constitución Nacional. En ella se ha reiterado que las nulidades de este género no pueden entenderse como informalidades de menor categoría de las expresamente señaladas en los arts. 37 y 38 del Decr. 1358 de 1964, sino las irregularidades del más alto nivel que lesionan indudablemente garantías fundamentales del procesado o presupuestos básicos de la acción penal, todo lo cual debe ser motivo de análisis y demostración por parte del demandante.

"Por tanto, resulta infundada la pretensión de que la H. Sala de Casación Penal case la sentencia recurrida y dicte la que deba reemplazarla con base en una actuación declarada nula en las instancias, con prescindencia de un diligenciamiento válido, el cual no es motivo de reparo y, precisamente, sirve de apoyo al fallo impugnado.

"En tales condiciones, el cargo no puede prosperar".

Con relación al segundo cargo, formulado con base en la causal 1a. de casación, manifiesta el Agente del Ministerio Público:

"El actor, como surge de la síntesis precedente, enuncia apenas un reparo a la sentencia sin que se adivine si al mencionar la causal primera se refiere a la violación directa de la ley sustancial o a la indirecta e igualmente se ignora si la infracción, en el primer supuesto, se produjo por aplicación indebida o interpretación errónea, o la propia violación directa, o si más bien consideró que el sentenciador incurrió en error de derecho o en error de hecho manifiesto en la estimación de las pruebas, conforme lo establece el numeral 1o. del art. 56 de Decr. 528 de 1964 en sus dos incisos, requisitos indispensables de señalar en forma clara y precisa para solicitar la infirmación del fallo lo mismo que indicar las disposiciones sustanciales infringidas, de acuerdo con las normas contenidas en el art. 63 del Decr. en cita.

"Planteada la pretendida impugnación en los términos expresados, no hay margen para intentar la más mínima respuesta y en consecuencia debe desecharse por deficiente formulación y falta absoluta de respaldo jurídico".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I.- Ciertamente fue equivocada, como lo observa la Procuraduría Delegada, la resolución proferida en este proceso por el Tribunal de segunda instancia con fecha 1o. de junio de 1967, en la cual se declaró la nulidad de la actuación a partir de la designación del jurado de conciencia, como que se adoptó sobre premisa falsa, cual fue la de que en la audiencia había intervenido, como miembro del jurado, el señor Alcibíades Garzón Díaz, en lugar de Alcibíades Garzón Velandia, sorteado jurado suplente. Verdad es que las notificaciones previas a la audiencia se hicieron, por error, al citado Garzón Díaz, en vez de hacerlas al ciudadano designado Garzón Velandia. Pero dado que el juicio se celebró con intervención de los tres jurados principales, como se verifica con la lectura del acta que contiene el veredicto (fl. 255), esa irregularidad resultaba intrascendente y no daba cabida a la causal de nulidad prevista en el ord. 2o. del art. 38 del Decr. 1358 de 1964, disposición que debe entenderse referida a quienes en realidad hayan tomado parte en el juzgamiento del procesado como jurados, por lo cual fue indebidamente aplicada al caso de autos por dicho Tribunal. Así lo admitió esa misma Corporación en el auto de 1o. de marzo de 1968, glosado a fls. 381 y ss.

II.- El error en que incurrió en la amerita-

da providencia el juzgador de segundo grado bien pudo ser enmendado si las partes, una de las cuales representaba judicialmente el abogado autor de la demanda de casación, hubieran reclamado oportunamente, mediante la interposición del recurso de reposición, que no fue propuesto y que constituía el único remedio posible contra esa resolución judicial.

III.- Ejecutoriada como quedó tal declaración jurisdiccional se convirtió en "ley del proceso", como dice el Agente del Ministerio Publico, de forzoso cumplimiento y no revisable por ninguna vía procedimental.

IV.- La equivocación del Tribunal sentenciador en la apreciación del hecho que motivó de su parte la declaración de nulidad antes referida no fue, como lo estima el defensor, determinante de la condenación del procesado Urrego Rozo ni desconoció ninguno de los derechos procesales del acusado, pues el veredicto absolutorio recaído en la primera audiencia no vinculaba necesariamente la voluntad del fallador, como que los jueces de las instancias están facultados por la ley para repudiar el veredicto cuando de autos resulte que es claramente contrario a la evidencia de los hechos en ellos demostrados (arts. 537 y 554 del C. de P. P.). Cabe aquí recordar que el veredicto emitido en la segunda audiencia, en reposición de la anteriormente anulada, también fue absolutorio para el inculpado, y sin embargo el Tribunal lo desechó y ordenó se convocara nuevo jurado, haciendo uso discrecional de la potestad que consagra el art. 554 del estatuto procesal. En igual forma pudo proceder el juzgador de última instancia, y es de presumir que así lo habría hecho, con respecto al veredicto que quedó comprendido en la actuación que invalidó, de no haber mediado la mencionada declaración de nulidad.

V.- Invalidada en las instancias una determinada actuación procesal, por resolución judicial ejecutoriada, como ocurrió en el presente juicio, quedan obviamente sin ningún valor los actos anulados y el procedimiento a seguir no puede ser otro, aunque la providencia no haya sido conforme con los hechos o con el derecho, que el de reponer el proceso para que se subsane el defecto anotado, como lo prescribe el art. 200 del C. de P. P., a fin de que con observancia de la nueva actuación se decida el asunto, como aconteció en esta causa.

VI.- En armonía con lo antes expuesto, "resulta infundada la pretensión de que la H. Sala de Casación Penal case la sentencia recurrida y dicte la que deba reemplazarla con base en una actuación declarada nula en las instancias, con prescindencia de un diligenciamiento válido, el cual no es motivo de reparo y, precisamente, sirve de apoyo al fallo impugnado", como dice el Procurador en su atinado concepto.

Por otra parte, observa la Corte, la solicitud, del demandante propuesta en la órbita del 4o. motivo legal de casación, de que se anule la sentencia recurrida y en su lugar se dicte el fallo que corresponde en consonancia con el veredicto incluido en la actuación que fue anulada y cuya validez, en opinión del actor, debe "restablecerse", es contraria a las normaciones del recurso extraordinario de casación, pues según el art. 58, ord. 3o., del Decreto ley 528 de 1964, cuando la Corte aceptare como justificada la causal cuarta, "declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por la Corte". Vale decir, que en tal evento se invalida la actuación defectuosa y se ordena su reposición por quien corresponda.

VII.- La denominada nulidad constitucional, ideada por la jurisprudencia con fundamento en el art. 26 de la Carta, tiende a preservar los intereses particulares del procesado y los generales de la comunidad, y debe admitirse cuando en el proceso se hubieren conculcado derechos primordiales de aquel, como el de defensa, o pretermitido formas fundamentales del juicio. Mas en la presente causa todos los derechos del acusado tuvieron amplia garantía, especialemnte el de defensa, que en su aspecto formal o técnico se ejercitó por un renombrado profesional con acuciosidad y eficacia, y el fallo fue precedido de las formalidades características de este tipo de proceso, sin que se advierta en la actuación judicial ninguna omisión o irregularidad subsistente que pudiera generar casación en la forma del juicio.

Por las precedentes consideraciones, el reparo hecho a la sentencia de segundo grado, con invocación de la causal 4a. de casación, carece de todo fundamento y tiene que ser desechado.

VIII.- Respecto del segundo cargo aducido como subsidiario en la demanda al amparo de la causal primera de casación, según el cual "la sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva en cuanto impuso al acusado una pena considerablemente mayor de la que es-

trictamente podría corresponderle", porque el Tribunal Superior calificó equivocadamente la peligrosidad del procesado y le impuso al reo pena de cinco años de presidio en lugar de la mínima de treinta y dos meses que era la que le correspondía, con lo cual "se violó el art. 39 C. P. que manda imponer la sanción mínima cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad", responde la Corte:

El cargo aparece deficientemente formulado, pues no precisa el actor si la pretendida violación de la ley sustancial fue directa o indirecta, ni expresa tampoco el concepto de la misma. El demandante afirma que el Tribunal sentenciador apreció mal la peligrosidad del procesado, pero no ensaya la demostración de su aserto. Si el recurrente estima que se apreció indebidamente la prueba referente a las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas al procesado en la sentencia (las de los ords. 4o. y 6o. del art. 37 del C. P.), debió plantear la acusación al fallo como se prescribe en el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y demostrar a través del análisis probatorio que el juzgador incurrió en manifiesto error de hecho o de derecho, lo que no hizo en la demanda.

No es exacta la interpretación que el recurrente hace del art. 39 del C. P., en el sentido de que esta disposición "manda imponer la sanción mínima cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad". Lo que ese artículo establece es que "Sólo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurran únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurran únicamente de menor peligrosidad". En otras palabras, que si concurre en un caso dado siquiera una circunstancia de menor peligrosidad no puede el juez imponer el máximo de la sanción respectiva, aunque aparezcan varias circunstancias de mayor peligrosidad; y que si milita siquiera una circunstancia de mayor peligrosidad, no se puede aplicar el mínimo de la pena, aunque concurran circunstancias de menor peligrosidad.

Conforme al art. 39 del C. P., en armonía con el art. 36 ibídem, cuando al graduar la sanción dentro de los límites señalados en la disposición sancionadora correspondiente, encuentre el juez que obran en el proceso y con respecto al agente de la infracción circunstancias de menor peligrosidad de las contempladas en el art. 38, y también circunstancias de mayor peligrosidad de las previstas en el art. 37; debe hacer la dosificación aumentando discrecionalmente el mínimo, pero sin llegar al máximo de la sanción. Y eso fue justamente lo que hizo en esta causa el Tribunal de instancia en la sentencia impugnada. En el fallo se tienen como comprobadas la circunstancia de menor peligrosidad del ord. 1o. del art. 38 y las circunstancias de mayor peligrosidad señaladas en los ords. 4o. y 6o. del art. 37 del C. P., y se individualizó la pena principal en cinco años de presidio, comprendidos entre treinta y dos meses y siete años contemplados para el homicidio voluntario cometido en estado de ira por provocación grave e injusta de la víctima, conforme a lo dispuesto en los arts. 28 y 362 de aquel estatuto.

No aparece pues fundado el reparo que subsidiariamente se ha propuesto por el recurrente contra la sentencia que es materia de este recurso extraordinario, y será por tanto igualmente desechado.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Procurador Segundo Delegado Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Samuel Urrego Rozo contra la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Gachetá, de fecha 21 de mayo del presente año, mediante la cual fue condenado el procesado Urrego Rozo a la pena principal de cinco años de presidio y a las sanciones accesorias de rigor, por el delito de homicidio cometido en la persona de Juan Alberto Tovar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a quien corresponda. Publíquese.

Efrén Osejo Peña, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Luis Eduardo Mesa Valásquez, Simón Montero Torres, Antonio Moreno Mosquera, Julio Roncallo Acosta, Luis Carlos Zambrano.

J. Evencio Posada V., Secretario.

HOMICIDIO AGRAVADO

El poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, alude a la asechanza, o a la alevosía, o la insidia, o al empleo de venenos para quitarle la vida a la víctima, o a cualquier otra circunstancia semejante. La segunda reincidencia requiere la existencia de una sentencia en que se haya computado la primera. La asechanza conlleva la preparación ponderada del delito, y si es tomada como agravante, no puede deducirse en la sentencia como circunstancia de mayor peligrosidad.

1. La circunstancia específica de agravación del delito de homicidio intencional (art. 362 del C. P.) de que trata el ord. 5o. del art. 363 alude a cualquiera situación que "ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad". Y a manera de ejemplo, allí se indican como tales, sin que se haga una relación taxativa, como es obvio, la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento. De consiguiente, no se tiene desacuerdo alguno entre el auto de proceder y el veredicto, ni entre estos y la sentencia impugnada, pues en todos ellos se hace alusión a la circunstancia de indefensión en que la víctima fue puesta. Y es esto lo que concretamente se indica en el citado ord. 5o. del art. 363 del C. P. como motivo específico de agravación del delito de homicidio que define y sanciona el art. 362 de aquella obra, bien se trate que ese estado de indefensión de la víctima se deba a la asechanza, o a la insidia, o a la alevosía, o al empleo de venenos para suprimirle la vida, o a cualesquiera otras circunstancias semejantes.

2. "Es reincidente por primera vez el que comete un delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de una sentencia condenatoria recaída en su contra, siempre que no se trate de infracciones exceptuadas en el art. 35. Y es reincidente por segunda vez quien comete un nuevo delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de la segunda sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia. La primera reincidencia supone, pues, un fallo condenatorio anterior; la segunda reincidencia requiere la existencia de una sentencia en que se haya computado la primera reincidencia, y así sucesivamente".

Y al procesado no se le ha deducido en fallo anterior alguno la primera reincidencia. Precisamente en el proceso que le fue seguido por los delitos de hurto y estafa, dijo el Tribunal Superior de Ibagué:

"El antecedente de haber sido Córdoba condenado en un proceso por lesiones personales, no incide en este caso ni como circunstancia de mayor peligrosidad, ni como reincidencia, puesto que el fallo de primer grado no tenía el carácter de definitivo al tiempo de cometer los delitos por los cuales ahora se le juzga. Vale decir, que aquella sentencia no estaba ejecutoriada entonces, como lo requiere el art. 34 del C. P.".

Es obvio, entonces, que al recurrente no se le podía tomar como reincidente de segundo grado, como se hizo en la sentencia impugnada.

Y no era del caso aumentar la pena en la mitad, sino en una tercera parte, como lo manda el art. 34 aludido.

3. La asechanza conlleva la preparación ponderada del delito. Y habiendo sido tomada en cuenta aquella como circunstancia que puso en estado de indefensión a la víctima (ord. 5o. del art. 363 del C. P.), no podía considerarse, asimismo, dicha preparación ponderada del delito (ord. 5o. del art. 37 de la misma obra) como circunstancia de mayor peligrosidad para la dosimetría de la pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez).

(Aprobación: Acta No. 46).

VISTOS

Entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 30 de noviembre último, por la cual le fue impuesta al procesado *Luis Córdoba Triana* la pena de veinticuatro años de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Jorge Lamus.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1o. Superior de la misma ciudad.

HECHOS

En lo ocurrido están acordes el recurrente y los juzgadores en las instancias, a saber:

"El día veintiocho de marzo del año que cursa..." (1961) ..., "Vicente Zabala y Jorge Lamus se dedicaron durante ese día de labores de la agricultura en propiedades del señor José Antonio Arenas, más propiamente, en la finca llamada 'La Esperanza', situada en la vereda de 'Casa de Teja', comprensión del municipio de Cubarral de este Departamento y Distrito Judicial.

"Más o menos a las seis de la tarde, terminadas las labores del día, ambos trabajadores emprendieron el camino de regreso hacia la casa de la misma finca y luego de haber andado unos setenta metros, se sintió un disparo de arma de fuego y como Zabala llevaba la delantera, se volvió a mirar a su compañero Lamus y observó que este se desplomaba en el suelo; solícito corrió a prestarle auxilio y para ello lo llamó repetidas veces, sin obtener respuesta, y cuando esto hacía, sintió otro disparo de arma de fuego, que 'levantó chispas en la tierra', a sus pies, motivo por el cual optó por salir en huída y evitar ser ultimado como su compañero, quien quedó tendido en el suelo".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Hace el recurrente varias tachas al fallo acusado a través de los siguientes motivos de casación:

a) *Causal cuarta*

De una parte, anota el demandante que a Luis Córdoba Triana le fue desconocido el derecho de defensa; y, de otra, expresa que "en el auto de proceder se le dedujo a su mandante el cargo de haber consumado el hecho bajo la circunstancia de la alevosía, y en el cuestionario propuesto a la consideración del Jurado y en la sentencia se le dedujo uno muy distinto: la asechanza, cargo que no tuvo la oportunidad de conocer en el pliego de cargos".

b) *Causal segunda*

Manifiesta el actor que el fallo impugnado "se encuentra en desacuerdo con el cargo formulado en el auto de proceder, esto es, que la agravante de la alevosía expuesta en el auto de vocación a juicio y tomada en cuenta para elevar el homicidio a la categoría de asesinato es muy distinta a la de indefensión de la víctima consignada en el cuestionario".

Dice que "para el caso de que la H. Corte resuelva no tomar en cuenta la causal cuarta de casación, alegada como principal, entonces pido a la alta Corporación considerar la causal segunda prevista en el art. 56 del Decr. 528 alegada como subsidiaria, y dar cumplimiento a lo dispuesto en el ordinal a) del art. 58 del citado Decreto".

c) *Causal primera* (inciso primero)

Estima que la sentencia objeto del recurso infringe, directamente, los arts. 34 y 35 del C. P. y, de otra parte, viola el ord. 5o. del art. 37 de la misma obra, pues "la preparación ponderada del delito se confunde con la asechanza o con la indefensión de la víctima" y no era pertinente tomar en cuenta, al mismo tiempo, aquella circunstancia de mayor peligrosidad y la específica de asesinato.

El Procurador 2o. Delegado en lo Penal, luego de un detenido estudio de los cargos propuestos por el demandante, solicita que se deseche el recurso de casación, pues aquellos no resultan probados.

La Corte habrá de referirse a las consideraciones que tanto el demandante como el Ministerio Público traen como apoyo de sus conclusiones.

CONSIDERA LA CORTE

Del estudio de los cargos propuestos se tiene lo siguiente:

I

Causal cuarta: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Es cierto, como observa el demandante, que el acusado Luis Córdoba Triana, durante el sumario, solamente fue asistido por un profesional de la abogacía durante la diligencia de indagatoria. Pero durante el juicio contó con la asistencia jurídica del abogado titulado José Botero Villa, quien intervino con su alegato oral en la audiencia pública. Y la Corte ha expresado en varias oportunidades que únicamente el desconocimiento absoluto del derecho de defensa, por la total inactividad del representante del acusado durante el juicio, acarrea la nulidad que alega el actor con apoyo en el precepto contenido en el art. 26 de la Carta.

También es verdad que no se recibió declaración a Rogelio N. ni a Sixto Triana, personas que cita el procesado Luis Córdoba Triana en la diligencia de indagatoria para respaldar la aseveración de que, el día de los hechos, se encontraba enfermo "en el pueblo". Pero, como se anota en el auto de proceder (fl. 428), esa afirmación fue totalmente desvirtuada por las personas que señalaron al recurrente como autor del delito de homicidio averiguado.

En efecto, en aquel proveído se anota, luego de una juiciosa crítica de la prueba, que "coincide el declarante José Antonio Cárdenas Ortiz con lo que expresa Valerio Lozano, en afirmar enfáticamente que Luis Córdoba Triana planeó y ejecutó personalmente la muerte de Jorge Lamus".

El art. 356 del C. de P. P., citado por el demandante, señala que "se verificarán con urgencia las citas que hiciere..." el acusado..." y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones". Pero su infracción en este caso, como se ha visto, no permite asegurar que al sindicado Córdoba Triana se le juzgó "con arbitrariedad, privándolo de las garantías constitucionales a que tiene derecho todo ciudadano que comparece ante los jueces de la República", único caso en el que corresponde admitir la nulidad del proceso por infracción a las garantías que consagra el art. 26 de la C. N., como lo enseña la Corte en sentencia de 5 de febrero de 1947 (G. J. T. LXII, Pág. 511).

Este primer cargo no resulta demostrado.

Asimismo, tampoco tiene comprobación la tacha que a través de la causal cuarta formula el actor cuando anota que "en el auto de proceder se le dedujo a Luis Córdoba Triana el cargo de haber consumado el hecho bajo la circunstancia de la alevosía y en el cuestionario propuesto a la consideración del Jurado y en la sentencia se le dedujo uno muy distinto: la asechanza, cargo que no tuvo la oportunidad de conocer en el pliego de cargos...", con lo cual hubo "menoscabo del derecho de defensa garantizado por la C. N.".

Se tiene sobre este particular:

a) En el auto de proceder se dice:

"El acto de suprimir una vida con intención de hacerlo, se encuentra definido y castigado por el C. P. en su art. 362; y el art. 363 cataloga el homicidio como asesinato cuando se comete dentro de cualesquiera de las siguientes circunstancias:

"

. . . . . .

"5. Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento...

"En el caso *sub judice* el homicidio en la persona de Jorge Lamus fue cometido con alevosía dentro de las circunstancias del numeral 5o. citado. Córdoba Triana permaneció por más de tres horas al asecho de su víctima, utilizando para ello el ocultamiento; su víctima se encontraba en condiciones de inferioridad, ya que no sabía que iba a ser atacada y transitaba desprevenidamente por el camino que lo conducía a su casa después de las faenas propias de su profesión de agricultor.

"El solo hecho del ocultamiento por parte del victimario coloca a la víctima en estado de inferioridad, conforme a jurisprudencia de nuestra Corte y por lo tanto quien en esta forma suprime una vida, deberá responder ante la Ley por el delito de homicidio agravado, conforme al art. 363 antes citado, y en estas condiciones deberá responder ante la sociedad Luis Córdoba Triana, como autor de la muerte de Jorge Lamus".

b) El cuestionario propuesto al Jurado en relación con el acusado Luis Córdoba Triana y que fue respondido afirmativamente por los jueces de hecho, fue el siguiente:

"Cuestión única: ¿El Procesado Luis Córdoba Triana... es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de Jorge Lamus, mediante heridas causadas con arma de fuego de carga múltiple

(escopeta), ejecutando tal hecho con el propósito de matar, aprovechando las circunstancias de indefensión de la víctima, durante los hechos que tuvieron ocurrencia el día veintiocho de marzo de 1961, en la finca llamada 'La Esperanza', situada en la vereda de 'Casa de Teja', en el municipio de Cubarral y comprensión de este Distrito Judicial?".

c) Y en el fallo recurrido se expresa:

"El homicidio fue calificado como asesinato, por haberse perpetrado con las modalidades indicadas en el numeral 5o. del art. 363 del C. P., que señala la pena de quince a veinticuatro años de presidio".

Pues bien:

Le asiste completa razón al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal cuando manifiesta, en cuanto a este segundo cargo, que no tiene demostración, pues "el auto de proceder está en estrecha armonía con el veredicto y este a su vez en acuerdo con la sentencia acusada".

En efecto, la circunstancia específica de agravación del delito de homicidio intencional (art. 362 del C. P) de que trata el ord. 5o. del art. 363 alude a cualquier situación que "ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad". Y a manera de ejemplo, allí se indican como tales, sin que se haga una relación taxativa, como es obvio, la insidia, la asechanza, la alevosía y el envenenamiento. De consiguiente, no se tiene desacuerdo alguno entre al auto de proceder y el veredicto, ni entre estos y la sentencia impugnada, pues en todos ellos se hace alusión a la circunstancia de indefensión en que la víctima fue puesta. Y es esto lo que concretamente se indica en el citado ord. 5o. del art. 363 del C. P. como motivo específico de agravación del delito de homicidio que define y sanciona el art. 362 de aquella obra, bien se trate que ese estado de indefensión de la víctima se deba a la asechanza, o a la insidia, o a la alevosía, o al empleo de venenos para suprimirle la vida, o a cualesquiera otras circunstancias semejantes.

No prospera, pues, la causal cuarta de casación alegada.

II

Causal segunda: Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Ya señaló la Corte al examinar el segundo cargo formulado por el actor con invocación de la causal cuarta que no se tiene discordancia alguna entre los cargos propuestos en el auto de vocación a juicio del acusado Córdoba Triana y la sentencia recurrida, pues tanto en aquel como en esta se alude a la circunstancia de indefensión de la víctima en el delito de homicidio averiguado, situación esta que indica el ord. 5o. del art. 363 del C. P., para agravar la responsabilidad.

No prospera, por tanto, esta causal de casación, propuesta por el demandante como subsidiaria.

III

Causal primera (inciso primero): "Cuando la sentencia sea violatoria de la ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea".

Expresa el demandante que fue aplicado indebidamente el art. 34 del C. P., pues fue excedido el aumento de la pena llevado a cabo con apoyo en este precepto.

Dice, también, que no era del caso tomar en cuenta el ord. 5o. del art. 37 del C. P., pues esta circunstancia de mayor peligrosidad (la preparación ponderada del delito) está comprendida en el concepto de asechanza, a que alude el ord. 5o. del art. 363 del Código citado y que asimismo se aplicó en la sentencia acusada.

El Agente del Ministerio Público anota:

"El Tribunal Superior de Villavicencio tomó como base de la sanción la mínima señalada en el art. 363 del C. P., la aumentó en un año por las circunstancias de mayor peligrosidad señaladas en los numerales 3o., 5o. y 9o. del art. 37 de la misma obra, esto es, la pena de dieciseis años; la acrecentó en la mitad, en virtud de lo dispuesto por el art. 34, para un total de veinticuatro años de presidio, en atención a que el delito de homicidio a que se refiere el presente proceso constituía la segunda reincidencia por parte del acusado Córdoba Triana, quien fue sindicado por el ilícito en cita antes de transcurridos diez años contados desde la ejecutoria de las condenas impuestas por los delitos de robo y estafa (sic) y lesiones personales, respectivamente, como consta en el expediente (fls. 385 y ss. del cdno. principal)".

Ahora bien:

a) Encuentra la Corte probado el primer cargo,

pues se hizo en la sentencia recurrida una aplicación indebida del art. 34 del C. P., si se tiene en cuenta que Córdoba Triana no es reincidente por segunda vez.

Se dice en las "Lecciones de Derecho Penal" del tratadista *Luis Eduardo Mesa Velásquez* (Editorial Universidad de Antioquia, Medellín, 1962, pág. 227) lo que pasa a transcribirse:

"Es reincidente por primera vez el que comete un delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de una sentencia condenatoria recaída en su contra, siempre que no se trate de infracciones exceptuadas en el art. 35. Y es reincidente por segunda vez quien comete un nuevo delito dentro de los diez años siguientes a la ejecutoria de la segunda sentencia en que se calificó y sancionó la primera reincidencia. La primera reincidencia supone, pues, un fallo condenatorio anterior; la segunda reincidencia requiere la existencia de una sentencia en que se haya computado la primera reincidencia, y así sucesivamente".

Y al procesado (Córdoba Triana) no se le ha deducido en fallo anterior alguno la primera reincidencia. Precisamente en el proceso que le fue seguido por los delitos de hurto y estafa, dijo el Tribunal Superior de Ibagué.

"El antecedente de haber sido Córdoba condenado en un proceso por lesiones personales, no incide en este caso ni como circunstancia de mayor peligrosidad, ni como reincidencia, puesto que el fallo de primer grado no tenía el carácter de definitivo al tiempo de cometer los delitos por los cuales ahora se le juzga. Vale decir, que aquella sentencia no estaba ejecutoriada entonces, como lo requiere el art. 34 del C. P.

Es obvio, entonces, que al recurrente no se le podía tomar como reincidente de segundo grado, como se hizo en la sentencia impugnada.

Y no era del caso aumentar la pena en la mitad, sino en una tercera parte, como lo manda el art. 34 aludido y que pasa a transcribirse en el inciso pertinente:

"Art. 34: El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a este corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble".

b) Igualmente halla la Corte demostrado el segundo cargo que hace el actor, pues es obvio que la asechanza conlleva la preparación ponderada del delito. Y habiendo sido tomada en cuenta aquella como circunstancia que puso en estado de indefensión a la víctima (ord. 5o. del art. 363 del C. P.,), no podía considerarse, asimismo, dicha preparación ponderada del delito (ord. 5o. del art. 37 de la misma obra) como circunstancia de mayor peligrosidad para la dosimetría de la pena.

Prospera, pues, la causal de casación de que trata el inciso primero del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 y corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar a la sentencia impugnada.

Al respecto, es el caso de disminuir en cuatro meses el aumento previo que se hizo por el Tribunal Superior de Villavicencio en un año, al tomar en cuenta tres circunstancias de mayor peligrosidad. Y esa pena privativa de la libertad básica debe ser aumentada sólo en una tercera parte, como corresponde a la primera reincidencia deducible al acusado Córdoba Triana, Las operaciones pertinentes arrojan un total de veinte años, diez meses y veinte días de presidio, como pena principal.

En lo demás, debe estarse a lo resuelto en la sentencia recurrida.

Se casa, por tanto, parcialmente el fallo impugnado por el demandante, doctor David Melo Cifuentes.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador 2o. Delegado en lo Penal CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Villavicencio, de que se ha hecho mérito, a fin de IMPONER al procesado *Luis Córdoba Triana* la pena principal de veinte años, diez meses y veinte días de presidio, en lugar de la de veinticuatro años de presidio que le había sido señalada.

En las demás declaraciones, debe estarse al fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese 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., Secretario.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

El veredicto "Sí es responsable, pero sin intención de matar", no es contradictorio si es interpretable y generalmente es declarativo de un homicidio preterintencional, porque atribuye un dolo menos intenso, una intención menos grave.

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al contestar el traslado de la demanda, va más allá de las pretensiones del actor, pues estima que el veredicto del jurado en este caso: "Sí es responsable, pero sin intención de matar", no permite interpretación alguna, pues en su concepto y en conformidad con la doctrina de la Corte que al respecto cita, los términos en que está concebido son contradictorios, motivo por el cual "mal se puede condenar al acusado como responsable de homicidio culposo o ultra-intencional, como medida de transacción teniendo sólo la base de que los jueces de hecho no reconocieron en su integridad los elementos que tipifican el ilícito contemplado en el auto de enjuiciamiento y en los cuestionarios sometidos a su consideración".

Esa doctrina, empero, no tiene la proyección irrestricta que en ocasiones trata de asignársele. La Corte en sentencia de 24 de junio de 1954 y en otras posteriores como las de 19 de noviembre de 1956 y 14 de junio de 1965, ha censurado su aplicación indiscriminada y enseñado que "solo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta, o del contenido del auto de proceder, o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la jurisprudencia de la Corte no tiene ninguna operanacia; lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad".

Además, un veredicto concebido en los términos ya indicados o en otros que le sean equivalentes, no es contradictorio si es interpretable, porque como también lo ha dicho esta Corporación, la frase 'sí es responsable' parte primera, 'pero sin propósito de matar' parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie de homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción".

Ha adoctrinado igualmente que un veredicto de tal naturaleza es generalmente declarativo de un homicidio preterintencional. Es lo que ocurre en el caso presente en que el jurado afirmó la responsabilidad del acusado y negó la intención de matar. ¿Pero cuáles fueron aquellas otras circunstancias diversas a las de un homicidio intencional? ¿Fueron las constitutivas de la culpa como lo sostiene el recurrente o las que conforman la preterintención? Porque la respuesta dada por los jueces de conciencia en el evento de autos es interpretable conforme a los medios que ya se indicaron, tal lo han hecho los juzgadores de instancia y el propio actor en su demanda al solicitar que se considere como declarativa de un homicidio culposo.

Dichas circunstancias se encuentran señaladas, según el natural, obvio y recto entendimiento de las pruebas, en primer lugar en las providencias enjuiciatorias, a cuyo través los juzgadores de instancia excluyeron la legítima defensa, el caso fortuito, el delito culposo, insinuados por el inculpado en su indagatoria, y estimaron intencional o dolosa la acción homicida.

En segundo lugar, el propio veredicto de los jueces de conciencia. No obstante las alegaciones de la defensa y la concreta petición que esta hizo

de que contestaran el cuestionario en una de estas dos formas: "No es responsable por caso fortuito" o, subsidiariamente, "Sí es responsable pero en accidente", el jurado no atendió ni a lo uno ni a lo otro, sino que unánimemente respondió: "Sí es responsable, pero sin intención de matar", lo que implícitamente, excluídos como fueron con su respuesta, el caso fortuito y la culpa, quiere decir que atribuyó al acusado un dolo menos intenso, una intención menos grave, esto es, la de herir, ya que en la primera parte de su respuesta afirmó la relación causal entre la acción del procesado y el fenómeno muerte del occiso por causa de la lesión que le infirió, y esto jurídicamente, como lo estimó el Tribunal, es lo que constituye el homicidio preterintencional

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: diciembre 5/69. - Acta No. 48).

VISTOS

Cumplidos como han sido los trámites legales, se procede a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 30 de mayo último del extinguido Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, en la que, revocando la de 22 de mayo de 1968 del Juzgado Superior del mismo distrito, se condena a *José Reyes Ramírez Barrera* a la pena principal de cinco años de presidio y a las demás anexas, como responsable del delito de homicidio perpetrado en José Miguel Pinto Sánchez.

ANTECEDENTES

Sintetiza el Tribunal así los hechos originarios de la investigación:

"Como a las diez de la noche del 29 de abril de 1967, en la tienda de Pablo Bueno, ubicada en el área urbana del Municipio de Somondoco, se encontraban varias personas ingiriendo bebidas embriagantes; entre ellas figuraban José Reyes Ramírez Barrera y José Miguel Pinto Sánchez; este último se hallaba en estado avanzado de embriaguez y de pronto se acercó a Reyes Ramírez, con las manos en alto, según dicen algunos testigos, y este profirió la frase 'no me joda' y le dio un empujón que lo lanzó a tierra cayendo en el dintel de la puerta de entrada del establecimiento; Reyes Ramírez de inmediato esgrimió su revólver apuntándolo hacia Pinto, la señora Florinda de Bueno exclamó dirigiéndose a él 'qué va a hacer José por Dios' o 'deje eso por Dios José Reyes' o "cuidado José qué es lo que va a hacer' o simplemente 'cuidado José', pero el sindicado instantáneamente disparó su arma causándole la muerte a Pinto, quien falleció en el sitio de los hechos".

Practicada a raíz de estos la diligencia del levantamiento de su cadáver, se abrió la investigación el 1o. de mayo. Se declaró cerrada el 5 de julio y el 13 del mismo mes y año de 1967, el Fiscal del referido Juzgado Superior emitió concepto sobre su mérito pidiendo que se llamara a responder en juicio a José Reyes Ramírez Barrera como autor responsable del delito de homicidio en José Miguel Pinto, delito que consideró agravado por estimar que se cometió colocando a la víctima en completo estado de indefensión o inferioridad, esto es, en la circunstancia prevista en el numeral 5o. del art. 363 del C. P.

Oído tal concepto, mediante auto de 25 del citado mes de julio, se resolvió abrir causa penal por el delito de homicidio contra el mencionado Ramírez Barrera, excluyendo en la parte motiva de esta providencia la prealudida circunstancia de agravación y calificando el homicidio como cometido en riña suscitada de modo imprevisto, o sea, con la circunstancia atenuativa que contempla el art. 384 ibídem.

Apelado dicho auto por el Fiscal, el apoderado de la parte civil y el defensor del procesado, este último sustentó el recurso alegando que la infracción que se atribuye a su patrocinado no constituye delito intencional sino culposo.

El Fiscal del Tribunal al contestar el traslado del negocio, conceptuó que era equivocada la benigna calificación dada por el a quo al hecho criminoso; que no se trataba tampoco de un homicidio simplemente voluntario, sino agravado por revestir "todas las características de un asesinato a sangre fría".

El Tribunal en providencia de 4 de noviembre del año en cita, injuicia todas las apreciaciones anteriores y en amplio análisis probatorio las va excluyendo una a una para concluír que específicamente en el caso de autos

se está ante un homicidio simplemente intencional o voluntario. Razona así:

"Al rendir indagatoria el sindicado, manifiesta que Pinto se aproximó a él y como creyera que lo iba a desarmar, pues portaba un revólver a la cintura, le dio un empujón con la mano izquierda a consecuencia del cual cayó en el quicio de la puerta; vio que Pinto dirigió las manos hacia la cintura como en ademán de sacar algún arma y oyó que la señora Florinda de Bueno le gritó 'cuidado José', por lo que temiendo ser atacado sacó su revólver con tanta fuerza que se le disparó; la sacada del arma fue posterior al grito de la señora y no tuvo objeto distinto que intimidar a Pinto y el disparo se le salió en forma accidental.

"De acuerdo con este relato, el sindicado ha planteado dos tesis: el caso fortuito dado que el arma se le disparó accidentalmente y la legítima defensa subjetiva pues vio que Pinto, ya caído, llevó las manos a la cintura, actitud que interpretó como de sacar algún instrumento vulnerante y que coincidió con el grito de la cantinera 'cuidado José', frase con la cual se da a entender la existencia de algún peligro que lo amenazaba.

"Analizando la indagatoria y comparándola con la prueba testimonial, se llega al siguiente resultado:

"No es cierto que Pinto se hubiese acercado a Reyes Ramírez con la intención de desarmarlo, puesto que según aseveran los presenciales Isaías Ramírez y Jorge Alirio López Avila, el occiso se le acercó con las manos en alto y esa actitud en manera alguna es indicativa de que tuviera el propósito de quitarle el revólver, puesto que cuando tal se desea las manos se dirigen a la altura de la cintura, que es el sitio donde se acostumbra llevar el arma. Además, ningún deponente siquiera sugiere una actitud de Pinto que pueda interpretarse en ese sentido.

"Tampoco es cierto que ya caído Pinto, a consecuencia del empujón que le dio Ramírez Barrera, llevara las manos a la cintura en actitud de sacar algún instrumento vulnerante para agredirlo, ya que los testigos no observaron ese ademán, estando en condiciones favorables para precisarlo si hubiese existido; de ellos cabe destacar a Florinda Arenas e Isaías Piñeros, quienes enfáticamente niegan que el occiso hubiese llevado las manos a la cintura.

"Tampoco es cierto que el sindicado hubiese sacado el revólver después del grito que lanzó la señora Florinda de Bueno y que según él fue con las palabras 'cuidado José', puesto que todos los deponentes o la gran mayoría de ellos fueron interrogados especialmente sobre ese punto por el instructor y contestaron en forma unánime que primero el sindicado sacó el revólver y luego la señora pronunció las palabras que se le atribuyen; es decir, cuando la señora habló, ya Reyes Ramírez B. tenía el revólver desenfundado en sus manos y apuntándolo hacia Pinto.

"Igualmente no es exacto que el grito de la señora fuera el de "ciudado José', frase con la cual se quiere hacer creer que se le advirtió de algún peligro que lo amenazaba en ese momento, porque la misma Florinda de Bueno asegura que sus palabras fueron 'cuidado José qué es lo que va a hacer' o 'qué va a hacer por Dios José' y está corroborada por los deponentes Florinda Arenas, Efraín González y Luis Eduardo Perilla Toloza.

"Por tanto, el sindicado tampoco ha dicho la verdad sobre ese punto y la frase que verdaderamente pronunció la señora no cabe interpretarla en el sentido que quiere darle Reyes Ramírez, sino en uno completamente contrario, cual es de que la mujer vio que el inculpado ya tenía en sus manos el revólver y temerosa de que lo disparara pronunció esa frase con la finalidad exclusiva de hacerlo desistir de su propósito.

"Síguese las siguientes conclusiones jurídicas de lo anteriormente expuesto:

"No cabe aceptar la legítima defensa subjetiva planteada por el sindicado puesto que su afirmación sobre que vio a Pinto que ya caído trataba de sacar un arma, está por completo desmentida; los deponentes no hablan de ningún ademán ejecutado en esa forma por el occiso y ello indica también que el sindicado ha estado mintiendo y tratando de eludir responsabilidad, pero colocándose en abierta contradicción con todas las personas que presenciaron la escena.

"Tampoco es aceptable el caso fortuito porque bien probado está que el revólver lo esgrimió Reyes Ramírez antes de que la señora lanzara la frase que se ha comentado, cuyo texto verdadero es el que élla dice y entonces sus palabras lo que ponen de manifiesto es que la mujer vio en las manos del homicida el arma,

vislumbró su propósito de dispararla hacia Pinto y trató de disuadirlo de ello; no otra cosa significan las frases 'cuidado José qué es lo que va a hacer' o 'qué va a hacer José, por Dios".

Además, no es creíble que un arma de esa naturaleza se dispare sola por el solo hecho de sacarla con fuerza de la cintura sino que lo natural es que quien la porta opere con uno de sus dedos el gatillo o disparador, acción que es perfectamente voluntaria y no fortuita.

"Por los razonamientos anteriores caen por su base las tesis que plantea el sindicado.

"Pasa ahora a ocuparse el Tribunal de la esgrimida por el señor defensor, quien pide se califique el hecho como un delito culposo basado en las siguientes razones:

"Reyes Ramírez sacó su revólver sin intención de disparar y al oír el grito de la señora volvió a mirarla y se le disparó fortuitamente el arma; luego miró como sorprendido el revólver y al occiso y salió de la tienda caminando lentamente hacia su casa; cometió pues una imprudencia al extraer el arma, esta se disparó en forma fortuita y la responsabilidad que cabe exigirle solamente alcanza al grado de culpa.

"No comparte esa tesis del distinguido profesional doctor Lionel Armenta, el Tribunal, porque todo lleva a establecer que de parte del sindicado sí hubo la innegable intención de causar la muerte a Pinto y no simplemente un descuido o una imprudencia. En efecto: cuando cayó Pinto a consecuencia del empujón, Reyes Ramírez extrajo de inmediato el revólver y lo dirigió hacia el cuerpo de aquel, la señora dueña de la tienda vislumbró la intención homicida y trato de disuadirlo de ella con la frase que pronunció y haciendo caso omiso de esa advertencia, el inculpado disparó.

"Los tres actos sucesivos consistentes en la extracción del revólver, apuntarlo hacia la anatomía de Pinto y dispararlo en seguida que la señora quiso disuadirlo de tamaño acto, ponen de manifiesto en forma protuberante y clara un propósito de matar; tan inocultable fue ese propósito que la propia señora que atendía el establecimiento le dijo 'cuidado José qué es lo que va a hacer', o "qué va a hacer José, por Dios', palabras con las cuales diáfanamente se dio a entender que la mujer tuvo el íntimo convencimiento de que Reyes Ramírez iba a disparar y trató de disuadirlo de ello, pero no fue atendida porque a continuación de la frase el inculpado hizo el disparo fatal, que no fue sino la consecuencia obligada de su intención homicida.

"Por la defensa se ha afirmado que Reyes Ramírez a continuación observó una actitud de sorpresa relievada en los hechos consistentes en mirar el revólver y al occiso, pero tan no hubo tal sorpresa de su parte que es él mismo quien se encarga de decir en su indagatoria que lo que hizo fue mirar a su hermano Alirio Ramírez y a otros contertulios de la tienda para comprobar si habían sido lesionados con el disparo, ya que estaban seguramente ubicados en sitio cercano a Pinto; no le preocupó pues que este se encontrara ya moribundo a consecuencia del disparo que hizo, sino apenas la posibilidad de haber lesionado a persona ditinta; ello significa igualmente que su intención estaba dirigida, en forma inocultable, a darle muerte a Pinto.

"La culpa presupone la ausencia de intención, pero siendo así que todo indica que de parte del agente sí hubo el propósito de matar, se concluye que esa tesis de la defensa es por completo inaceptable..."

Adelantada la causa e individualizado, pues, el cargo en dicha forma, conforme a él se redactó en los siguientes términos el cuestionario que se sometió a la consideración del jurado:

"¿El procesado José Reyes Ramírez Barrera..., es responsable 'sí' o 'no' de haber causado la muerte con intención de matar a José Miguel Pinto Sánchez, en hechos ocurridos en el área urbana del Municipio de Somondoco el 29 de abril de 1967 y empleando para producir la muerte arma de fuego con la cual le produjo los destrozos orgánicos que da cuenta la diligencia de necropsia"?

En torno a esta cuestión giró el debate forense. En él al ser interrogado el inculpado sobre los hechos se remitió a lo dicho en su indagatoria. Con su defensor tuvo el siguiente diálogo: "Preguntado: Díganos señor Reyes Ramírez, ¿a dónde se dirigió usted después de los hechos por los cuales usted ha sido procesado? Contestó: A la casa de Custodio Valero que quedaba a un kilómetro más o menos del lugar de los hechos. Preguntando: ¿Permaneció usted en esa casa algún tiempo? Contestó: No, después me fui para Bogotá. Preguntado: ¿Diga entonces si de Bogotá volvió a Somondoco? Contestó: No señor, yo no volví

a Somondoco sino que me estuve en Bogotá".

En dicho debate participaron el Fiscal, el apoderado de la parte civil y el defensor del acusado.

El primero sostuvo los planteamientos hechos por el Tribunal al desatar el recurso de apelación del auto de proceder, refiriéndose, en primer lugar a lo que dijo en su indagatoria Reyes Ramírez, cuya confesión analizó así:

"Debemos ver entonces qué dice la ley sobre la confesión —lee el art. 255 del C. P.— y sigue: falla aquí la espontaneidad de la confesión de José Reyes Ramírez, ya que antes de rendirla tuvo oportunidad de hablar con un abogado, y agrega que además comparada esa confesión de Reyes Ramírez con otras pruebas del proceso esta es divisible por estar contradicha, le falta verosimilitud ya que un revólver es arma muy segura y muy difícil que se dispare con sólo sacarlo de la pretina, para ello sería necesario que se mantuviera en la pretina con el gatillo montado y eso no lo haría nadie, además la posible trayectoria del disparo según la versión del sindicado, debía ser muy diferente a la que realmente tomó para ir a herir a José Miguel Pinto. Se tiene además que esa confesión es contradictoria en sí misma, pues mientras se afirma en una parte que sacó el revólver para defenderse o intimidar, pasa luego a decir que el disparo fue accidental.

"Lo investigado está indicando que José Miguel Pinto Sánchez, estaba el día de los hechos muy embriagado, se acercó con las manos en alto a José Reyes Ramírez que estaba recargado contra un mostrador, Reyes Ramírez empuja a José Miguel Pinto y le dice no me joda, por efecto del golpe o empujón Pinto Sánchez se va de bruces contra el dintel de la puerta de acceso a la cantina, Reyes Ramírez desenfunda su revólver y lo dirige contra Pinto Sánchez que trata de incorporarse, en tales momentos la cantinera Florinda Arenas ve la actitud de Reyes Ramírez y sin demora le grita: cuidado José qué es lo que va a hacer por Dios, Reyes Ramírez vuelve la cara hacia quien da ese grito, se produce una detonación y resulta mortalmente herido José Miguel Pinto Sánchez. Reyes Ramírez se sale de la tienda y desaparece para presentarse días después ante la justicia con abogado a rendir indagatoria. ¿Qué nos dice en esa indagatoria Reyes Ramírez? Que Pinto Sánchez se le fue encima como atacarlo, que lo empujó hacia atrás, que Pinto Sánchez se cayó, que la cantinera gritó cuidado y que entonces sacó su revólver porque pensó que alguien lo iba atacar, que vio a Pinto Sánchez que se mandó las manos a la cintura como a sacar algo, que se llenó de nervios y resolvió sacar su revólver con tan mala fortuna que al sacarlo fuerte se le disparó yendo a herir a Pinto Sánchez.

"Aquí han declarado Florinda Arenas, Luis Eduardo Perilla, Isaías Piñeros Perilla y ya hemos visto cómo todos están acordes en afirmar que Reyes Ramírez inmediatamente empujó e hizo caer a Pinto Sánchez sacó el revólver y lo dirigió hacia quien estaba caído y que al grito de la cantinera se produjo el disparo. Ninguno de estos testigos vio que Pinto Sánchez hiciera movimiento indicativo de que tratara de sacar arma".

Es sobre esta premisa de orden fáctico como excluye la eximente de la legítima defensa subjetiva y el delito culposo, insinuados por el procesado en su injurada, agregando, para concluir, respecto de este ilícito, lo siguiente:

"En cuanto a que el disparo se produjo en forma involuntaria en el momento en que se sacaba el revólver, eso está desvirtuado por la testifical a que hice anterior referencia y porque no es verosímil semejante posición, por eso el Tribunal descartó esa figura y calificó el hecho como un homicidio simplemente intencional. La sociedad tiene el deber de castigar a quien ha infringido la ley en este caso José Reyes Ramírez debe ser castigado en la medida que la ley señale, proferid pues vuestro veredicto señores jueces del pueblo".

La parte civil sostuvo las mismas tesis del Ministerio Público.

La defensa finalmente dio a las pruebas una interpretación según la cual las voces de Florinda Arenas fueron lanzadas por ella antes de que Reyes Ramírez sacara su revólver y no tuvieron el sentido disuasivo que se les ha asignado sino que fueron "un grito de alrma" dirigido al citado Reyes y que movió a este a sacar dicha arma para ponerse en guardia frente al peligro que creyó se cernía sobre él, escapándosele el disparo precisamente cuando en virtud de aquellas voces miraba a Florinda.

Es lo que en su sentir afirman los testigos corroborando la confesión del inculpado.

Niega por ello, que de parte de este hubiera existido intención criminosa alguna: de matar o de herir.

Se trata, según él, de un caso fortuito o de un acto culposo.

"Creo haberos demostrado con la prueba que milita en estas sumarias —dijo al finalizar su exposición— que José Reyes Ramírez no tuvo intención de matar ni de herir siquiera a José Miguel Pinto Sánchez, y no estando probada esa intención o ese propósito debemos concluir que su acto es el fruto de un caso fortuito o culposo, por eso pediré al jurado que conteste el cuestionario que se le ha propuesto diciendo *no es responsable por caso fortuito* y como tesis subsidiaria *sí es responsable pero en accidente*".

El jurado ante las mencionadas peticiones de las partes, previa deliberación de veinte minutos, absolvió el cuestionario con el siguiente veredicto: "Sí es responsable, pero sin intención de matar".

Sobre él, interpretado por el juez de la causa como afirmativo de la responsabilidad del procesado en su condición de autor de un homicidio culposo, y por el Tribunal en el mismo sentido condenatorio, pero como autor de un homicidio preterintencional, se profirieron las sentencias preclusivas de las instancias.

LA DEMANDA

Contra la recurrida se aduce en ella para impugnarla, la causal de casación prevista en el numeral 2o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 a cuyo amparo se sostiene que dicha sentencia no está de acuerdo con la calificación que el veredicto dio sobre los hechos debatidos, pues en sentir del demandante lo que el jurado quiso afirmar con ese veredicto fue la responsabilidad del acusado como autor de un delito culposo de homicidio, mas no como lo estimó el Tribunal en dicho fallo, de uno preterintencional del mismo orden.

El Procurador sintetiza el libelo en estos términos:

"Afirma el demandante, y ese es el motivo de la acusación, que el fallo acusado desconoció el veredicto, violó lo dispuesto en el "art. 580 del C. de P. P." y como consecuencia aplicó indebidamente el art. 365 del C. P. y dejó aplicar el 370, lo cual lo induce a invocar, como única, la causal 2a. de casación contemplada en el art. 56 del Decr. 528 de 1964.

"Después de transcribir el cuestionario sometido a la consideración del jurado, su respuesta y algunos fragmentos de pruebas testimoniales obrantes en el proceso, aducidas estas por el recurrente con el propósito de interpretar el veredicto, expresa que el Tribunal Superior no lo acató sino lo tergiversó y desestimó al creer encontrar en la respuesta del juri la calificación de un homicidio preterintencional.

"El jurado, dice el recurrente, "apreció las pruebas, sopesó las tesis de la Fiscalía, de la parte civil y de la defensa y concluyó con un veredicto meridianamente claro, *sí es responsable sin intención de matar,* acogiendo las razones de la defensa y desechando las otras, inclusive las del H. Tribunal consignadas en el auto de proceder y que fueron largamente debatidas en la audiencia'.

"Transcribe y comenta los fallos proferidos por la H. Sala de Casación Penal fechados el 4 de mayo de 1963 y el 14 de junio de 1965 a que se refieren los jueces de instancia y concluye afirmando que "como en el caso de José R. Ramírez B. no hubo *lesión intencional,* teniendo en cuenta las pruebas que obran en el proceso y la misma tesis planteada por la defensa en la audiencia pública, es apenas lógico concluir que el veredicto del jurado entraña apenas una modalidad culposa, ajena al propósito o voluntad de causar un daño presupuesto este último indispensable para que se configure el delito *intencional*" (fl. 12 y 13).

"Insiste el actor en que los términos en los cuales se apoya su argumentación indican por sí solos que el hecho se ocasionó como resultado de una falta de previsión del acusado o de un accidente y finaliza la demanda de casación solicitando a la H. Corte Suprema que invalide la sentencia recurrida y profiera la que deba reemplazarla, al tenor de lo preceptuado en el numeral 1o. del art. 58 del Decr. 528 de 1964".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El Procurador Segundo Delegado en lo Penal al contestar el traslado de la demanda, va más allá de las pretensiones del actor, pues estima que el veredicto del jurado en este caso: "sí es responsable, pero sin intención de matar", no permite interpretación alguna, pues en su concepto y en conformidad con la doctrina de la Corte que al respecto cita, los términos en que está concebido son contradictorios, motivo por el cual "mal se puede condenar al acusado José R. Ramírez como responsable de homicidio culposo o ultraintencional, como

medida de transacción, teniendo sólo la base de que los jueces de hecho no reconocieron en su integridad los elementos que tipifican el ilícito contemplado en el auto de enjuiciamiento y en los cuestionarios sometidos a su consideración".

2. Esa doctrina, empero, no tiene la proyección irrestricta que en ocasiones trata de asignársele. La Corte en sentencia de 24 de junio de 1954 y en otras posteriores como las de 19 de noviembre de 1956 y 14 de junio de 1965, ha censurado su aplicación indiscriminada y enseñando que "solo es aplicable para aquellos casos en que es imposible moral y materialmente interpretar el veredicto, bien sea valiéndose de los propios términos en que se halla concebida la respuesta, o del contenido del auto de proceder, o de las alegaciones de las partes en la audiencia pública, o bien, de todo el caudal probatorio allegado al proceso; sólo en estos casos puede hablarse de desintegración total de la figura del homicidio para concluir con la absolución. En casos diversos, la jurisprudencia de la Corte no tiene ninguna operancia; lo contrario —aplicación indiscriminada— conduciría a la impunidad".

3. Además, un veredicto concebido en los términos ya indicados o en otros que le sean equivalentes, no es contradictorio si es interpretable, porque como lo ha dicho también esta Corporación, "la frase 'sí es responsable' parte primera, "pero sin propósito de matar parte segunda, sólo conlleva la afirmación de que el homicidio —en este caso— no es intencional. La adición —frase explicativa de la afirmación— no se opone a la existencia de un homicidio preterintencional o culposo, figuras delictuales que no llevan implícitamente envuelto el propósito de matar. El veredicto no es contradictorio, porque sus términos no contienen la afirmación de proposiciones opuestas o irreconciliables, sino el reconocimiento de una especie de homicidio, sin expresar la modalidad en que debe catalogarse la acción psíquica del acusado para efectos de la sanción".

4. Ha adoctrinado igualmente que un veredicto de tal naturaleza es generalmente declarativo de un homicidio preterintencional. En tal sentido, en sentencia de 19 de noviembre de 1956 se pronuncia sobre el particular así:

"La respuesta dada por los jueces de conciencia en este proceso, en la cual se afirma la responsabilidad del acusado al dar muerte a la víctima, pero agregando o explicando que la intención no era de causar esa muerte, debe tenerse, en sentir de la Corte y de acuerdo con su más reciente jurisprudencia, como declarativa de un homicidio preterintencional, que cae bajo las sanciones del art. 365, pues como se dijo en casación de 8 de julio de 1955 (G. J. T. LXXX, pág. 781) 'el veredicto afirma la responsabilidad; declara que el acusado es autor de la muerte y excluye una modalidad del homicidio en cuanto él sea intencional o de propósito, pero en ningún caso absuelve al procesado; para llegar a esta conclusión sería necesario e indispensable que el jurado hubiera negado la responsabilidad en el sentido de que el acusado no era autor de la muerte, caso en el cual la sentencia sería absolutoria. La negación del factor intencional contenida en la expresión 'pero sin el propósito de matar', no significa otra cosa que el reconocimiento de haberse cometido el hecho en circunstancias diversas al de un homicidio intencional".

5. Es lo que ocurre en el caso presente en que el jurado afirmó la responsabilidad del acusado y negó la intención de matar. ¿Pero cuáles fueron aquellas otras circunstancias diversas a las de un homicidio intencional? ¿Fueron las constitutivas de la culpa como lo sostiene el recurrente o las que conforman la preterintención? Por que la respuesta dada por los jueces de conciencia en el evento de autos es interpretable conforme a los medios que ya se indicaron, tal lo han hecho los juzgadores de instancia y el propio actor en su demanda al solicitar que se considere como declarativa de un homicidio culposo.

6. Dichas circunstancias se encuentran señaladas, según el natural, obvio y recto entendimiento de las pruebas, en primer lugar en las providencias enjuiciatorias, en donde ellas se enumeran: el empujón que le dio el procesado al occiso derribándolo sobre el umbral de la puerta de la cantina teatro de los hechos; el haber, instantes después, empuñado aquel contra este su revólver en momentos que el último trataba de incorporarse; las voces disuasivas de Florinda Arenas y el disparo que inmediatamente suena y hiere y mata, circunstancias todas estas y otras más que en esas providencias se relacionan y a cuyo través los juzgadores de instancia excluyeron la legítima defensa subjetiva, el caso fortuito, el delito culposo, insinuados por el inculpado en su indagatoria, y estimaron intencional o dolosa la acción homicida.

En segundo lugar, el propio veredicto de los

jueces de conciencia. No obstante las alegaciones de la defensa y la concreta petición que esta les hizo de que contestaron el cuestionario en una de estas dos formas: "No es responsable por caso fortuito" o, subsidiariamente, "Sí es responsable pero en accidente", el jurado no atendió ni a lo uno ni a lo otro sino que unánimemente respondió: "Sí es responsable, pero sin intención de matar", lo que implícitamente, excluídos como fueron con su respuesta el caso fortuito y la culpa, quiere decir que atribuyó al acusado un dolo menos intenso, una intención menos grave, esto es, la de herir, ya que en la primera parte de su respuesta afirmó la relación causal entre la acción del procesado y el fenómeno muerte del occiso por causa de la lesión que le infirió, y esto jurídicamente, como lo estimó el Tribunal, es lo que constituye el homicidio preterintencional.

No hubo, pues, error por parte de dicha Corporación cuando al interpretar el veredicto razonó así:

"Que la voluntad del jurado de conciencia, en el caso sub judice, no fue la de aceptar la tesis del homicidio culposo, se desprende del hecho concreto de que en el curso de la audiencia pública la defensa sostuvo reiteradamente ese planteamiento, como ya lo había sostenido en la etapa de la calificación del negocio y planteó también el caso fortuito y que el Tribunal popular no aceptó esas tesis y declaró, en cambio, la responsabilidad del acusado, pero "sin intención de matar". De haber estado conforme con lo alegado por la defensa, es lógico que habría aceptado las respuestas que sugirió, las cuales fueron "no es responsable por caso fortuito" y "sí es responsable pero en accidente" y ello no sucedió.

"Luego, se concluye que los jurados no se convencieron de las tesis del señor defensor, no las compartieron, las dejaron de lado, muy a pesar de los brillantes argumentos que esgrimió en el curso del debate.

"Un hecho bien probado dentro del expediente es el de que la lesión que causó la muerte se ocasionó en forma intencional por parte del acusado; así lo dan a entender todos los testigos, esa tesis fue desarrollada con lujo de argumentos en la audiencia pública por el señor Fiscal del Juzgado y por el señor apoderado de la parte civil y el Tribunal estudió cuidadosamente el punto al fallar el recurso interpuesto contra el auto de proceder. Todas esas argumentaciones debieron contribuir a que el jurado descartara de su veredicto la tesis de la culpa, como descartó expresamente el propósito de matar, por lo que sólo queda vigente el de herir; siendo así también, que por haberse afirmado la responsabilidad por el jurado no cabe tampoco hablar de que quiso absolver, luego se concluye que lo acertado es interpretar que la veredicción declaró la responsabilidad por un homicidio preterintencional".

El cargo, en consecuencia, no puede prosperar.

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 CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el proceso a quien corresponda.

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

Como requisito de fondo, el demandante en el libelo, debe señalar el concepto de la violación de la ley sustancial; si por infracción directa, si por aplicación indebida o por interpretación errónea, si la acusación la apoya en el inc. 1o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, y si la funda en el inc. final, del citado ordinal, debe probar que se incurrió en error de hecho o de derecho, al apreciar o dejar de apreciar determinada prueba, sin que sea dable confundir estos errores.

En libelo presentado en este caso como demanda, se acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, esto es, de la que define los delitos y señala las sanciones, y en relación con la cual, conforme el mandato antes transcrito, han de citarse en ella "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas" y, además, señalarse como requisito de fondo, según lo prescrito en el ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, el concepto de la violación: si por infracción directa, si por aplicación indebida o por interpretación errónea. Y cuando lo que se alega es esa forma indirecta de conculcar aquella ley, a la cual se refiere el segundo inciso de dicho ordinal, y que obliga, como en el caso que contempla su primer apartado, a fijar el concepto de su quebrantamiento, menester es también que se demuestre que este provino por haberse incurrido "en error de derecho" o "en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" al apreciar o dejar de apreciar determinada prueba, sin que sea dable confundir tales errores, pues el de derecho implica el cargo de que el tribunal "estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de convicción" y el 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", lo que entraña por este aspecto "un antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Ocurre, empero, que en dicho libelo el actor plantea confusamente el cargo, pues principia diciendo que se trata de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, y luego al referirse a estas, las enjuicia a través de las normas que regulan su valor, calificándolo de "error de derecho", para deducir de este último aquel, como si cada uno no requiriera un específico planteamiento.

Pero lo que resulta más grave aún es que el actor no señaló en su demanda las "normas sustanciales" que pudieran haber sido infringidas por el Tribunal. No podía por tanto, ante tal omisión, determinar tampoco el concepto de su violación. Estimó como sustanciales las disposiciones del C. de P. P. que reputa conculcadas reguladoras de las pruebas.

Como es obvio, estas disposiciones no son susceptibles por sí solas para fundamentar —lo dijo la Corte en caso análogo— el recurso extraordinario de casación al amparo de la causal establecida en el ord. 1o. del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964. Para ello sería preciso que de su infracción resultara conculcada, en una relación de medio a fin, la ley sustancial en alguna de sus normas, y por alguno de sus preceptos que ya se indicaron. Si sólo se cita como violado el precepto regulador de la prueba, sin relacionarlo con la norma punitiva sustancial que haya sido desconocida o quebrantada como consecuencia de aquella transgresión, se presenta una "proposición jurídica incompleta"; el cargo resulta insuficiente y no puede por consiguiente prosperar con apoyo en la causal primera, pues no se sabría cuál es el precepto sustantivo que el recurrente considera violado, y la Sala no puede actuar oficiosamente sobre el particular.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera).

(Aprobación: diciembre 5/69. - Acta No. 48).

VISTOS

Por sentencia de 4 de marzo de este año, el Juzgado 9o. Penal Municipal de Medellín condenó por el delito de robo a *Jesús Orlando Villada Ríos*, y por el mismo ilícito y el de lesiones personales a *Jorge Alberto Marín González*, cometidos sobre el patrimonio económico y la integridad personal de Ernesto Antonio Torres Yepes, a sendas penas principales de seis y de nueve años de presidio, respectivamente, y a las demás anexas.

El Tribunal Superior de dicha ciudad al revisar por apelación esa sentencia la confirmó con la reforma de reducir a seis años y un mes la pena principal impuesta a Marín González, y en la misma proporción la duración de la accesoria subordinada a tal lapso, mediante la suya de 23 de abril siguiente.

Contra este fallo interpuso recurso de casación el defensor del procesado Marín.

Agotado su trámite, se procede a resolverlo.

ANTECEDENTES

En providencia de 19 de noviembre del año próximo pasado, el Tribunal resumió así los hechos originarios de la investigación:

"Torres Yepes, ofendido en este informativo, conducía un taxi de la Empresa Andaluz al amanecer del 22 de mayo del corriente año (1968) y en el crucero de la calle San Juan con carrera Palacé fue abordado por los acusados, quienes bajo el pretexto de que les hiciera una carrera, lo atacaron, quitándole alguna cantidad de dinero y lesionándolo de poca gravedad. Diversas personas que se dieron cuenta pidieron auxilio a la Policía y cuando varios agentes se presentaron en el lugar ya habían consumado su reprochable acción".

El mérito del sumario levantado para esclarecer tales hechos se calificó mediante auto de 20 de septiembre de 1968 por el cual se llamó a responder en juicio a los prealudidos procesados por los delitos que ya se indicaron; se sobreseyó temporalmente por los mismos ilícitos en favor de Humberto de Jesús Vélez Zapata, y definitivamente, por el de lesiones personales en favor de Orlando Villada Ríos.

El Tribunal al revisar por apelación y consulta esa providencia, la reformó en el sentido de trocar en definitivo el sobreseimiento temporal con que se había amparado a Vélez Zapata, confirmándola en todo lo demás.

Adelantada la causa por sus trámites legales, precluyó con las sentencias de las instancias.

LA DEMANDA

Contra la recurrida, se invoca en ella la causal de casación prevista en el inc. 2o. del ord. 1o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo se la acusa "de ser violatoria de la ley penal por error de hecho manifiesto en que incurrió el H. Tribunal Superior de Medellín, al apreciar las pruebas que incriminan a Jorge Alberto Marín González", asignándoles un valor que no tienen o negándoles el que conllevan, error que se hace derivar también de la falta de apreciación de la "confesión" del procesado Marín González, y que condujo a dar por probado un delito inexistente: el de robo atribuído a los inculpados.

Con lo cual el Tribunal incurrió en las siguientes violaciones de la ley: en la evaluación del testimonio del ofendido, de los arts. 203 y 204 del C. de P. P.; en la de los de Hernán Calle, Enrique Hernández, Jesús Gil, Carlos Arturo Alvarez Gutiérrez, Gilberto Correa Escobar y Manuel Salvador Londoño, agentes estos dos últimos de Policía, de los mismos preceptos "a través de los arts 224, 317 y 318 ibídem", y al desechar la "confesión" del procesado recurrente, del art. 255 a través del 204 de dicho código. Violaciones de la "ley sustantiva" —dice el actor—, calificadas por él como "errores de derecho".

Además, para fundamentar el cargo, transcribe fragmentariamente dichos testimonios, contraponiendo a la interpretación que de ellos hizo el Tribunal en una apreciación de conjunto de la prueba, la suya propia conforme a la cual no está demostrado plenamente el premencionado delito de robo, siendo por consiguiente acatable la versión que sobre los hechos dio en su injurada Marín González para quien no se cometió ese ilícito sino que lo ocurrido en la madrugada de autos fue una riña entre él y Alberto Marín González, provocada por este, y nada más.

Sólo a esto se reduce la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal,

al contestar el traslado de la demanda, la rechaza resumiendo así las razones que lo inducen a ello:

"a) No se puede conocer el alcance que quiso darle el abogado demandante al error en que pudo incurrir el H. Tribunal, debido a que anuncia error en materia fáctica y desenvuelve las argumentaciones con orientación indiscutible hacia la comprobación en error de derecho, premisas excluyentes entre sí, amén de violentar la técnica casacional;

"b) No se demostró frontalmente cuáles normas de la ley sustancial fueron quebrantadas, fin único que puede perseguir el recurrente, y

"c) Como en la demanda sólo se respiran aires de instancia, provenientes de controversia frente a la prueba incriminatoria, y no es de admisión dentro de este recurso esas realidades, la petición de invalidez al fallo no ha de prosperar".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

"El recurso de casación tiene por finalidad primordial —dijo esta Sala en providencia de 12 de agosto último— velar por la recta y auténtica aplicación de la ley. Su objeto, dice Manresa, 'es contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa aplicación de esta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia'.

"Mediante ese medio extraordinario, cuando el ataque a la sentencia es de fondo, como quiso hacerlo aquí el recurrente, se persigue corregir la infracción de la ley sustancial, por no aplicación de una disposición legal al caso probado en autos y abstractamente regulado por ella (infracción directa), o por aplicación de la norma a hecho no gobernado por ella (aplicación indebida), o porque se le haya atribuído a la norma un alcance diverso al que realmente tiene (interpretación errónea).

"La casación no es una nueva instancia, que permita la revisión total del proceso en su situación fáctica y en las cuestiones jurídicas. En ella se plantea un juicio de derecho limitado, que comprende únicamente el examen de los vicios que la parte recurrente impute a la sentencia acusada y dentro de precisos motivos, para determinar, mediante el estudio comparativo del fallo con la ley, si esta ha sido o no correctamente aplicada por el tribunal de última instancia.

"Por el carácter extraordinario y limitado del recurso de casación, es deber del recurrente formular con claridad y precisión los motivos de ataque a la sentencia impugnada, dentro de los establecidos en la ley, y fundamentarlos de tal manera que permita a la Corte el estudio del juicio de derecho contenido en el fallo, y comprobar si en este se ha violado la ley y por qué concepto.

"La casación es un remedio técnico y la demanda que lo sustenta está sometida a condiciones de forma y de fondo cuya observancia es indispensable para su admisión y para que subsista respecto del recurrente, como expresa Fenech, 'el derecho al examen y ulterior decisión del tribunal de casación'. Tales condiciones están contempladas en la legislación colombiana en el art. 63 del Decr. 528 de 1964, que establece:

"La demanda de casación debe contener un resumen de los hechos debatidos en el juicio, y expresar la causal que se aduzca para pedir la infirmación del fallo, indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas.

"Si son varias las causales del recurso, se exponen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una".

Ahora bien, en el libelo presentado en este caso como demanda, se acusa la sentencia recurrida por violación indirecta de la ley sustancial, esto es, de la que define los delitos y señala las sanciones, y en relación con la cual, conforme al mandato antes transcrito, han de citarse en ella "las normas sustanciales que el recurrente estime infringidas" y, además, señalarse como requisito de fondo, según lo prescrito en el ord. 1o. del Art. 56 del Decr. 528 de 1964, el concepto de la violación: si por infracción directa, si por aplicación indebida o por interpretación errónea. Y cuando lo que se alega es esa forma indirecta de conculcar aquella ley, a la cual se refiere el segundo inciso de dicho ordinal, y que obliga, como en el caso que contempla su primer apartado, a fijar el concepto de su quebrantamiento, menester es también que se demuestre que este provino por haberse incurrido "en error de derecho" o "en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos" al apreciar o al dejar de apreciar determinada prueba, sin que sea dable confundir tales errores, pues el de derecho implica el cargo de que el tribunal "estimó el mérito de los elementos de juicio contrariando las normas que regulan el valor de los diferentes medios de con-

vicción" y el 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", lo que entraña por este aspecto "una antinomia nítida y categórica entre la verdad deslumbrante del proceso y la visión absurda del fallador".

Ocurre, empero, que en dicho libelo el actor plantea confusamente el cargo, pues principia diciendo que se trata de un error de hecho en la apreciación de las pruebas, y luego al referirse a estas, las enjuicia a través de las normas que regulan su valor, calificándolo de "error de derecho", para deducir de este último aquel, como si cada uno no requiriera un específico planteamiento.

Pero lo que resulta más grave aún es que el actor no señaló en su demanda las "normas sustanciales" que pudieran haber sido infringidas por el Tribunal. No podía por tanto, ante tal omisión, determinar tampoco el concepto de su violación. Estimó como sustanciales las disposiciones del C. de P. P. que reputa conculcadas, reguladoras de las pruebas.

Como es obvio, estas disposiciones no son susceptibles por sí solas para fundamentar —lo dijo la Corte en caso análogo— el recurso extraordinario de casación al amparo de la causal establecida en el ord. 1o. del art. 56 del Decreto-Ley 528 de 1964. Para ello sería preciso que de su infracción resultara conculcada, en una relación de medio a fin, la ley sustancial en alguna de sus normas, y por alguno de los conceptos que ya se indicaron. Si sólo se cita como violado el precepto regulador de la prueba, sin relacionarlo con la norma punitiva sustancial que haya sido desconocida o quebrantada como consecuencia de aquella transgresión, se presenta una "proposición jurídica incompleta"; el cargo resulta insuficiente y no puede por consiguiente prosperar con apoyo en la causal primera, pues no se sabría cuál es el precepto sustantivo que el recurrente considera violado, y la Sala no puede actuar oficiosamente sobre el particular.

Y como este es fundamentalmente el caso de la demanda, 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 de 23 de abril de 1969 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

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.

J. Evencio Posada V., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

En los procesos por falsedad, no se exige que se aporte el original del documento falsificado. Los médicos legistas nombrados por las Gobernaciones de Departamento, que hayan tomado posesión del cargo, son funcionarios públicos y los peritazgos y reconocimientos médicos que hagan en ejercicio de sus funciones, son documentos públicos. La mutación de la verdad que haga el funcionario en esos reconocimientos médicos o peritazgos, estructuran la falsedad ideológica, prevista en el numeral 4o. del art. 231 del C. P.

1o. No existe disposición legal alguna que exija, para la demostración del delito de falsedad, que se aporte al proceso el original del documento falsificado, lo que sería imposible en los casos de destrucción, supresión u ocultamiento del mismo. (Art. 231 del C. P., numeral 9o.).

2o. Conforme al artículo 5o. del Código de Régimen Político y Municipal, "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes. Lo son igualmente los que desempeñen destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos". Y el Decreto Extraordinario número 3074 de 1968 (Diciembre 17), por el cual se modifica y adiciona el Decreto 2400 del mismo año, después de expresar en su artículo 1o. que "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural", dice que empleado o funcionario público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. La misma disposición establece que "Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes".

Conforme a las leyes 53 de 1914, 101 de 1937, 94 de 1940 y 42 de 1945, el servicio médico-legal constituye un servicio público anexo a la justicia penal e integrado por expertos sometidos a sistemas de selección, característica esencial ratificada por el Decreto 1.700 de 1964, "Por el cual se reorganiza el Instituto de Medicina Legal y se crea la Escuela Superior de Ciencias Médico-Forenses". De allí que la segunda de las leyes citadas dispusiera en su art. 10 que la provisión del personal científico-técnico en las Oficinas Médico-Legales de Bogotá y de las capitales de Departamento se hará por el sistema de concurso que reglamentará el Gobierno Nacional, y que los demás cargos serían de libre nombramiento y remoción del Gobierno respectivo, extremo este último que el art. 10 del referido Decreto modificó en el sentido de que dichos nombramientos se harían de ternas enviadas por el Instituto de Medicina Legal.

De lo anterior se colige que los médicos legistas nombrados por los Gobernadores de departamentos, que tomen posesión del cargo y desempeñen las correspondientes funciones son empleados públicos o funcionarios públicos.

3o. El art. 1.758 del C. C., establece que instrumento público o auténtico es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario, y el art. 251 del C. de P. P. expresa que los documentos públicos o auténticos son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Tales formalidades son las que se exigen para los peritazgos, como lo ordena el art. 299 ibidem, cuyo texto enseña: "En los lugares en que haya médicos oficiales, el funcionario de instrucción en vez de nombrar peritos para lo que se relaciona con tales servicios, dará aviso a los empleados aludidos a fin de que practiquen las diligencias necesarias y den su dictamen por escrito, en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial".

Se desprende, con absoluta claridad, como lo

acepta el procurador, que el médico procesado, para las fechas en que hizo los dos reconocimientos al herido, "estaba investido de la calidad de funcionario público, con pleno ejercicio de las funciones inherentes al cargo de médico legista y señaladas por el art. 6o. de la Ley 101 de 1937. Es inconcusa, por tanto, la conclusión de que los instrumentos en los cuales vertió los datos referentes a los reconocimientos practicados al herido, son documentos públicos. En otros términos: Son escritos destinados a probar hechos de trascendencia jurídica, expedidos por el funcionario competente en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades preestablecidas por la ley.

Si el juez del conocimiento no se hubiera encontrado en la hipótesis prevista en el art. 299 del C. de P. P., por no haber médico oficial, hubiese designado al médico procesado, en su carácter de médico particular, habría bases para controvertir si la conducta que a este se atribuye en el proceso era susceptible de adecuarse o no a la figura criminosa descrita por el art. 191 del C. P., pero tratándose de un funcionario público, a quien se incrimina haber faltado a la verdad al narrar los hechos con fuerza probatoria en documento público, era lógico y jurídico que la calificación se desplazara hacia las conductas contempladas en el art. 231 ibidem, y concretamente a la señalada en el numeral 4o.

Fenómeno similar ocurre con la hipótesis consagrada en el art. 237 del C. P., según el cual, "El que en ejercicio de una profesión médica, forense, o de cualquier otro servicio de utilidad social, certifique falsamente acerca de hechos que deban probarse mediante dicha certificación, incurrirá... Es necesario que el agente no sea empleado público que abusando de sus funciones expida un certificado de tal naturaleza, porque si lo es, la incriminación también habrá de hacerse a título de la falsedad ideológica prevista en el numeral 4o. del art. 231, ya que entonces las características prevalentes son la calidad del funcionario y la categoría del instrumento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta).

(Aprobación: diciembre 10/69. - Acta No. 49).

VISTOS

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Jesús López Patiño* contra la sentencia de fecha 24 de septiembre de 1968, mediante la cual el Tribunal Superior de Manizales, confirmando la de primer grado, condenó a su defendido, a la pena principal de "setenta y dos meses de presidio", a las accesorias pertinentes y al pago, en abstracto, de los perjuicios ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES

a) Los hechos que originaron el proceso están relatados circunstanciadamente en la sentencia acusada:

"El 22 de octubre del año próximo pasado, siendo más o menos las ocho de la noche, fue herido de alguna gravedad José Gabriel Londoño en varias partes del cuerpo, lo que ocurrió en la parte urbana de la población de Aguadas, y en la cantina del señor Samuel Giraldo Hincapié. El lesionador lo fue el señor Helí Osorio Arias. José Gabriel Londoño fue sometido a reconocimiento médico y como es natural, fue enviado al médico legista, que lo era el Dr. José Jesús López Patiño. Este rindió su primer dictamen el que está en el folio tres de las copias en donde reconoce seis heridas todas superficiales y leves pues que 'sólo interesaron la piel y el tejido celular subcutáneo', a pesar de que en verdad, las heridas reconocidas por el imputado López Patiño como leves y sin consecuencias, son, como vamos a verlo más adelante, heridas graves y que dejan o dejaron en el ofendido varias perturbaciones funcionales permanentes y también desfiguración facial muy notoria. El mismo médico sólo a los tres días de haber dado el primer reconocimiento a que ya se aludió, emitió el segundo y *definitivo* reconocimiento y donde escuetamente, esto es sin explicación ninguna, dice que la incapacidad sufrida por el lesionado es sólo de diez (10) días *sin que le haya quedado secuela ninguna.* Como la gravedad de las heridas era apreciada a simple vista, el señor Juez Municipal de Aguadas, a los pocos días de haber dictaminado López Patiño, ordenó que se le hicieran nuevos peritajes al herido y así fue como los médicos Drs. Félix Sáenz García, y José Salazar Estrada, cada uno por su cuenta dictaminó sobre el herido en forma separada, estableciéndose con estos dos peritajes, que el herido Gabriel Londoño quedaba con varias perturbaciones de carácter permanente, y además una desfiguración facial también *de carácter permanente.* Pero el señor Juez quiso abundar en pruebas, y ordenó que el mismo lesionado fuera reconocido pericialmente por

los médicos legistas de Manizales, lo que así se hizo, habiendo rendido un peritaje semejante al dado por los dos médicos de Aguadas, o sea que en el lesionado quedaron varias perturbaciones funcionales permanentes y una desfiguración facial del mismo carácter o sea permanente. Lo anterior dio origen a la investigación que por el delito de falsedad, se le siguió al nombrado López Patiño.

"Los peritajes tanto de López Patiño como de los otros médicos, aparecen en copias fielmente expedidas por el Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal de Aguadas, y los que reproducimos a continuación.

"El primer peritaje del médico legista de Aguadas Jesús López Patiño, fue rendido el 27 de octubre de 1967 y en él dijo:

"... El señor José Gabriel Londoño presenta: 1o. Una herida con arma cortante en la *segunda falange del dedo anular* de la mano izquierda, por su cara dorsal; *interesó solo tejidos superficiales;* 2o. Una herida con arma cortante en la última falange por su borde interno; 3o. Una herida con arma cortante en el tercio inferior del brazo izquierdo por su cara posterior, es una herida de unos cuatro centímetros de longitud, en profundidad comprende piel y tejido celular subcutáneo; 4o. Una herida con arma cortante en el tercio medio del antebrazo izquierdo por su borde externo, es una herida de unos seis centímetros de longitud y en profundidad, sólo interesó piel y tejido celular subcutáneo; 5o. *Sobre el hombro izquierdo,* una herida con arma cortante de dos centímetros de longitud y en *profundidad sólo interesó la piel y tejido celular subcutáneo;* 6o. Una herida con arma cortante en el hemitórax izquierdo a nivel de la tercera costilla sobre la línea media clavicular herida de unos tres centímetros de longitud, de dirección longitudinal, en profundidad sólo interesó piel y tejido celular subcutáneo; 7o. Una lesión traumática, *con ligera escoriación de la piel sobre la mejilla derecha.* Incapacidad provisional 8 días...'.

"Sólo a los tres días de haber dado el peritaje anterior, rindió el reconocimiento definitivo en el cual dice:

"El señor José Gabriel Londoño terminó su incapacidad, la que ascendió a diez días, *sin que le haya quedado secuela alguna..." (Aguadas octubre (4) 31 de 1967).*

"Llegado el expediente de la Inspección de Policía al Juzgado, el señor Juez se enteró que tanto del informe de la Policía (fl. 1) como de la declaración del herido se estableció *que había amputación del dedo meñique de la mano izquierda,* mandó a José Gabriel Londoño a que sus heridas fueran reconocidas en forma aparte por los doctores Félix García y José Salazar Estrada. También hizo reconocer por los médicos legistas de Manizales, al mismo ofendido Londoño.

"Reconocimiento del Dr. Félix Sáenz García, dice:

"José Gabriel Londoño presenta una cicatriz en la región facial derecha que va de la mejilla al mentón la cual provoca desfiguración *facial permanente.* Otra herida en la región del tercio superior del hombro sin acabar de cicatrizar debido a infección secundaria de unos ocho centímetros de longitud y que lesionó el músculo subyacente, dejándole secuela para los movimientos de extensión. Abdución y absdución (sic) y rotación del brazo sobre la articulación del hombro, secuelas que disminuyen *en un 70% la utilidad del miembro superior izquierdo.* Cicatriz pectoral izquierda que no deja secuelas (que no deja secuelas), otra igual en la cara externa del mismo lado, tercio inferior, que tampoco deja secuelas. Dos cicatrices más en el tercio superior del antebrazo izquierdo, lado interno, tampoco dejan secuelas. *Mutilación* del tercio distal de la tercera falange del dedo meñique, aún infectada. Cicatriz sobre articulación de la primera y *segunda falange del anular* que han dejado como secuela definitiva imposibilidad para flejar el dedo. *La mutilación del dedo meñique y la anquilosis del dedo anular disminuyen la utilidad de la mano en un 20% en forma definitiva.* Cicatriz en la unión del tercio medio con el inferior del antebrazo izquierdo sobre el borde cubital no deja consecuencia. Ampliamos el reconocimiento sobre la mano izquierda en el sentido de que a más de haber mutilación y anquilosis, hay la deformidad a todas luces aparente. Tales heridas por lo general, dan una incapacidad menor de quince días, excepto la anular. En él la incapacidad aún persiste debido a la infección secundaria de la herida del hombro y de la del meñique. La herida del dedo anular por haberse lesionado cápsula articular y tendón es mayor de quince días..."

"El peritaje rendido por el Dr. José Salazar Estrada, coincide en lo fundamental con lo dicho por el Dr. Sáenz García, por eso no es necesario reproducirlo.

"Los médicos legistas de Manizales el 14 de noviembre de 1967 dieron su dictamen así:

'Gabriel Londoño Blandón examinado hoy en esta oficina presenta: 1) Cicatriz de herida cortante de 8 centímetros sobre el lado derecho de la cara, que interesó piel, tejido celular subcutáneo y mucosa. 2o. Cicatriz de herida cortante de ocho centímetros sobre la cara anterior tercio superior del brazo izquierdo, que interesó piel, tejido celular subcutáneo y músculos. 3o. Cicatriz de herida cortante de tres centímetros sobre la cara posterior tercio inferior del brazo izquierdo, que interesó piel tejido celular subcutáneo. 4o. *Cicatriz de herida cortante que amputó el dedo meñique* o pequeño de la mano izquierda a nivel de la segunda articulación interfalangiana. 5o. Cicatriz de herida cortante de cinco centímetros sobre la cara dorsal del dedo anular de la mano izquierda, que interesó piel y tejido celular subcutáneo y tendones y huesos. 6o. Dos heridas cortantes de cuatro centímetros cada una sobre la cara anterior tercio superior del antebrazo izquierdo, que interesaron piel y tejido celular subcutáneo. 7o. Cicatriz de herida cortante de cuatro centímetros sobre tercer espacio intercostal anterior izquierdo que interesó piel y tejido celular subcutáneo. 8o. Cicatriz de herida cortante de cinco centímetros sobre la cara posterior tercio medio del antebrazo izquierdo que interesó piel y tejido celular subcutáneo. Está curado. Incapacidad definitiva, 22 días. Le quedaron las siguientes consecuencias: 1o. *desfiguración facial de carácter permanente.* 2o. Limitación de los movimientos del hombro izquierdo; amputación del dedo pequeño y limitación de los movimientos del dedo anular izquierdo, que constituyen perturbación funcional del miembro superior izquierdo de carácter permanente. Amputación parcial de dedo pequeño de la mano izquierda que constituye deformidad física de carácter permanente ... ".

b) Actuación Procesal.

Practicadas las primeras diligencias, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Aguadas profirió auto de detención preventiva contra el doctor Jesús López Patiño por el delito de "Falso testimonio", denominación jurídica que el referido Despacho cambió en providencia del 21 de Diciembre de 1967, en el cual, al considerar que la infracción atribuida al sindicado configuraba "un genuino delito contra la fe pública", dispuso enviar el informativo al Juez Promiscuo del Circuito de Manizales, funcionario que en proveído del 15 de abril de 1968 calificó el mérito de la investigación abriendo causa criminal contra el doctor López Patiño por el delito de Falsedad en Documentos "de que trata el C. P. en su Libro 2o. Título 6o., Capítulo III." (fls. 103 a 117 vto. Cd. 1o.).

Cumplido el trámite propio de la causa, el Juez del conocimiento condenó al doctor Jesús López Patiño, mediante fallo del 28 de agosto de 1968, a la pena principal de "setenta y dos meses de presidio", como responsable del delito que se le imputó en el auto de proceder, fallo que el Tribunal Superior de Manizales confirmó en el que ahora es materia del recurso extraordinario de casación. (fls. 130 a 143, y 171 a 183, Cd. 1o.).

LA DEMANDA

La acusación al fallo recurrido se formula, exclusivamente, con apoyo en la primera de las causales previstas en el art. 56 del Decr. 528 de 1964, a cuyo amparo se proponen dos cargos, a saber:

Primer cargo.- Después de transcribir el actor el primer cuerpo del numeral citado, propone la censura en los siguientes textuales términos:

"Impugno la sentencia, por ser violatoria de la ley sustancial, por *error de hecho,* consistente en la inexistencia del cuerpo del delito, ya que dicha sentencia se dictó en base a una transcripción que hizo probablemente el Juzgado del dictamen pericial, sin existir en autos el ordinal de dicho dictamen; es decir, se condenó al Dr. Patiño, sin tenerse demostrada la prueba exigida por el art. 203 del C. de P. P. ya que ni siquiera el objeto material del delito de falsedad en documentos públicos en el —documento original— figura en autos, desconociendo el mandato del art. 272 del C. P. P.".

La tacha se sustenta diciendo lo que a continuación se reproduce, a fin de conservar intacto el pensamiento del impugnante sobre el particular:

"No existe demostrado en el proceso la prueba requerida para que se tipifique el delito de falsedad documental, o sea el documento original sobre el cual recae el reato, para poder dictar sentencia condenatoria contra el acusado. Y es cierto que al no existir esa prueba, tanto el Juzgado Promiscuo Municipal como el Honorable Tribunal, incurrieron en Error de Hecho, al darle categoría de cuerpo de delito, como plena prue-

ba a un documento que no lo es, por no ser el original".

Agrega el demandante que como consecuencia del error de hecho anotado, el sentenciador infringió los arts. 203 y 272 del C. de P. P. y el 231 del C. P.

Segundo cargo.- Se plantea expresando que "En la sentencia condenatoria se violó la ley penal, por aplicación indebida, por cuanto se condenó al Dr. Jesús L. Patiño por falsedad en documentos públicos, cuando el delito en caso de existir sería el de Falso Testimonio".

En desarrollo de tal planteamiento expresa el actor, en esencia, que "El dictamen pericial de un médico legista no puede catalogarse como un documento público, por faltarle la característica exigida para tal, como es el de la publicidad o posibilidad de ser conocido por todos". Publicidad que "no puede existir tratándose de la etapa sumarial donde por ley se ordena que el sumario sea reservado".

Agrega que tampoco está demostrado en el proceso "el elemento *sine qua non* exigido en la falsedad ideológica o sea la intención dolosa con el ánimo de causar daño", ya que el Dr. Patiño procedió "con un sentido humanitario y de buena fe, por el deseo de beneficiar a las partes". Y luego arguye lo siguiente:

"Analizando el otro elemento tipificante de la falsedad o sea 'que la falsedad se refiera a hechos que el escrito deba probar' tenemos que tampoco se cometió este delito por la no existencia de este elemento exigido, ya que el escrito de un dictamen pericial no es prueba suficiente para probar un hecho. Es sólo una prueba, cuya fuerza probatoria depende en últimas del valor que le dé el Juzgador. Y tan es así, que el Juez puede rechazar un dictamen pericial por no ser convincente a su criterio, y por otro lado las partes pueden objetarlo por los motivos que la ley les señala".

A continuación expone el impugnante algunas consideraciones enderezadas a desarrollar lo dicho en el aparte que acaba de transcribirse, resumiendo luego sus ideas así:

"Consecuencialmente, por habérsele aplicado al Dr. Jesús L. Patiño el art. 231 No. 4o. del C. P. se violó por aplicación indebida el art. 191 del C. P. que dice: "El que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad, incurrirá en presidio de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término".

Concluye pidiendo a la Corte que case el fallo recurrido y dicte en su lugar el que deba reemplazarlo, "al tenor del art. 58 del Decr. 528/64", por cuanto aquel no consulta la realidad procesal, ni los intereses de su representado.

EL MINISTERIO PUBLICO

Con respecto a la primera de las tachas propuestas por el demandante manifiesta enfáticamente el Procurador Primero Delegado que no puede aceptarse, "porque al informativo se allegaron copias auténticas de los reconocimientos rendidos por el Dr. López Patiño tomadas de su original que reposa en el proceso penal, y expedidas por el secretario del Juzgado, no objetadas, ni de tacha alguna, por lo cual pierde piso el cargo estudiado". Y observa que, además, el procesado doctor López acepta en su indagatoria haber rendido tales reconocimientos. "Esa confesión, —agrega— no desvirtuada por elemento de juicio alguno se convierte en plena prueba de lo que se ha dicho está carente de ella, pues, si no se adjuntó el documento original, él fue totalmente reconocido —en su continente y contenido—, por su autor".

Extensas consideraciones le merece a la Procuraduría el segundo aspecto de la acusación. Al analizar el contenido del art. 231 del C. P., demuestra, con cita de las disposiciones legales, pertinentes y de los medios de convicción obrantes sobre el particular en el expediente, "que el Dr. Jesús López Patiño para las fechas en que hizo los dos reconocimientos médicos a José Gabriel Londoño (fls. 2 vto. y 3 frente del Cd. 1o.), estaba investido de la calidad de funcionario público, con pleno ejercicio de las funciones inherentes al cargo de médico legista, y señaladas por el art. 6o. de la Ley 101 de 1937".

Se refiere luego, invocando la autoridad del tratadista doctor Antonio Rocha, a los requisitos que conforme a nuestra ley positiva caracterizan el *documento público:* a) Que esté autorizado; b) Que lo esté con las formalidades legales; c) Por un funcionario competente. En su sentir, es incuestionable que en el caso de autos se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y c), mas no el segundo. En desarrollo de tal criterio expresa:

"El art. 308 del C. de P. P. contiene las formalidades rectoras de los actos que deben ejecutar los médicos legistas, o los facultativos que tran-

sitoriamente desempeñen tal función, y a las cuales deben sometimiento las personas ofendidas; ellas, en el caso sub judice, vale decir, en el acto del médico López Patiño, no tuvieron cumplimiento total, lo cual ejerce influencia de no estar perfeccionados, como documento público, los reconocimientos tachados de falsedad.

"Dice así la norma en cita:

"Art. 308. En caso de lesiones personales, el funcionario de instrucción ordenará al herido que se someta rigurosamente al tratamiento que le prescriban los facultativos.

"Con tal fin se practicarán lo menos tres reconocimientos médicos, para que se determinen con precisión la naturaleza de las lesiones, su extensión, dirección y demás circunstancias peculiares; el arma o instrumento con que fueron causadas, y los efectos que produzcan, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Capítulo II del Título XV del Código Penal.

"Estos reconocimientos serán practicados cada veinticuatro horas, si la lesión fuere grave, y cada tres días, si fuere leve.

"En caso de muerte, los facultativos deben declarar sobre la verdadera causa de ella y el funcionario de instrucción ordenará que se practique la autopsia. También se agregará a los autos la partida de defunción o la declaración de los testigos acerca de este hecho .

"El dictamen médico legal se forma con los tres reconocimientos que prescribe el artículo transcrito, verificados directa y personalmente por el facultativo, con intervalos de veinticuatro horas, o tres días, según la gravedad de las lesiones reconocidas. Esto nos está diciendo que antes del tercer reconocimiento no se puede decir que hay dictamen médico legal, sino, apenas, unos reconocimientos parciales. Y entiende esta Procuraduría que el dictamen o experticio del legista lo forman los tres reconocimientos. Estos son los requisitos legales para poder clasificar al dictamen como documento público. Faltando uno, se repite, no se puede denominar documento público lo hecho con esa deficiencia, so pena de torcer el cuello a la verdad legal.

"El primer reconocimiento médico sólo puede reseñar una situación real, ya que no formal, en cuanto a incapacidad y secuelas, las cuales van afirmándose o desapareciendo a medida que transcurre el tiempo, y se van fijando en los demás reconocimientos. Y como el fin único del dictamen es aportar al proceso luz probatoria para conocer la ritualidad procedimental a seguir, y, más importante aún, la competencia del Juzgador, se tienen que exigir que sea elaborado con todos los requisitos y formalidades prescritas en la Ley".

Expuesto lo anterior, el representante del Ministerio Público ofrece algunos conceptos sobre el aspecto subjetivo de la infracción por la cual fue condenado el doctor López Patiño. "Cierto es —dice— que el delito de falsedad en documentos sólo pide para poder surgir dentro del mundo de la ilicitud un dolo genérico, 'traducido en la representación del resultado y en la voluntad de producirlo contra derecho' (Cas. junio 6 de 1950, Tomo LXVII. Nos. 2083-2084)".

Anota sin embargo, que no es uniforme el criterio de las legislaciones y de los tratadistas sobre la materia, ya que los códigos punitivos de algunos países exigen, para que el delito de falsedad en documento público se configure, un dolo especial. Y resumiendo su opinión en torno al tema suscitado, dice:

"No se puede negar que la norma colombiana es de las que encajan dentro de la teoría que indica que 'el conocimiento de la mutación de la verdad basta para constituir el elemento del dolo en el delito de falsedad documental' como lo define Lombardi, pero también es cierto que nuevos aires forman corrientes que refrescan y humanizan tal formalismo, pues no se puede olvidar que hay que descender de los fríos riscos de la normación legal para evaluar exactamente la conducta del hombre transgresora del principio. Vale decir que aunque el legislador colombiano sólo consagró el dolus generalis, no es frontera infranqueable para poder entrar en tierras de dominio del dolus especialis, teniéndose este en una graduación aceptable, de acuerdo con la objetividad de la conducta examinada.

"Antolisei, ya citado, con su pensamiento quiere romper los viejos moldes y enseñar que debe existir en la falsedad de documento público una conciencia de causar daño, daño no reflejable únicamente sobre el ente abstracto de la fe pública, sino que se refleje fuertemente sobre intereses particulares, sobre aquellos derechos que están, o, mejor suscitan la protección probatoria del mismo documento público. Y es enfático para exigir que a la conciencia de inmutar la verdad, y la voluntad para conseguirlo, se haga presente ese ánimo dañino, traducible en lesión grave, que produzca conmoción en el mundo del interés particular, a lo cual se añade que ese daño, o, mejor, la conciencia para causarlo debe ser la resultante de un interés de lucro

para el falsario, el desconocimiento de un interés ajeno, el que también se causa al servir la falsedad de medio para el lucro de un tercero.

"No surge del plenario razón de respeto para sostener que el médico López Patiño con su conducta produjo transgresión a la norma legal constitutiva del delito de 'Falsedad en Documentos Públicos', pues de él no se puede decir que al obrar en la forma conocida 'comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones' a realizar un acto contrario a la ley (Fontán Balestra, El Elemento Subjetivo del Delito). Pudo haber faltado a la verdad en la narración de unos hechos hecha bajo la gravedad del juramento, mas no agotó la realización del acto, por cuanto, como se ha dicho, su dictamen no se perfeccionó, desprendiéndose lo actuado del sitio adjudicado al documento público, para caer en el vacío. Y añadido a esto la inexistencia de 'la libre y consciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a una Ley Penal... o la intención de causar un resultado antijurídico' (Maggiore), o la falta de 'voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso' (Cuello Calón), es, en concepto de esta Procuraduría Delegada, justo y equitativo invalidar el fallo proferido por el ad quem".

Cierra su alegato el Procurador con la solicitud de que se invalide el fallo recurrido, dando cumplimiento al numeral 1o. del art. 58 del Decr. 528 de 1964.

LA CORTE CONSIDERA

1. Como lo expresa el Procurador refutando el primer cargo, al informativo se trajeron copias auténticas de los reconocimientos practicados por el doctor Jesús López Patiño expedidas por el Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal de Aguadas, tomadas de los originales que reposan en el proceso promovido contra Helí Osorio Arias por el delito de lesiones personales. Además, el doctor López Patiño acepta en su indagatoria haber rendido los reconocimientos objetados. En efecto, en la referida diligencia se lee:

"*Preguntado el indagado por ante su apoderado: Sírvase decir si es su voluntad si es un hecho cierto que Ud. examinó como Médico Legista al señor José Gabriel Londoño quien presentaba varias lesiones. Contestó:* Sí, el certificado está firmado fui yo quien lo examinó. *Preguntado:* Sírvase decir si la firma que se le pone de presente es la misma que Ud. utiliza en todos sus actos públicos y privados (Se le puso de presente el dictamen de fecha 27 de octubre de 1967). *Contestó:* Sí, es la misma. *Preguntado:* ¿Sírvase decir si al mismo sujeto José Gabriel Londoño le practicó Ud. un segundo reconocimiento en el cual dijo el 31 de octubre de 1967 que le había terminado su incapacidad la cual había ascendido a diez días sin que le hubiera quedado secuela? *Contestó:* Sí es cierto como consta ahí". (Fl. 10 vto., Cd. 1o.).

Por lo demás, no existe disposición legal alguna que exija, para la demostración del delito de falsedad, que se aporte al proceso el original del documento falsificado, lo que sería imposible en los casos de destrucción, supresión u ocultamiento del mismo. (Art. 231, del C. P., numeral 9o.).

Por lo visto, la primera de las tachas propuestas carece de todo fundamento y debe, en consecuencia, rechazarse.

2. En cuanto al segundo de los cargos formulados, se observa:

a) Conforme al art. 5o. del C. de R. P. y M., "son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñen destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos". Y el Decreto Extraordinario número 3074 de 1968 (Diciembre 17), por el cual se modifica y adiciona el Decr. 2.400 del mismo año, después de expresar en su artículo 1o. que "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural", dice que empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. La misma disposición establece que "Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes".

b) Conforme a las leyes 53 de 1914, 101 de 1937, 94 de 1940 y 42 de 1945, el servicio médico-legal constituye un servicio público anexo a la justicia penal e integrado por expertos sometidos a sistemas de selección, característica esen-

cial ratificada por el Decr. 1.700 de 1964, "Por el cual se reorganiza el Instituto de Medicina Legal y se crea la Escuela Superior de Ciencias Médico-Forenses". De allí que la segunda de las leyes citadas dispusiera en su art. 10 que la provisión del personal científico-técnico en las Oficinas Médico-Legales de Bogotá y de las capitales de Departamentos se hará por el sistema de concurso que reglamentará el Gobierno Nacional, y que los demás cargos serían de libre nombramiento y remoción del Gobierno respectivo, extremo este último que el art. 10 del referido Decreto modificó en el sentido de que dichos nombramientos se harían de ternas enviadas por el Instituto de Medicina Legal.

c) ediante Decr. No. 0018 de 1966 (Enero 13), el Dr. Jesús López Patiño fue nombrado Médico Legista del Municipio de Aguadas por la Gobernación del Departamento de Caldas fl. 45 vto., Cd. 1o.); tomó posesión de su cargo el día 18 del mismo mes (fl. 25 vto. id.), y desempeñó las correspondientes funciones hasta el 1o. de Diciembre de 1967, fecha en que la Gobernación del citado Departamento, atendiendo la solicitud del Juzgado Segundo Municipal de Aguadas, lo suspende del referido empleo por Decr. 0575.

c) El art. 1.758 del C. C. establece que instrumento público o auténtico es el autorizado con las formalidades legales por el competente funcionario, y el 251 del C. de P. P. expresa que los documentos públicos o auténticos son los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones. Tales formalidades son las que se exigen para los peritazgos, como lo ordena el art. 299 ibídem, cuyo texto enseña: "En los lugares en que haya médicos oficiales, el funcionario de instrucción en vez de nombrar peritos para lo que se relaciona con tales servicios, dará aviso a los empleados aludidos a fin de que practiquen las diligencias necesarias y den su dictamen por escrito, en la forma y con los requisitos que se exigen para la prueba pericial".

d) De las anteriores premisas se desprende, con absoluta claridad, como lo acepta el Procurador, que el Dr. Jesús López Patiño, para las fechas en que hizo los dos reconocimientos médicos a José Gabriel Londoño (27 y 31 de octubre de 1967), "estaba investido de la calidad de funcionario público, con pleno ejercicio de las funciones inherentes al cargo de médico legista, y señaladas por el art. 6o. de la Ley 101" de 1937. Es inconcusa, por tanto, la conclusión de que los instrumentos en los cuales vertió los datos referentes a los reconocimientos practicados al herido José Gabriel Londoño, son documentos públicos. En otros términos: Son escritos destinados a probar hechos de trascendencia jurídica, expedidos por el funcionario competente en ejercicio de sus funciones y con el lleno de las formalidades preestablecidas por la ley.

3. Si el Juez del conocimiento no se hubiera encontrado en la hipótesis prevista por el art. 299 del C. de P. P., vale decir, si por no haber médico oficial en Aguadas hubiese tenido que designar perito al doctor López Patiño, en su carácter de galeno particular, habría bases para controvertir si la conducta que a este se le atribuye en el proceso era susceptible de adecuarse o no a la figura criminosa descrita por el art. 191 del C. P., pero tratándose, como se ha demostrado, de un funcionario público, a quien se incrimina haber faltado a la verdad al narrar hechos con fuerza probatoria en un documento público, era lógico y jurídico que la calificación se desplazara hacia las conductas contempladas en el art. 231 ibídem, y concretamente a la señalada en el numeral 4o.

Fenómeno similar ocurre con la hipótesis consagrada en el art. 237 del C. P., según el cual, "El que en ejercicio de una profesión médica, forense, o de cualquier otro servicio de utilidad social, certifique falsamente acerca de hechos que deban probarse mediante dicha certificación, incurrirá... Es necesario que el agente no sea empleado público que abusando de sus funciones expida una certificado de tal naturaleza, porque si lo es, la incriminación también habrá de hacerse a título de la falsedad ideológica prevista en el numeral 4o. del art. 231, ya que entonces las características prevalentes son la calidad del funcionario y la categoría del instrumento.

Sobre el particular expresa Maggiore, recordando casación del 26 de junio de 1936, que "comete el delito previsto por el art. 480, C. P., y no el del art. 481, el médico oficial necrótomo que en un certificado de autopsia atestigua falsamente hechos cuya verdad está destinado a probar el acto". Disposiciones que, en su orden, se refieren a "falsedad ideológica cometida por un funcionario público en certificados o autorizaciones administrativas", y a "falsedad ideológica en certificados cometida por personas que ejercen un servicio de necesidad pública". (Giuseppe Maggiore. Derecho Penal, Vol. III, pág. 584. Temis, 1955).

4. Por lo demás, el cargo de error en la denominación jurídica de la infracción, que es el

que en esencia plantea el impugnante, debió proponerse al amparo de la causal 4a. de casación, que ni siquiera ha sido mencionada en el libelo, causal que, cuando prospera, no conduce al proferimiento de un fallo sustitutivo del que se infirma, sino, como lo ordena el art. 58 del Decr. 528 de 1964 en su numeral 3o., a que la Corte declare el estado en que queda el proceso y disponga que se envíe al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo resuelto por ella.

5. Finalmente se observa que el tema referente al dolo y su prueba, apenas sugerido por el actor y desarrollado por el Procurador, traspasando ostensiblemente el ámbito de la acusación, constituye un motivo de tacha sólo aducible con fundamento en el segundo apartado de la causal primera, e implica la demostración de que se infringió la ley sustantiva a causa de error de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, error de hecho que no puede ser de cualquier naturaleza, sino aquel que aparezca de modo manifiesto en los autos.

Todo lo dicho conduce a la conclusión de que este segundo aspecto de la acusación tampoco fue demostrado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

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.

ROBO

La ley no define qué actos deben calificarse como "medios de violencia" y al estimar el juzgador una determinada acción como acto de violencia, no está creando un delito por analogía. El arrebatar o despojar a una persona de su cartera, de manera violenta —raponazo— constituye robo y no hurto.

Definir si un acto dado, como el de arrebatar a una persona algún objeto de su propiedad, una cartera, por ejemplo, no es un elemento de derecho que venga a integrar el cuerpo del delito, sino que, como un hecho, queda a la consideración del juez en función de las pruebas allegadas al proceso; de manera que al definirlo en cuanto a su naturaleza, la doctrina o jurisprudencia, o mejor la sentencia, no está creando un nuevo delito, con evidente violación del art. 26 de la Constitución, sino verificando un hecho, porque ninguna ley ha definido qué actos deben calificarse como "medio de violencia"; y, en consecuencia, el estimar el juzgador una determinada acción como acto de violencia, no está creando un delito por analogía sino dando una aplicación a una norma preexistente o sea el art. 402 del C. P., modificado por el 2o. de la Ley 4a. de 1943.

En los delitos contra la propiedad no puede confundirse la consumación del ilícito con el aprovechamiento económico que el procesado obtenga o pueda obtener de la infracción; de ahí que los artículos conducentes de C. P. (397 y 402) se refieren a "sustracción" o "apoderamiento" de alguna cosa mueble, mas no al aprovechamiento económico de la cosa sustraída o de la cual se apoderó mediante violencia a la cosa o personas.

El hecho imputado al procesado, en cuanto despojó o arrebató a la denunciante su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues es el significado de tales palabras según el Diccionario de la Lengua: "Arrebatar. —Quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza—. Llevar tras de sí o consigo con fuerza irresistible". "Despojar. —Privar— a uno de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia...". Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista en la respectiva disposición penal.

El acto atribuído al procesado no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito.

El acto de despojar o arrebatar, en este caso, se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna o "mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión"; de ahí que algunos tratadistas "sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta a la natural y usual para tomar posesión de la cosa"; sin embargo, semejante modo de argumentar, además de estar en abierta oposición con el hecho consumado por el procesado, entraña un inaceptable concepto objetivo al considerar que el depojar o arrebatar alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, "natural y usual para tomar posesión de la cosa", algo que resulta manifiestamente inaceptable, por decir lo menos.

Nadie se atrevería a calificar como natural, normal y usual el acto atribuído al procesado que en la vía pública arrebató o despojó de la cartera a la denunciante, aun cuando desgraciadamente, de frecuente ocurrencia en esta ciudad, esa clase de hechos ilícitos.

Al sostener que no hubo violencia de "ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.", se confunden en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros, como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso sub judice, hubo testigos que vieron cuando el procesado en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen, los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura,

desgarramiento, distorsión, etc.; o huellas, en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, mas no imposible.

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

(Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña).

(Aprobación: Acta No. 50).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el fiscal sexto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha tres de mayo de 1969, según la cual, reformando la de primera instancia, impuso al procesado Gustavo Ruiz Alfonso "la pena de nueve meses dieciocho días de prisión, con base en la Ley 40 de 1968, en lugar de la de un año..." como responsable de un delito contra la propiedad en la modalidad de hurto.

I.- Hechos: a) De acuerdo con la narración que aparece en autos, a las dos y media de la tarde del 23 de julio de 1968, Ligia Reyes de Ocampo se disponía a subir a un bus de servicio público en la Avenida Jiménez de Quesada con la carrera décima de esta capital, momento aprovechado por el procesado para arrebatarle la cartera que portaba, emprendiendo en seguida la fuga, pero ante los gritos de la damnificada, la cooperación de varios ciudadanos y la directa intervención del coronel Víctor Delgado Mallarino fue capturado y se le encontró la cartera que contenía la suma de doscientos pesos y un reloj Mido todo lo cual se estimó en la cantidad de setecientos sesenta pesos.

b) En el auto de proceder dictado por el juez 58 penal muncipal de Bogotá, se lee:

"Ocupándonos ahora de entrar a calificar el aludido delito contra la propiedad, consistente en la sustracción de la cartera arrebatada por el denunciado a la denunciante y con la cual emprendió carrera, lógico es comprender que tal carrera fue la acción encaminada por el denunciado a contener el obstáculo en defensa del bien de que acababa de apropiarse. No obstante la carrera que tal sindicado se ingenió para obtener el propósito del aprovechamiento que en fin de cuentas no lo logró por que como se dijo la cartera se recuperó, se configura el delito de hurto, ya que no hubo violencia contra las personas o las cosas.

"Sentado lo anterior, debemos concluir que estamos frente a la figura jurídica del delito de hurto". (fls. 22 cdno. No. 1o.).

c) En la sentencia recurrida, el tribunal, tratando de responder los argumentos del fiscal que estima el ilícito como robo, se expresa así:

"En el caso sub judice no hubo violencia alguna, física o moral, sobre la persona de doña Ligia Reyes de Ocampo y tampoco sobre su cartera, la cual quedó intacta sin siquiera abrirla, por lo cual falla uno de los elementos exigidos por el art. 2o. de la ley 4a. para que se tipifique el delito de robo.

"Cómo, podrá el Tribunal, consagrar por vía de jurisprudencia, una violencia no estauida en la ley con base en la doctrina de eminentes profesores, rectores del pensamiento penal universal si se quiere, sin violar lo dispuesto en el art. 26 de la C. N. que establece que nadie podrá ser condenando sino por delito previamente definido en la ley, la cual debe determinar sus elementos estructurantes y no el Juzgador, menos aún por analogía con otras legislaciones. (art. 1o. del C. P)", (fs. 14 C. No. 2o.).

Más adelante se lee en la misma sentencia:

"Podría decirse, en 'el caso sub judice' que al tomar la cartera usó de la fuerza, pero esa fuerza necesaria para la mutación del mundo exterior no solo en los delitos de hurto, robo, sino en muchos otros, no puede estimarse como 'violencia', porque la violencia física sobre las cosas debe producir en estas alguna mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión, pero no la fuerza empleada para el cambio de la posesión que no daña, ni desfigura ni deforma esta.

"De ahí, que los eminentes tratadistas colombianos, doctores Humberto Barrera Domínguez y Luis Eduardo Mesa Velásquez, en sus tratados de delitos contra la propiedad, sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa.

"El Dr. Mesa Velásquez, en su obra 'Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal y Delitos contra la Propiedad', pág. 132 dice:

' ... Si la fuerza en la cosa se ejerce en una forma normal, con los sistemas ordinarios y adecuados para la remoción o traslación del ob-

jeto, en forma semejante a como procedería el mismo propietario, el título del hecho es hurto y no robo.

"para mejor ilustración de los anteriores conceptos, veamos algunos ejemplos:

Deben considerarse como hurtos: el arrancamiento de frutos, el corte de árboles, de caña de azúcar, de trigo; la separación de las llantas de un vehículo, aflojamiento con herramientas y normalmente las tuercas que las sujetan; la separación de las tapas metálicas o ' cocas' de las ruedas de un automóvil, utilizando palancas; la desunión de los alambres conductores de la corriente de un radio. En todos estos casos los medios utilizados por el ladrón son los que naturalmente se emplean por los poseedores para la remoción de la cosa. En consecuencia, la fuerza así ejercida no puede identificarse con la violencia propia del robo, que es destructiva e irregular, dañina y alterante de las cosas que rodean el bien robado". (fls. 15 ibídem).

II.- *Demanda de casación.* En la demanda presentada por el fiscal, con el lleno de las formalidades legales, en lo sustancial se expresa en la siguiente forma:

"Manda el ord. 4o. del art. 56 del Decr. 528 de 1964 que en materia penal el recurso de casación procede por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad.

"Entiendo muy honorables señores Magistrados que en el evento de estudio, la sentencia impugnada, se profirió en un juicio afectado de nulidad, cuanto que dentro del auto calificatorio en el cual fueron dirigidos contra el incúsado los cargos, se le atribuyó el delito de hurto. En base a tal denominación avanzó el juicio y se agotaron las dos instancias. Ese trámite posterior a la denominación jurídica del reato ha sido inválido, como quiera que el episodio ilícito demandable al señor Ruiz Alfonso es un robo frustrado y no el hurto ya anotado. Al producirse el auto de proceder con la errada calificación, provocó de inmediato la invalidez futura del proceso y por lo mismo, en guarda de los principios constitucionales es de rigor, se acepte mi planteamiento y se enderece la ritualidad por los cauces verdaderos. Es justo y legal que a una persona se le enjuicie por el delito realmente cometido, más no lo es, si se le voca por un delito diferente aunque tenga señalada pena menor.

"b) El juzgador ' ad quem' comparte la teoría de primera instancia, sobre que el acto voluntario, típico, antijurídico y culpable cometido por el señor Ruiz Alfonso es un hurto. Yo entiendo que se trata de un robo, o sea que la separación conceptual, proviene de la errada interpretación de la norma (o el art. 397 o el 402 del C. P.) la cual obligatoriamente debía cumplirse en la providencia enjuiciatoria visible al fl. 20 del cuaderno principal. En otros términos aconteció procesal y sustantivamente como el auto de vocación a juicio incurrió en mala calificación del episodio, con la nulidad consiguiente, continuando esa anómala situación nulificante, inclusive hasta el pronunciamiento final de segundo grado". (fls. 7 cdno. No. 4.o.).

Sobre esta materia el fiscal recurrente hace una larga exposición, con el objeto de que el hecho o el acto atribuído a Ruiz Alfonso no puede definirse hurto sino robo, al efecto argumenta:

"...Por forma y manera que, al apoderarse una persona de una cosa u objeto mueble ajeno, desplegando energía muscular anormal es decir no común, cometerá el delito de robo y no el de hurto. A este respecto vale la pena transcribir lo definido o expuesto por el autor ibérico Fontán Balestra, al ocuparse del concepto violencia: ' Tampoco puede hablarse de robo cuando la fuerza empleada para lograr el apoderamiento sea la necesaria para separar la cosa de *modo normal* de aquella o aquellas a que se encuentra adherida o unida...' (El subrayado es mío). Siguiendo por razonamiento contrario la idea del autor, tiénese que en el evento de estudio la fuerza empleada por el delincuente para lograr el objeto no fue la normal, sino la diferente o anormal y que de no haberse desplegado le hubiera impedido ese apoderamiento. Queda entonces claro que en el caso de examen hubo robo y no hurto, según lo dijo el funcionario de primera instancia en su auto calificador y lo reafirmó equivocadamente el Tribunal en la sentencia que yo censuro, jurídicamente". (fls. 8 ib.).

III.- *Concepto del Procurador Delegado.* El procurador primero delegado en lo penal comparte parcialmente los puntos de vista del fiscal, porque considera que se trata de un delito de robo, mas no de hurto, en la calidad de consumado y no el de frustrado según la tesis del fiscal.

Sobre esta materia, en lo sustancial, dice el procurador delegado:

"Al calificarse erradamente el delito el juzgador quebranta en forma directa la ley sustancial por cuanto la disposición sustantiva pertinente se dejó de aplicar al hecho probado en el proceso, vale decir que el quebranto surge de la aplicación indebida dado caso que Gustavo Ruiz Alfonso fue llamado a responder en juicio criminal por el delito de hurto, y se le condenó a pena privativa de la libertad como responsable por el mismo delito, cuando el plenario todo es afirmativo en la probanza incriminatoria demostrativa de la comisión del delito de Robo tipificado y sancionado por el art. 2o. de la Ley 4a. de 1943, que modificó el art. 402 del cdno. ppal. No se podía en ningún momento colocar la conducta imputable al justiciado bajo el imperio de lo estatuído en el precepto sustantivo que define y sanciona al delito de Hurto (art. 1o. Ley 4a. de 1943) y al hacerlo, tanto el juzgador de primera como de segunda instancia violaron en forma directa la ley sustantiva". (fls. 24 y 25 cdno. No. 4).

Termina solicitando a la Corte la invalidación del fallo recurrido y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de proceder.

IV.- *Consideraciones de la Corte:* La Corte, para decidir el recurso, antepone los siguientes razonamientos:

a) Conviene destacar, con el fin de evitar equivocadas interpretaciones, que la causal de nulidad alegada en este recurso no tiene la calidad de constitucional, sino de legal, porque el art. 198 del C. de P. P., en el ord. 5o., considera como tal el "haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción", que presupone, obviamente, la aceptación de los elementos de hecho, en cuanto a su existencia y modalidades, pero cuya calificación o adecuación a la norma penal se estima equivocada al darle una denominación distinta de la que realmente le corresponde.

b) Definir si un acto dado, como el hecho de arrebatar a una persona algún objeto de su propiedad, una cartera, por ejemplo, no es un elemento de derecho que venga a integrar el cuerpo del delito, sino que, como uno de hecho, queda a la consideración del juez en función con las pruebas allegadas al proceso; de manera que al definirlo en cuanto a su naturaleza, la doctrina o jurisprudencia, o mejor, la sentencia, no está creando un nuevo delito, con evidente violación del art. 26 de la Constitución, sino verificando un hecho, porque ninguna ley ha definido qué actos deben calificarse como "medio de violencia"; y, en consecuencia, al estimar el juzgador una determinada acción como acto de violencia, no está creando un delito por analogía sino dando una aplicación a una norma preexistente o sea el art. 402 del C. P., modificado por el 2o. de la ley 4a. de 1943.

c) En los delitos contra la propiedad no puede confundirse la consumación del ilícito con el aprovechamiento económico que el procesado obtenga o pueda obtener de la infracción; de ahí que los arts. conducentes del C. P. (397 y 402) se refieren a "sustracción" o "apoderamiento" de alguna cosa mueble, más no al aprovechamiento económico de la cosa sustraida o de la cual se apoderó mediante violencia a la cosa o persona.

d) El hecho imputado al procesado (Ruiz Alfonso), en cuanto despojó o arrebató a Ligia Reyes de Ocampo su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues el significado de tales palabras según el Diccionario de la Lengua: "Arrebatar —Quitar o tomar alguna cosa con violencia y fuerza— Llevar tras sí o consigo con fuerza irresistible... c.." "Despojar —Privar a uno de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia...". Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista y calificada en la respectiva disposición penal.

e) El acto atribuído a Ruiz Alfonso no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito; y esta calificación de la acción no es del fiscal ni de la Corte, sino que los jueces de instancia la usaron, porque son los únicos verbos precisos para dar una idea exacta de la acción de Ruiz Alfonso: en el auto de proceder, en el aparte antes copiado, se refiere a la "cartera *arrebatada* por el denunciado a la denunciante..." (fl. 22 Cdno. No. 1o.); en la sentencia recurrida se lee: "La señora Ligia Reyes de Ocampo, en momentos en que tomaba un bus, con algunos familiares en esta ciudad, fue despojada de la cartera de brazo por Gustavo Ruiz Alfonso, quien emprendió la huida..." (fl. 28 cdno. No. 3).

f) El acto de despojar o arrebatar, en este caso, se dice que no puede reputarse como un me-

dio de violencia, porque ni en la persona ni en el objeto dejó huella alguna o "mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión"; de ahí que algunos tratadistas "sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa"; sin embargo, semejante modo de argumentar, ademas de estar en abierta oposición con el hecho consumado por Ruiz Alfonso, entraña un inaceptable concepto subjetivo al considerar que el despojar o arrebatar alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, "natural y usual para tomar posesión de la cosa", algo que resulta manifiestamente inaceptable por decir lo menos.

g) Claro está que existen ciertos actos, mencionados en los apartes antes transcritos, que no pueden reputarse como "medio de violencia", pero para calificarlos así deben revestir una "forma semejante a como procedería el mismo propietario"; en otras palabras tener la calidad de normal, natural y usual, como cuando el dueño separa del árbol una fruta, que si bien *requiere* el empleo de cierta fuerza material, *por sí misma,* no podría integrar un delito de robo en caso de que la operación se llevara a efecto por un tercero sin derecho alguno; sin embargo nadie se atrevería a calificar como natural, normal y usual el acto atribuído al procesado que en la vía pública arrebató o despojó de la cartera a Ligia Reyes de Ocampo, aun cuando sean, desgraciadamente, de frecuente ocurrencia en esta ciudad.

h) Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de "ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.", se confunde en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros, como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en caso sub judice, hubo testigos que vieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen los actos de violencia no requieren que *necesariamente* dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, mas no imposible.

Debe concluirse, pues, que en el auto de proceder se incurrió en error en la calificación jurídica del ilícito, que impone la invalidación del fallo recurrido y la reposición de todo lo actuado a partir del auto de proceder que debe dictarse nuevamente por el juez competente.

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, INVALIDA el fallo de fecha 3 de mayo de 1969, proferido por el Tribunal Superior de Bogotá y ordena reponer el procedimiento a partir del auto de proceder de fecha 28 de septiembre de 1968 (fl. 20 cdno. No. 1) que queda comprendido en la nulidad que se declara en esta sentencia.

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.

ACLARACION DE VOTO

De la manera más atenta y en relación con el fallo de 12 de diciembre de 1969, el suscrito debe aclarar su voto de la manera siguiente:

El concepto de violencia física, para los efectos de calificar como robo la sustracción de cosa mueble ajena, implica que el bien se tome de manera no común u ordinaria y removiendo, mediante fuerza material, elementos destinados expresamente a la defensa de las cosas.

En consecuencia, no todo esfuerzo para levantar, por caso, un objeto pesado y sustraerlo sin consentimiento de su tenedor legítimo, constituye robo. Ni lleva a dicha calificación jurídico-penal la violencia que se ejercite sobre cosas no puestas de manera directa para la tutela de los bienes frente a la ilegítima codicia ajena.

Así, pues, el procedimiento habilidoso del delincuente, al despojar con rapidez a un transeúnte de su reloj de pulsera; o al sacar de sus bolsillos sus bienes; o quitar la cartera que una mujer lleva colgante de su brazo, no representa esa violencia física, en el alcance jurídico que requiere, para que ese apoderamiento de los bienes ajenos dé lugar al delito de robo, porque no se ha cumplido un esfuerzo material dirigido contra elementos utilizados de mane-

ra directa para resguardar las cosas de los delincuentes contra la propiedad.

En la legislación de Italia se equipara lo que en Colombia se ha denominado el "raponazo" al delito de robo, mediante precepto que expresamente así lo señala. Pero en nuestro C. P. no se tiene una norma semejante, y, por ello, no procede calificar de robo ese apoderamiento habilidoso, propio de aquellos delincuentes denominados en nuestro medio "raponeros".

Dejo en los anteriores términos aclarado mi voto, lo cual, si bien anuncié cuando se profirió el fallo de que se *hizo* referencia, solamente ahora llevo al expediente por escrito mis razones, por habérseme extraviado el que entonces realicé y entender que oportunamente había sido entregado al Honorable Magistrado Ponente en esa sentencia.

Bogotá, enero 16 de 1969.

Humberto Barrera Domínguez.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos elaborados por el Dr. Ignacio Gómez Zapata, Relator Judicial de la Sala de Casación Laboral.

CASACION
(Técnica)

Puesto que el censor impugna la resolución judicial por los tres submotivos de casación comprendidos en el primer apartado de la causal primera del art. 87 del C. P. L., conviene precisar, en relación con ellos, ciertas nociones que no siempre aparecen definidas con la debida claridad, y que vienen al caso en el estudio que se hace del recurso.

Las violaciones de fondo de la ley en que el sentenciador de instancia puede incurrir al proferir su decisión, consagradas como submotivos de casación en el numeral 1o. de la regla mencionada, pueden presentarse según la doctrina proferida por la Corte:

1. En la premisa mayor del silogismo judicial, al determinar los datos de derecho que convienen a la situación de hecho: a) Por infracción directa y b) Por interpretación errónea; 2. En la premisa menor del mismo silogismo, cuando por virtud de la equivocada *calificación jurídica*, de los hechos se les aplica, no habiendo contradicción sobre su *existencia*, una regla que no se adapta a su verdadera *naturaleza (aplicación indebida)*. 3. Violación indirecta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre dos de mil novecientos sesenta y nueve

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 46).

Roberto Fonnegra Pardo demandó en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, ante los jueces del trabajo de Bogotá (repartimiento), a las sociedades demandadas Compañía Colombiana de Seguros, S. A., Compañía Colombiana de Seguros de Vida, S. A. Nacional de Construcciones, S. A., y Cédulas Colón, S. A., para el reconocimiento y pago de auxilio de cesantía, indemnización por despido injustificado, indemnización moratoria y "pensión especial de jubilación desde el día en que fue despedido sin justa causa".

A tenor de la relación de hechos en que se apoya la acción, las sociedades demandadas constituyen una empresa para efectos laborales, y el actor trabajó para ella en distintos cargos durante más de veintitrés años, desde el 19 de mayo de 1943 hasta el 1o. de enero de 1967 en que fue despedido sin causa justa cuando había cumplido cincuenta años de edad, pues nació el 3 de septiembre de 1916. El demandante alude a otros hechos a los cuales no se hace referencia por no ser pertinentes para los efectos de este recurso.

En la contestación de la demanda, la parte, demandada se opuso a la acción, aceptó unos hechos y negó otros, y alegó las excepciones de pago y de petición antes de tiempo, esta última respecto de la solicitud de pensión especial o proporcional de jubilación.

El juez tercero laboral municipal, a quien correspondió el negocio, declaró probada la excepción de pago y absolvió a las demandadas de todos los cargos formulados en el libelo, resolución que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

que conoció del recurso de apelación interpuesto por el demandante.

Contra esta segunda providencia interpuso la misma parte actora el de casación que se procede a decidir.

Mediante él, pide "que la Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto por su numeral primero, al confirmar totalmente la sentencia del Juzgado, absolvió a las demandadas de pagar a Roberto Fonnegra Pardo la pensión especial de jubilación, para que, en su lugar, como tribunal de instancia, revoque el numeral 2o. de la sentencia de primer grado y condene a la Compañía Colombiana de Seguros, S. A., Compañía Colombiana de Seguros de Vida, S. A., Nacional de Seguros, S. A. y Cédulas Colón, S. A. a pagar solidariamente a Roberto Fonnegra la pensión especial de jubilación, conforme está solicitado en el segundo punto del *petitum* de la demanda inicial".

Para ello, con fundamento en la causal 1a. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 (art. 87 del C. P. L.), hace al fallo de segunda instancia tres cargos, que fueron oportunamente replicados por las empresas demandadas. Los presenta así:

Primer cargo.- "Infracción directa o falta de aplicación del art. 8o. de la Ley 171 de 1961 y del art. 260 inc. 1o. del C. S. T.".

Se expresa en la censura que no obstante haber aceptado el sentenciador, como ciertos, los hechos constitutivos del supuesto contemplado en el art. 8o. de la Ley 171, que regula específicamente el caso controvertido, se abstuvo sin embargo de aplicarlo, rebelándose contra él, para aplicar en cambio el ord. 2o. del art. 260 del C. S. T., que regula un derecho y una situación distintos, como es la pensión ordinaria. Se hace asimismo notar en el libelo que "la pensión de jubilación de que trata la demanda está específicamente contemplada en el art. 8o. de la Ley 171 de 1961, y que la situación del trabajador —más de quince años de servicio, cincuenta de edad y despido sin justa causa— encaja exactamente en esa norma", a pesar de lo cual "el propio Tribunal confiesa su rebelión contra el art. 8o., al decir: 'en ningún caso son aplicables dentro de esta contingencia las prescripciones del art. 8o.", añadiendo algunos comentarios relativos al límite de edad que las dos normas establecen para tener derecho a las pensiones ordinarias y especial de jubilación, enderezados a fijar el alcance de los aludidos preceptos.

Segundo cargo.- Violación directa, por aplicación indebida, del inc. 2o. del art. 260 del C. S. T., consecuencial a la falta de aplicación del 8o. de la Ley 171 de 1961 y del inc. 1o. del 260 primeramente mencionado.

Dice el casacionista que "el caso de autos, según los hechos reconocidos en la sentencia de primera y segunda instancias, es el de un trabajador con más de quince años de servicio, más de cincuenta años de edad, una empresa con capital superior a $ 800.000.00 y despido sin justa causa", elementos que "configuran legalmente el derecho llamado pensión especial", por lo que "en la demanda se pidió pensión especial, no ordinaria"; no obstante lo cual, y "a pesar de que real y jurídicamente se trata de un caso de pensión especial, el Tribunal le aplicó el inc. 2o. del art. 260 del C. S. T. que se refiere a pensión ordinaria".

Tercer cargo.- Violación, por interpretación errónea, de los arts. 260 del C. S. T. y 8o. de la Ley 171 de 1961.

En ella incurrió el sentenciador, conforme al libelo, por entender que la regla del art. 8o. de la Ley 171 de 1961 no comprende el caso, y que sí lo hacía en cambio la del art. 260 del C. S. T., lo que llevóle a expresar que "un despido injusto dentro del orden de los hechos contemplados en el ord. 2o. del art. 260 está subordinado a las prescripciones de esta disposición", por lo cual "en ningún caso son aplicables dentro de esta contingencia las prescripciones del art. 8o.". Este criterio revela una errada interpretación de las citadas normas. De no haberlas entendido mal, el fallador hubiese encontrado que el art. 8o. de la Ley 171 prevé de manera clara y completa la situación de los trabajadores que han prestado servicios por más de quince años, aunque excedan de veinte, por cuanto señala un límite mínimo de tiempo sin fijar uno máximo. Si el legislador omitió determinar este límite máximo debióse a que en su voluntad estuvo que después de los quince años de servicio se reconociese la pensión especial sin limitación alguna. De otro lado, la pensión especial fue establecida para impedir el despido injusto del trabajador antes de llegar a la edad de jubilación y asegurar el goce de esta en su cuantía ordinaria, finalidades que se verían frustradas si se le niega el derecho de percibirla cuando es retirado del servicio después de veinte años de prestarlo pero antes de completar cincuenta y cinco de edad.

El casacionista abunda, además, en comen-

tarios sobre distintas reglas de hermenéutica que en su opinión el Tribunal se abstuvo de seguir y de métodos de interpretación legal que dejó de lado, los que, de haberlos acatado, le habrían llevado seguramente a conclusiones muy apartadas de las acogidas en la sentencia.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

1. Puesto que el censor impugna la resolución judicial por los tres submotivos de casación comprendidos en el primer apartado de la causal primera del art. 87 del C. P. L., conviene precisar, en relación con ellos, ciertas nociones que no siempre aparecen definidas con la debida claridad, y que vienen al caso en el estudio que se hace del recurso.

Las violaciones de fondo de la ley en que el sentenciador de instancia puede incurrir al proferir su decisión, consagradas como submotivos de casación en el numeral 1o. de la regla mencionada, pueden presentarse según la doctrina profesada por la Corte:

1. En la premisa mayor del silogismo judicial, al determinar los datos de derecho que convienen a la situación de hecho: a) Por falsa selección del precepto (*infracción directa*), cuando a esa situación se deja de aplicar el que la regula o se aplica el que no la regula sin que quepa otra causa que la ignorancia del juzgador sobre la existencia de la norma, o el olvido de ella o la rebeldía contra sus disposiciones, o el no reconocerle validez en el tiempo (cuestiones concernientes a su subsistencia, a su retroactividad o retrospectividad, al tránsito de una legislación a otra, etc.) o en el espacio (cuestiones atinentes a la preferencia de la ley nacional sobre la foránea, a la circunscripción de sus efectos a un determinado territorio, etc.) Como por sus tres salas de casación lo ha venido enseñando constantemente la Corte, este submotivo implica el desconocimiento de la voluntad abstracta de la ley, en cuanto sin mediación de errores de apreciación probatoria se deja de aplicar una norma clara al caso específico en ella previsto o se la pretermite para resolver la litis por otra cuyo supuesto factico no se aviene a la situación de hecho sobre la cual no hay desacuerdo. Es la típica infracción *contra ius in thesi clarum*, que supone la omisión o pretermisión del texto no obstante la claridad del asunto. b) Por la *interpretación errónea* de la regla aplicable al caso específico concreto, si no obstante tenerse en cuenta para la solución de este no se le da su verdadero sentido sino otro distinto que no corresponde a su contenido exacto, haciendo derivar de ella consecuencias que no se deducen logicamente de su preceptiva; como si, por ejemplo, se entendiese que la indemnización de que trata el art. 65 del C. S. T. no se debe desde el momento a que se refiere esta disposición, o se causa aunque el patrono haya incurrido de buena fe en el retardo contra lo establecido por la jurisprudencia. En este, como en el caso anterior, no se ponen en duda el hecho ni la aplicabilidad del precepto, sino solamente los efectos que a este le atribuye el juzgador tras haberse valido mal u omitido valerse de los medios que el legislador pone a su alcance para fijar su significado y extensión.

2. En la premisa menor del mismo silogismo, cuando por virtud de la equivocada *calificación jurídica* de los hechos se les aplica, no habiendo contradicción sobre su *existencia*, una regla que no se adapta a su verdadera *naturaleza (aplicación indebida)*; como cuando, verbigracia, a un accidente laboral se le aplican los preceptos reguladores de las enfermedades profesionales o a un contrato de mandato civil o de comisión mercantil los que gobiernan el contrato de trabajo. En este submotivo, aunque el error se comete en relación con el hecho comprobado en el proceso, se produce a propósito de su naturaleza jurídica, tomado no como un acontecer o suceso de la vida sino según su configuración y definición legales; esto es, que se comete respecto de su *naturaleza jurídica* y no respecto de su *existencia*. Se trata así de error jurídico que no obstante obedecer al mal manejo de los hechos, conduce sin embargo a la violación directa porque esta se cumple por falta de adaptación del precepto a la índole jurídica de la situación fáctica y no por no hallarse debidamente establecida esta situación. Por eso cierta corriente doctrinal lo ha calificado adecuadamente como error de *subsunción* del hecho en la norma.

3. Cuando el error concierne no ya a la naturaleza jurídica de los hechos establecidos sino a su misma existencia, como secuela de deficiencias o equivocaciones en la apreciación del material instructorio o en las deducciones lógicas consecuenciales a esa apreciación, por fallas en la aplicación de las reglas legales sobre deducción probatoria, la violación no se produce ya, como en los casos anteriores, de manera *inmediata*, en el sólo marco de los preceptos, por la sola omisión o preterición de la regla

legal o por un error respecto de su significado o en la calificación jurídica de la relación de la vida comprobada en el juicio, sino que es un *resultado:* el del mal manejo de los medios de convicción que acreditan la existencia de la situación fáctica. Se trata entonces de una *violación indirecta,* la a que se refiere el segundo apartado de la causal primera, así llamada porque tiene origen en el ámbito de la investigación y determinación de los hechos, para trascender luego al de la aplicación de las normas, dando lugar a falta de aplicación o a aplicación indebida de estas, pero ahora no por motivos relativos al supuesto hipotético de hecho sino al caso concreto.

A la luz de estas definiciones se examinan los cargos, invirtiéndolos para un mejor orden lógico, ya que el recto entendimiento de las normas que se dicen violadas contribuye a esclarecer si lo fueron por concepto distinto del de errónea interpretación.

a) *Interpretación errónea*

2. La deduce el casacionista de que la sala sentenciadora expresa que "un despido injusto dentro del orden de los hechos contemplados en el ord. 2o. del art 260 está subordinado a las prescripciones de esta disposición", por lo que "en ningún caso son aplicables dentro de estas contingencias las prescripciones del art. 8o." de la Ley 171 de 1961.

Pero en estas proposiciones no formula el Tribunal interpretación alguna de las mencionadas disposiciones que pueda confrontarse con la *a* que se acoge el recurrente, lo que por sí sólo sería bastante para desechar un cargo que, por lo demás, resultaría inepto por las razones que en seguida se exponen, aceptando que aquella corporación hizo realmente la interpretación que se le atribuye aunque el impugnador no la expone como ha debido hacerlo.

3. El art. 260 del C. S. T. consagra una pensión mensual de jubilación del 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, en favor del empleado de una empresa de $ 800.000.00 por lo menos de capital que para ella haya trabajado por veinte o más años, continuos o discontinuos, y cuente cincuenta y cinco de edad, si es varón, y cincuenta, si es mujer, teniendo derecho a ella al llegar a una de esas edades, según el caso, si se retira o es retirado del servicio antes de cumplirla pero habiendo completado el lapso de labores indicado. Esta regla es aplicable cuando quiera que se reunan los elementos de hecho que ella señala, entre los que se cuenta el retiro del trabajador por cualquier motivo sin que haya completado la edad requerida. El art. 8o. de la Ley 171 de 1961, por su parte, establece una pensión proporcional al tiempo de servicio respecto de la que hubiera correspondido al asalariado conforme al art. 260 del código, en caso de completarse todos los requisitos previstos en esta última disposición, en cualquiera de las siguientes hipótesis: si habiendo laborado durante diez años, pero menos de quince es despedido sin justa causa, evento en el cual tiene derecho a la pensión desde la fecha del despido si para entonces tiene cumplidos sesenta años de edad, o desde la fecha que los cumpla con posterioridad a la expiración del contrato; o si habiendo trabajado por más de quince años es despedido sin justa causa, en cuyo caso adquiere el mismo derecho al llegar a los cincuenta años, o desde el día del despido si ya los hubiese cumplido, o a partir del en que complete sesenta si el retiro es voluntario.

4. Como resulta de los mismos textos, ellos regulan cuatro supuestos que difieren en lo que concierne a los elementos de hecho *período de servicio, causa del despido* y *edad,* que no concurren simultáneamente sino en forma sucesiva, pero de los cuales el último, que puede sobrevenir con posterioridad a los otros, genera el derecho adquirido tan pronto como se cumple la condición correspondiente. Mas, si bien sólo con el requisito de la edad se perfecciona el derecho, ello no significa que la situación jurídica creada por el cumplimiento de los anteriores se vea desamparada por la ley, pues tratándose de derechos que no se consolidan por un solo acto sino que suponen una situación que se integra mediante hechos sucesivos, hay lugar al derecho eventual, que no es definitivo o adquirido mientras no se cumpla la última condición, pero que sí implica una situación concreta protegida por la ley tanto en lo que atañe al acreedor como al deudor, por lo que supera la mera expectativa. Estos textos se refieren, así pues, a situaciones fácticas distinguidas por elementos específicos que no les son comunes sino peculiares, y que las singularizan, de los cuales la edad es en caso como el presente una condición futura e incierta, no externa o accidental sino constitutiva del derecho, y el tiempo de servicio otro factor individualizador y determinante de la prestación, que en ningún caso puede ser cuantitativamente uno mismo en las dos disposiciones: en estas, en efecto, consideradas no aisladamente como lo

hace el impugnante, sino en relación una con otra como lo aconseja cualquier criterio racional de interpretación, se revela como ínsito el límite máximo que aquel echa menos en el art. 8o. de la Ley 171, pues que si este precepto enuncia como elemento del supuesto hipotético de hecho diez a quince años de servicio, o más de quince, para gozar de la pensión proporcional, y el 260 veinte o más para tener derecho a la completa u ordinaria, es obvio que esta última norma está completando la primera al establecer los veinte años como elemento configurativo de un caso distinto del que la primera prevé. Se trata de dos disposiciones que se integran en una preceptiva, sin que sea dable separarlas en la interpretación que de ellas se hace pues la una es complementaria de la otra. De donde resulta que el tiempo de servicio señalado en el art. 8o. de la Ley 171 encuentra razonablemente un tope o límite máximo en el determinado en el art. 260 del C. S.T.

5. Carece por consiguiente de todo fundamento la interpretación que de las normas comentadas opone el casacionista a la que en su concepto sirve de apoyo al fallo, por lo cual el cargo no prospera.

2. Aplicación indebida.

6. La del numeral 2o. del art. 260 del C. S. T. es, en concepto del censor, una consecuencia de la falta de aplicación del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, norma esta que el sentenciador sí aplicó, como se desprende de la siguiente aserción de la sentencia que el mismo casacionista transcribe: "en ningún caso son aplicables dentro de esta contingencia las prescripciones del art. 8o.".

En repetidas providencias ha expresado la Corte que la censura por falta de aplicación no tiene cabida cuando la regla legal es tenida en cuenta para por ella resolver en cualquier sentido la cuestión controvertida, pues a la solución de la litis puede llegarse mediante la aplicación de la norma en forma *positiva*, por entenderse que la hipótesis legal formulada en la regla de derecho corresponde a la situación de hecho demostrada en los autos, o mediante su aplicación en forma *negativa*, por considerarse que esa hipótesis no corresponde a los hechos comprobados. En uno y otro caso hay aplicación del precepto —que puede ser indebida o proveniente de errónea interpretación—, mas en todo caso aplicación porque por medio de él se resuelve la litis. En el caso que aquí se estudia la aplicación en forma negativa del art. 8o. de la Ley 171 resulta precisamente del paso de la sentencia en que el fallador declara que no es aplicable dicha disposición.

7. Por otra parte, si los supuestos de hecho descritos en los arts. 8o. de la Ley 171 y 260 del C. S. T. se tipifican, como queda expuesto, por la forma como se conjugan y combinan en cada uno de los elementos arriba enunciados, complementándose del modo que se deja dicho; y si la regla del ord. 2o. del art. 260 prescribe que "el trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber llegado a la edad expresada (55 años si es varón y 50 si es mujer), tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de los veinte años de servicio", se ciñe a la más exigente hermenéutica el apoyo que buscó el sentenciador en esta última disposición para situar el caso en el ámbito del art. 8o. de la Ley 171, pues la norma transcrita no hace otra cosa que someter la pensión ordinaria a una condición suspensiva, con lo cual está indicando que si con el solo cumplimiento de esa condición se perfecciona el derecho a la pensión plena, mal puede quien se halle dentro de la hipótesis allí descrita reclamar también la proporcional. La calificación jurídica que hizo el Tribunal de los elementos de hecho para subsumirlos en el precepto es por consiguiente correcta, como que versa sobre la pensión proporcional que fue la pedida en la demanda inicial, para descartarla por no ser los elementos de hecho alegados y comprobados los constitutivos del derecho cuyo reconocimiento se exige. Es incuestionable que no hay lugar a hablar de indebida aplicación del art. 8o. de la Ley 171 si la hipótesis legal que esa regla contiene no corresponde al supuesto jurídico de hecho acreditado en el proceso.

Por lo cual tampoco prospera este cargo.

3. Infracción directa.

8. Ya se puso de presente que el fallador sí aplicó el art. 8o. de la Ley 171 de 1961, si bien en forma negativa. Lo mismo se observa respecto del numeral 1o. del art 260 del C. S. T. La sentencia contiene dos capítulos destinados a analizar separadamente estas dos disposiciones, y a confrontar los respectivos supuestos de hecho con la situación fáctica aceptada por las partes como cierta, para, deduciendo las consecuencias pertinentes, resolver la cuestión controvertida en la forma adversa que reza la resolución impugnada. No ha habido por tanto falta de aplicación de esas normas sino aplicación de ellas en sentido negativo.

Por lo cual se desecha el cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho.

Se condena al 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 Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Aprobación: Acta No. 75).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Leopoldo Uribe Badillo contra la sentencia de siete de junio de mil novecientos sesenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio ordinario de trabajo adelantado por aquel contra la sociedad *"Microfumigaciones Aéreas Ltda."*. Las acciones se encaminaron a obtener el reconocimiento y pago de diversas sumas por concepto de salarios insolutos, auxilio monetario por enfermedad, el valor de la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria e indemnizaciones por lucro cesante y por mora, con fundamento en que el actor prestó sus servicios personales a la demandada, como piloto de avionetas de fumigación y con un salario de $ 7.500.00 mensuales, desde el 21 de mayo de 1960 hasta el 10 de septiembre del mismo año, fecha en la que fue despedido injustamente, pues se encontraba incapacitado para trabajar, como lo comprobó en debida forma. En el mes de agosto solamente se le pagó como remuneración la cantidad de $ 6.147.70, habiéndosele retenido la de $ 1.352.30.

En derecho citó los arts. 54, 64, 65, 149, 227 y 277 del C. S. T.

La empresa se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor, negando unos hechos y aceptando otros; y le promovió demanda de reconvención para que se le condenase a pagarle los perjuicios materiales y morales causados por la prestación irregular de los servicios y por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el único Laboral de Santa Marta, le desató, en sentencia de siete de marzo de mil novecientos sesenta y dos, condenando a la demandada a pagar a Uribe Badillo la suma de $ 17.750.00 como indemnización por lucro cesante y absolviéndola de los demás cargos. Absolvió, igualmente, al contrademandado de las súplicas del libelo de reconvención.

El Tribunal Superior de Santa Marta, al pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes, modificó aquella decisión, en el sentido de revocar la condena en ella decretada.

LA IMPUGNACION

Persigue la casación total del fallo, "en cuanto negó las peticiones de mi poderdante, a fin de que dicha Corporación, actuando como Tribunal de instancia, lo modifique conforme a derecho, profiriendo contra la sociedad Microfumigaciones Aéreas Limitada todas las condenas pedidas en el libelo y a ninguna de las cuales se accedió en la sentencia recurrida". Subsidiariamente aspira a que se "condene a la entidad en cita al pago de las indemnizaciones de ley en favor de mi poderdante y al de prestaciones que se le adeudan, no solo porque su contrato de trabajo fue roto unilateral e ilegalmente sino también porque la liquidación hecha por la empresa desconoció el derecho".

El ataque lo formula a través de cuatro cargos, con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L.

Primer cargo.- El fallo es violatorio, por vía indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 58, 60 y 62, ord. 8o., del C. S. T. y de los arts. 64 ibídem, 51, 60 y 61 del C. P. L., por falta de aplicación, a consecuencia de evidente error de hecho proveniente de la equivocada apreciación del testimonio rendido por el médico de la empresa y del certificado expedido por este (fls. 23, 131 y 203).

El error consistió en haber tenido como demostrado, no estándolo, que la empresa tuvo una justa causa para dar por terminado el contrato

de trabajo.

En su demostración, sostiene el recurrente que el fallador apoyó su decisión, única y exclusivamente, en las pruebas que singulariza, y que, al deducir de ellas que el trabajador dejó de estar incapacitado a partir del 10 de septiembre, las apreció erróneamente, pues las certificaciones y testimonios no son medios idóneos para acreditar si una persona ha estado incapacitada o no. La prueba pericial es la única adecuada para establecer cuestiones técnicas o científicas, según reiterada jurisprudencia de la Corte, ya que los testigos no están habilitados para dar conceptos. El yerro del Tribunal resulta aún más notorio si se tiene en cuenta que los Reglamentos de la Aeronáutica Civil exigen conocimientos especiales por parte de los médicos que atiendan a los aviadores y solo pueden hacerlo quienes comprueben que cursaron estudios de medicina de aviación.

Se examina el cargo

No es exacto que el fallo impugnado tenga como únicos soportes las dos pruebas que señala el casacionista como mal apreciadas. Se apoya él también, sin lugar a dudas, en otros elementos de convicción no mencionados en la censura, según resalta en algunos de sus pasajes que conviene transcribir:

"La preparación del paciente para la operación se hizo durante la semana del 4 al 10 de septiembre de 1960, como consta en el documento de fl. 23, reconocido oportunamente en el juicio. Esto está indicando que la empresa ordenó la atención de aquel y que impartió las órdenes del caso para que fuera atendido en la novedad que padecía, cumpliendo así con las prescripciones sobre el particular .

"No sucedió así, y en vez de dirigirse al patrono para llegar a un acuerdo con él, resolvió seguir a la ciudad de Barranquilla, donde están sus familiares, para hacerse practicar la operación que requería la novedad que padecía. Esto consta en el expresado documento de fl. 23 y en otros más que se hicieron llegar al juicio, tales como los de fl. 50, 130 y 131, también reconocidos en el juicio. En las mismas posiciones absueltas por el demandante reconoce que fue operado en la ciudad de Barranquilla por el Dr. Alfonso Alvarez Jaramillo, y desde allí mismo manifiesta que en esta ciudad había sido atendido por el Dr. Luis Aurelio Vives Echeverría y que después de hospitalizado, por sentir muchos nervios, se salió de la Clínica y resolvió dirigirse a la ciudad de Barranquilla .

"La empresa, en vista de que Uribe Badillo no concurrió al trabajo después que el médico de ella le dio de alta y lo declaró apto para trabajar, le dirigió la comunicación en donde le notificaba que quedaba separado del servicio 'por falta al trabajo sin justa causa de impedimento ni con permiso de esta Gerencia'. Esta comunicación aparece a fl. 5 del expediente y hace expresa referencia al certificado expedido por el médico de la empresa en donde el día 10 de septiembre de 1960 le levantaba la incapaciedad preoperatoria y le declaraba que estaba apto para ir al trabajo".

Significa lo anterior, que el cargo ostenta el grave defecto técnico de limitar el ataque a solamente algunos de los soportes de la decisión, por lo cual resulta inatendible e ineficaz. Sobre el particular, ha dicho la Corte que cuando la sentencia materia del recurso 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.

El cargo se rechaza, en consecuencia.

Segundo cargo.- Acusa la sentencia de violar indirectamente el art. 64 del C. S. T., por falta de aplicación, y los arts. 58, 60 y 62, ord. 8o., por aplicación indebida, en armonía con el 51, y 60 del C. P. L., a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal al haber dado por demostrado, sin estarlo, que Uribe Badillo no cumplió las órdenes de la empresa y abandonó el trabajo sin justa causa. Dicho error provino de la falta de estimación de las pruebas de fls. 7, 8, 9, 11, 14, 16, 17, 23, 24, 50, 51, 85, 108, 109, 115, 121, 138, 139, 132, 143, 201, 202 y 210 del expediente, las cuales demuestran que el trabajador sí siguió las instrucciones del médico de la empresa haciéndose operar inmediatamente, aunque por otro médico, de donde derivó su incapacidad para ir al trabajo por justa causa y por motivo razonable.

Se considera:

El cargo es infundado, pues se plantea sobre la base de que las pruebas que en él se sin-

gularizan no fueron apreciadas por el fallador, cuando la realidad es que sí lo fueron, al menos en su mayoría y en cuanto tenían influencia para decidir el litigio en lo tocante con el motivo que dio lugar a la terminación del contrato. En los párrafos que se transcribieron al examinar la anterior acusación, aparece de manifiesto que el Tribunal basó su decisión en un complejo de elementos probatorios y no solamente en los destacados por el recurrente, de los cuales predicó en aquella censura errónea apreciación, para sostener en esta, con notoria inconsecuencia, que no fueron estimados. Es cierto que el *ad quem* dejó de apreciar algunas facturas, recibos o comprobantes de gastos hechos por el trabajador en Barranquilla con motivo de la intervención quirúrgica que se le practicó allí, pero tales documentos no tenían ninguna incidencia en relación con el lucro cesante reclamado. Estas pruebas, si se hubieran estimado, no habrían tenido repercusión en la solución del punto cuestionado; en cambio, sí la tuvieron y constituyen su fundamento las otras que apreció el fallador y que el impugnante ataca bajo el supuesto equivocado de que no fueron estimadas.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.- Está formulado así:

"Impugno la sentencia recurrida porque violó indirectamente la ley en virtud de apreciación errónea de la prueba del despido dándole calidad de justificado al apreciar también erróneamente las pruebas de justa causa de impedimento de mi poderdante para acudir al trabajo atinentes al hecho de haberse sometido a tratamiento y operación quirúrgica en Barranquilla, como adelante indico. Por lo que la sentencia violó el art. 62 ord. 8o. del C. S. del T., sobre terminación del contrato sin previo aviso, el 58 sobre obligaciones especiales del trabajador, el 60 sobre prohibiciones a los trabajadores, el 282 sobre tratamiento médico obligatorio, todos ellos arts. del C. S. del T., que aplicó sin ser del caso, amén del art. 64 ibídem, que no aplicó siendo pertinente, mediante violación también por no aplicación del art. 21 del C. S. del T. sobre normas favorables, del 60 del C. de P. del T., sobre análisis de todas las pruebas y del 51 ibídem sobre libre formación del convencimiento pero con base en principios científicos y atendiendo a determinadas circunstancias".

"En efecto, los autos muestran manifiestamente cómo el capitán Uribe Badillo tuvo justa causa para no acudir al trabajo ya que tras de seguir un tratamiento del médico de la empresa y a raíz del cual este le había incapacitado (fls, 7, 8, 14, 23, 51, 121, 201, 85 y ss.) se sometió a operación quirúrgica en Barranquilla a la que siguió período de convalecencia (fls. 9, 11, 16, 17, 24, 50, 85, 108, 109, 115, 138, 139, 132 y 143). Dichas pruebas sobre hechos concretos no pueden ser interpretadas, salvo error como el que imputo a la sentencia, en forma tal que sobre ellas prime el dicho de un médico de parte interesada a cuyas voces por no haberse dejado operar de él mi poderdante levantó el mismo médico la incapacidad de Uribe Badillo, ni para concluir que este no siguió el tratamiento que la ley ordena acatar a los trabajadores porque lo siguió con médico distinto".

Se considera:

Este cargo, además de estar confusamente presentado, también acusa deficiencias de carácter técnico. El impugnador alude a todas las pruebas allegadas al proceso, indentificándolas por el número del fl. en que figuran, y dice de ellas que fueron mal apreciadas, pero no se detiene a analizarlas en concreto para explicar en qué consistió la equivocada estimación y cuál es, a su juicio, su correcto entendimiento; no señala el error de hecho ni hace esfuerzo alguno por demostrarlo con su calidad de evidente u ostensible; ni indica cómo el error condujo a la violación de los preceptos legales que cita ni la incidencia de esas infracciones en la parte resolutiva del fallo. La sustentación del ataque se hace a través de simples afirmaciones o conceptos personales que el recurrente contrapone a las conclusiones a que llegó el juzgador.

Si por amplitud se examinara el cargo, en el entendimiento de que se está imputando en él el mismo error de hecho a que se hace referencia en las precedentes censuras, se llega a la conclusión de que tal error no existió, al menos con el carácter de protuberante o manifiesto que se requiere para la viabilidad de aquel, pues la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas no es equivocada.

En efecto, ellas acreditan que Uribe padeció la enfermedad denominada "amigdalitis"; que el médico de la empresa aconsejó tratamiento quirúrgico y programó la intervención para el día 10 de septiembre de 1960, habiéndolo incapacitado para trabajar durante la semana anterior a esta fecha con el objeto de que se cumplieran las necesarias diligencias preoperatorias; que fue hospitalizado el día 9, pero al

poco tiempo abandonó la clínica porque prefería hácerse operar en Barranquilla; que, en vista de esta circunstancia, el médico tratante le levantó la incapacidad a partir del día siguiente y así lo comunicó a la empresa; que la intervención quirúrgica se llevó a cabo en aquella ciudad el 14, de lo cual solo se dio aviso a la empleadora el 17 cuando ya esta había procedido a dar por terminado el contrato.

Dedujo el sentenciador que esta determinación se ajustaba a la ley, por cuanto la inasistencia de Uribe al trabajo, por lo menos durante los días comprendidos entre el 10 y el 14 de septiembre no había sido justificada. En verdad, no existe prueba en el expediente de que el trabajador hubiese estado incapacitado durante ese lapso, que fue el que sirvió de base a la empresa para considerar que se había producido el abandono del puesto, por lo cual la deducción del Tribunal resulta inobjetable. No es que se haya concluido de este modo con fundamento en el testimonio del médico Dr. Vives, sino por la ausencia de la prueba positiva del estado de incapacidad.

El cargo, por lo tanto, se desecha.

Cuarto cargo.- "Impugno la sentencia recurrida como violatoria de ley sustantiva por vía indirecta ya que incurrió en manifiesto error de hecho por falta de apreciación de las pruebas sobre la forma como se liquidaron sueldo y cesantía del demandante, una misma prueba ella que (sic) aparece a fls. 70 a 75 del expediente, de la que se desprende también falta de pago de prima de servicios e indebidos descuentos. Por manera que en tal forma la sentencia violó el art. 249 del C. S. del T. regla general sobre cesantía; el 253 ibídem sobre salario base para la liquidación; el 66 ibídem que ordena indemnización por falta de pago; el numeral 1 del art. 59 que prohibe deducción de sumas; el 9o. del C. C. a cuyo tenor la ignorancia de las leyes no sirve de excusa; el 768 del C. C., según el cual el error en materia de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario; el 1769 ibídem del que deriva plena fe contra confesión hecha en juicio por sí o por medio de apoderado; el 56 del C. P. y M. y el 306 del C. S. del T., sobre prima de servicios, violación que derivó por error de hecho manifiesto también ya que la sentencia no apreció lo dicho en posiciones por el Gerente de la demandada (fl. 87) sobre el capital de la empresa, fecha de la carta del despido y fecha de entrega de la misma".

Para resolver se considera:

Tampoco este cargo se ajusta a las exigencias técnicas del recurso, pues exhibe los mismos defectos apuntados al anterior. El recurrente se limita a expresar, a la manera de alegato de instancia, su opinión sobre algunas pruebas y sobre cuál ha debido ser el resultado del litigio. Pero no demuestra, y ni siquiera enuncia, el error o los errores de hecho que imputa a la sentencia. Además, olvida que en casación no son admisibles los medios nuevos y plantea varios, como son las cuestiones relacionadas con prima de servicio, reajuste de cesantía y descuentos hechos al trabajador, extremos no pedidos en la demanda inicial ni discutidos en las instancias.

Con todo, advierte la Sala que, según lo demuestra la diligencia de inspección ocular, el trabajador recibió su salario completo durante los meses de mayo, junio y agosto, y que en septiembre se le pagó lo que correspondía conforme a la ley dada la circunstancia de haber estado incapacitado.

El ataque es ineficaz y, por consiguiente, se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el día siete de junio de mil novecientos sesenta y dos.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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

Jorge Gaviria Salazar, Ramiro Araújo Grau, Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —Bogotá, octubre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Aprobación: Acta No. 75).

En juicio ordinario laboral demandó *Marco Tulio Prado Rojas* a los sucesores del doctor Carlos Secundino Navarro Menéndez, entre los cuales el único reconocido judicialmente a la fecha del libelo es el Distrito Especial de Bogotá, representado por su Personero Municipal, para que en sentencia firme fueran condenados a pagar al actor los valores correspondientes a auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones e indemnización moratoria, de acuerdo al contrato de trabajo que exitió entre el demandante Prado Rojas y el doctor Navarro Menéndez, conforme al cual Prado estuvo al servicio del doctor Navarro desde el 14 de julio de 1940 hasta el 14 de julio de 1961, desempeñando los oficios de criador y preparador de gallos de lidia, como también de jardinero, mediante la retribución de $ 800.00 mensuales durante los últimos años de servicio. El doctor Navarro Menéndez —agrega el libelo— falleció en esta ciudad el 2 de enero de 1962 sin haber cancelado a su servidor las prestaciones sociales a que tenía derecho, no obstante su cobro reiterado; y en el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Bogotá, cursa el juicio mortuorio del causante, en el cual ha sido reconocido como único heredero el Distrito Especial de Bogotá.

El representante del Personero Distrital al contestar la demanda se concretó a proponer la excepción perentoria de prescripción extintiva de las acciones laborales deducidas en juicio, con fundamento en el art. 488 C. S. T.

Adelantado el litigio sobre estas bases, el Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Bogotá lo decidió en primera instancia declarando prescritas las acciones incoadas y condenando a la parte demandante a las costas del juicio, para lo cual tuvo en cuenta que la relación laboral terminó el 14 de julio de 1961; que la demanda fue presentada el 2 de octubre de 1964, o sea más de tres años después de ser exigibles las obligaciones; y que las copias de una demanda seguida en otro despacho judicial entre las mismas partes y por la misma causa, que se acompañaron a este juicio, no fueron pedidas ni decretadas como pruebas en la forma ritual, por lo cual no podían ser estimadas en la decisión.

Apelado por la parte actora el fallo de primer grado, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por sentencia del 22 de marzo de 1966, contra la cual fue concedido el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte vencida en las instancias.

El propósito declarado del recurrente es la invalidación total del fallo del *ad quem* y que la Corte, en sede de instancia, haga los pronunciamientos de condena impetrados en el libelo.

Con estas miras formula el impugnador tres cargos a la sentencia, los dos primeros por vía indirecta y el último por vía directa, que la Sala procede a examinar.

Primer cargo.- Acusa graves errores de hecho en que incurrió el sentenciador, a través de los cuales se violaron los arts. 5, 22, 23, 24, 37, 65, 145, 186, 249, 253, y 306 C. S. T., como también los arts. 1603 y 1757 C. C., disposiciones todas que no se aplicaron al pleito, siendo aplicables.

El error o errores de hecho que engendraron estas infracciones de ley sustancial consiste, a juicio del recurrente, en que a lo largo de esta controversia laboral, desde el auto admisorio de la demanda y desde luego en la sentencia del Tribunal, se tuvo por demandante, respecto del cual se hicieron los pronunciamientos del fallo acusado, al señor Marco Tulio *Prada Rojas,* cuando el verdadero apellido del actor es *Prado* Rojas, de donde resultó un error de suma gravedad, consistente en que al demandante se le ha confundido con otro individuo diferente, agregando luego al impugnador que este no es un detalle intranscendente, que apenas

hiera la epidermis de la providencia acusada, pues la cuestión afecta la identidad de los litigantes, hiriendo por la mitad del vientre la personería de la parte activa y poniendo de manifiesto la comisión de gravísimo error de hecho, en autos ostensible y configurante de motivo bastante para producir la infirmación de la sentencia, de acuerdo con antecedentes jurisprudenciales que se transcriben en el escrito que sustenta el cargo.

Se considera:

a) La sentencia acusada, que confirma en un todo la del primer grado, al declarar prescritas las acciones ejercitadas en la demanda propuesta por Marco Tulio Prada Rojas, se apoyó fundamentalmente en los arts. 488 y 489 C. S. T., que constituye, por ende, el derecho sustancial que supuestamente debió quebrantar el sentenciador y que lo llevó a dejar de aplicar las normas legales que el cargo cita como indirectamente violadas. Por consiguiente, como lo indica la naturaleza del recurso extraordinario y lo advierte reiteradamente la doctrina de casación, era imprescindible para el recurrente denunciar como infringidos aquellos primeros textos aplicados por el *ad quem*, o sea los relativos a la prescripción extintiva de los derechos laborales, cosa que se abstuvo de hacer, limitando su acusación al solo quebrantamiento de las normas dejadas de aplicar, de donde aparece manifiestamente incompleto el planteamiento jurídico del cargo y en tal virtud inadmisible.

b) Se observa, además, que la cuestión relacionada con la identidad física o natural del demandante, que el propio impugnador dice haberse presentado —lo cual es evidente— desde el auto admisorio de la demanda, donde se habla de "Prada Rojas" en lugar de "*Prado* Rojas", constituye un extremo que no se discutió en las instancias, pudiendo haberlo sido, y de ahí que su alegación sea un medio nuevo en casación que en este otro concepto hace también inadmisible el cargo.

c) Por último, el gravísimo error de hecho que se imputa al sentenciador y en que los falladores de instancia incurrieron desde el primer momento, con la tolerancia de la parte actora que debía estar interesada en su enmienda oportuna, no tiene en modo alguno la relievancia que se le otorga, pues en el proceso no se ha discutido la identidad física o natural del actor, de tal suerte que la alteración de una sola letra en su primer apellido no pasa de ser un error de grafía intrascendente dentro de la seriedad propia del recurso extraordinario. Conviene advertir de paso que en el derecho penal, donde se ha erigido en causal expresa de nulidad el error en la calificación jurídica del delito o en la denominación del delincuente, la jurisprudencia respectiva no la reconoce en el último caso sino cuando determine verdadero motivo de duda sobre la identidad personal del procesado.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.- Acusa también violación indirecta de las mismas disposiciones legales señaladas en el cargo anterior, en que incurrió el sentenciador por causa de graves errores de hecho "en la apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba documental relativa a la interrupción de la prescripción extintiva de las acciones del promoviente, que resulta de haber apreciado erróneamente, o haber dejado de apreciar, la prueba documental visible a fls. 27 a 38 del cuaderno varias veces citado y conferirle valor comprobatorio de la interrupción civil de la prescripción extintiva".

Se considera:

El censor, que comete el yerro de señalar una misma prueba como indebidamente apreciada y dejada de apreciar a la vez, lo que hace imposible el examen del cargo, incurre también en el defecto primordial anotado respecto del primero, o sea en la omisión de denunciar como quebrantados por el sentenciador los preceptos legales sustantivos en que este hizo descansar su decisión, como son los arts. 488 y 489 C. S. T., requisito indispensable, según la técnica de casación, para hacer viable la acusación.

Se rechaza el cargo.

Tercer cargo.- Infracción directa, en las modalidades de infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, de las siguientes disposiciones legales:

1. "De los arts 149, 148 y 320 del C. P. C. a través de los cuales la sentencia violó los arts. 1757 del C. C., por infracción directa, dado que siendo el texto de estas normas absolutamente claro, la sentencia contiene disposiciones en abierta pugna con estos concretos ordenamientos, pues se guardó de dar aplicación a los primeros, siendo aplicables y sustantivos, por referirse a competencia, así estén en el Código Judicial, pero, en todo caso, por

motivo de inaplicación de ellos llegó a quebrar el art. 1757 del C. C. por no haberlo aplicado, siendo aplicable".

2. Del art. 489 C. S. T., quebrado por el fallo en razón de interpretación errónea de este ordenamiento, "pues fue aplicado con exceso y rebosamiento de esta norma sustantiva".

3. Del art. 2524 del C. C. por no haberlo aplicado al caso del pleito, siendo aplicable.

4. De los arts. 5, 22, 23, 24, 37, 65, 145, 186, 249, 253, 306 y 489 C. S. T. que, en sentir del recurrente, "fueron violados en concepto de aplicación indebida, falta de aplicación".

Las acusaciones anteriores tienen origen, de acuerdo con la exposición a trechos indescifrables del recurrente, en haber hecho caso omiso el sentenciador del fenómeno de la interrupción de la prescripción, el cual resulta de la documentación incorporada por el actor al proceso, así sea regular o no, legítima o interpolada —son palabras del mismo recurrente—, pero sin objeción, glosa o reclamo de la contraparte, ni del fallador.

Se considera:

Los cargos de la violación directa que el acusador denuncia son separados e independientes en cuanto su planteamiento jurídico se refiere a distintas normas legales quebrantadas por el sentenciador en modalidades diferentes de violación directa. Pero el planteamiento de los cargos, en todos ellos, resulta incompleto, en cuanto no abraza el art. 488 C. S. T. que es el precepto sustantivo fundamental que sirvió de soporte a la sentencia, ya que habiendo declarado esta la prescripción extintiva de las acciones laborales, por haberse dejado vencer el plazo de tres años desde su exigibilidad, sin haberlas ejercitado, el *ad quem* debió remitirse y se remitió expresamente a dicho precepto, por ser este el consagratorio de la prescripción como medio extintivo de las obligaciones laborales.

Esta sola consideración releva a la Sala de penetrar aún más en el estudio de los cargos, en cuya formulación se observan a primera vista otros defectos de técnica que resultaría superfluo destacar.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Mario Araújo Grau, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. —Bogotá, octubre tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Aprobación: octubre 3/69. - Acta No. 76).

Beatriz Mora Prieto de Jaspi por conducto de apoderado demandó al señor *José Vicente Monzón Muñoz,* domiciliado en Bogotá, D. E., para que por los trámites de un juicio ordinario laboral fuera condenado a pagarle el valor del trabajo suplementario, diurno y nocturno realizado entre las fechas de celebración y extinción del contrato de trabajo que con él la ligó, la remuneración proporcional establecida por la ley para el trabajo dominical y festivo, los reajustes de salario ordenados primero por el Decr. No. 118 de 1957 y posteriormente por la Ley 1a. de 1963, la remuneración de las vacaciones, la sanción indemnizatoria por omisión en hacerle practicar examen médico y expedirle la certificación correspondiente a la terminación del vínculo, la indemnización de perjuicios por la agravación de su estado de salud, imponiéndole además las sanciones pertinentes por no haber pagado al Instituto Colombiano de Seguros Sociales las cuotas o aportes mensuales correspondientes a su afiliación y por no haberle permitido ausentarse del lugar del trabajo para hacer uso de los servicios médicos del ICSS, la reliquidación del auxilio de cesantía para incluir como salario base del mismo el valor de las horas suplementarias y el del trabajo realizado en días de descanso obligatorio, la prima de servicios y la indemnización por falta de pago de las prestaciones debidas.

Como hechos sustentatorios de las anteriores súplicas, indicó los siguientes:

1. Que ingresó a prestar servicios el 1o. de octubre de 1955 en una droguería del demandado, para desempeñar las funciones de vendedora, verificar curaciones de urgencia y aplicar inyecciones y permaneció prestando estos servicios hasta el 30 de enero de 1963, fecha en la cual el contrato terminó por mutuo consentimiento.

2. Que devengaba por la época de su retiro un salario mensual de $ 350.00 sin que anteriormente el demandado hubiera dado cumplimiento a las disposiciones legales sobre aumento de salario;

3. Que durante los dos primeros años de servicio su horario fue de 8½ a.m. a la 1 p.m., y de las 2½ p.m. a las 9 p.m., pero que luego y por el hecho de que el Dr. Monzón suprimió un empleado, su jornada fue continua de las 8½ a.m. a las 9 p.m., trabajando también durante los últimos cuatro años los días domingos y de fiesta de 9 a.m. a 1 p.m.;

4. Que durante las épocas de vacaciones si bien le permitía el Dr. Monzón dejar de prestar servicios no le remuneraba los días de descanso;

5. Que a la terminación del contrato solicitó la práctica de examen médico y la expedición del certificado correspondiente, sin que el demandado hubiere accedido a su petición; y

6. Que tampoco pagó el demandado los aportes mensuales de la afiliación de la actora al ICSS y no le permitió hacer uso del servicio médico por lo cual corrió peligro su salud y su vida.

Correspondió conocer del libelo al Juzgado 7o. Laboral del Circuito de Bogotá, el cual lo admitió y corrió el traslado legal al demandado quien contestó la demanda por conducto de apoderado. En este escrito sólo se acepta como cierto el hecho primero en cuanto al año de ingreso de la actora, la fecha de terminación del contrato y la cuantía de su última remuneración, se niegan los demás y como razones de la defensa se alegan que el cargo que desempeñaba era de confianza y manejo, que no fue sometida a examen médico de admisión, que dio por terminado unilateralmente el contrato y que a la terminación de este, el deman-

dado pagó a la extrabajadora la suma que creía deberle.

Tramitado el juicio se dictó sentencia de primer grado el 15 de marzo de 1965, en la cual el Juzgado condenó al demandado a pagar a la demandante $ 2.400.00 por compensación de vacaciones y $ 2.400 por concepto de primas de servicio, declaró no probada la excepción de pago y lo absolvió de los demás cargos, imponiéndole costas en un 10%.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandado y el Tribunal Superior de Bogotá, una vez finalizado el trámite de esta segunda instancia, resolvió la alzada en sentencia de 21 de mayo de 1965 por medio de la cual confirmó la del Juez *a quo,* imponiendo a la parte vencida las costas de la apelación.

No contento con la decisión anterior, el procurador judicial de la parte demandada, interpuso contra ella recurso extraordinario de casación que concedido y admitido pasa a decidirse de conformidad con la demanda formulada. No hubo escrito de oposición.

El Recurso

La demanda tiende a obtener que la Corte por su Sala de Casación Laboral, infirme la sentencia de segundo grado, "en cuanto ella confirma los numerales 1o., 2o. y 4o. de la providencia de segunda instancia, y condena en costas a la parte que interpuso el recurso de apelación, y en su lugar, obrando en función de instancia" absuelve al demandado de todos los cargos del libelo.

Para llegar a este resultado el recurrente con aplicación de la causal 1a. del. art. 87 del C. P. T., formula dos cargos así:

Primer cargo.- "La sentencia acusada viola indirectamente, por falta de aplicación del art. 606 del C. P. C. en relación con el art. 632 del mismo Código y como resultado de evidente error de hecho, los arts. 186, numeral 1o. del C. S. T., 7o. del Decreto-Ley No. 617 de 1954, en su numeral 2o. y 306 del Código nombrado".

En la demostración del cargo transcribe un pasaje del fallo atacado; dice que la sentencia se apoya únicamente en el supuesto de que en las documentales que obran a fls. 8 y 16 de los autos "se dice que el Inspector del Trabajo pudo comprobar, con apoyo en una documental actora el valor de la cesantía que le adeudaba", pero que en ellos aparecen también las confesiones de la demandante cuando dice: "trabajé con el demandado durante un término (sic) 7 años cuatro meses hasta los primeros de febrero del corriente año. *El demandado me pagó lo correspondiente a las prestaciones sociales, pero no me liquidó lo correspondiente a horas extras y días festivos* (subraya el recurrente) en los últimos cuatros años, por lo tanto solicito se me paguen dichas horas extras y los días festivos". Agrega que lo que se dice en el último párrafo de los documentos citados es que "A solicitud del apoderado la Inspección constató que el demandado pagó cesantía a la trabajadora más de lo que le correspondía legalmente", pero que esta verificación no desvirtúa en lo más mínimo la confesión de la actora, en la cual declara, que el doctor José Vicente Monzón Muñoz, le pagó lo correspondiente a prestaciones sociales y que, en estas circunstancias, la apreciación fragmentaria, incompleta de los documentos indicados, por parte del Tribunal y la falta de apreciación en forma total de la confesión de la demandante llevó al sentenciador a la conclusión de que no estaba probada la excepción de pago de las prestaciones sociales con la consecuencia de las condenas hechas, las cuales no se hubieran producido de no haberse cometido por el fallador el grave y ostensible error en la apreciación de las pruebas singularizadas.

Se estudia

El error de hecho evidente lo hace consistir el impugnador en la fragmentaria e incompleta apreciación de las documentales visibles a los fls. 8 y 16 de los autos. Estos documentos no constituyen pruebas distintas sino que corresponden a la copia del original del acta de conciliación No. 4 celebrada en una de las Inspecciones Departamentales adscritas a la Oficina Regional del Trabajo de Cundinamarca.

Al examinar la copia del acta mencionada encuentra la Sala que ciertamente el Tribunal no apreció la confesión contenida en ella, hecha por la demandante. Pero también se observa que el sentenciador apoyó su decisión en algunas declaraciones de testigos, en especial la del señor Alberto Rodríguez Salinas (fls. 62 a 64 cdno. No. 1) que según aquel no dan base para concluir que a la demandante se le pagaron las prestaciones a que tenía derecho. Estos soportes de la sentencia no fueron atacados, y en consecuencia el cargo está incompleto y

por tanto, se rechaza.

Segundo cargo.- Fue formulado así:

"La sentencia acusada viola indirectamente por falta de aplicación del art. 606 del C. de P. C. y como resultado de error de derecho, el numeral 1o. del art. 186 del C. S. T., el numeral 2o. del Decreto-Ley No. 617 de 1954 y el art. 306 del C. S. T. por aplicación indebida de estos artículos.

Dice el recurrente para demostrar el cargo que de conformidad con el art. 606 del C. de P. C. "la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba, y si se ha hecho directamente por la parte misma, no es admisible prueba en contrario..."; que en el proceso consta, a fls. 8 y 16, que la demandante confesó que el demandado le había pagado lo correspondiente a prestaciones sociales, teniendo en consecuencia el valor de plena prueba esta manifestación, no obstante lo cual el Tribunal no se lo dio, lo que implica una violación indirecta de dicha norma, por falta de aplicación, y finaliza afirmando que si el sentenciador hubiera aplicado el art. 606 del C. de P. C. y por consiguiente, con la confesión de la parte demandante hubiera encontrado probada la excepción de pago propuesta, es claro que no había confirmado la sentencia apelada.

Se estudia

De conformidad con el art. 87 del C. P. T., que invoca el recurrente, sólo hay lugar a error de derecho en materia laboral "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".

Mira pues este error a la valoración de la prueba solemne, y el pago de prestaciones sociales no exige que se demuestre con una prueba de esta naturaleza.

No se está en presencia como lo cree el recurrente, de error de derecho y, por tanto, el cargo está mal formulado y debe desestimarse.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá octubre tres de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Aprobación: Acta No. 46).

Evangelista Soto Palau, mediante apoderado, en demanda repartida al Juzgado Sexto Laboral de Bogotá, solicitó que el Instituto de Fomento Algodonero (IFA) fuese condenado a pagarle el valor del lucro cesante, de los perjuicios morales por despido injusto y el de la indemnización moratoria correspondiente.

Basó sus peticiones en la afirmación de haber servido al Instituto demandado, mediante contrato de trabajo, desde el 5 de agosto de 1960 hasta el 30 de enero de 1964, en que fue despedido con la imputación falsa de haberse sustraído elementos de propiedad del IFA. El último salario devengado por el actor fue de $ 1.178.33.

El Instituto respondió la demanda sosteniendo que hubo justa causa para el rompimiento unilateral del contrato de trabajo con el demandante.

El Juez del conocimiento, en sentencia de 29 de agosto de 1968, desató el litigio condenando a la entidad demandada al pago de $195.05 por lucro cesante y a la suma de $ 39.01 diarios, a partir del 1o. de mayo de 1964 y hasta que se satisfaga la suma anterior, por concepto de indemnización moratoria. La absolvió del pago de los perjuicios morales.

Apelada la sentencia por el IFA, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la suya de 10 de diciembre de 1968, confirmó en todas sus partes la del *a quo*.

Contra esta providencia interpuso recurso de casación el demandado y, por procurador judicial, incoó la respectiva demanda con la que busca que, casada la de segundo grado, se absuelva del pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria al Instituto condenado.

Para conseguir este fin formula los dos cargos siguientes:

Primer cargo

"Acuso la sentencia por el primero de los motivos de casación previstos en el art. 60 del Decreto Extraordinario No. 528 de 1964, por dos aspectos, a saber:

"A) Por aplicación indebida, caso en el cual la sentencia violó los arts. 43 y 51 del Decr. 2127 de 1945;

"B) Por aplicación indebida en la modalidad de la falta de aplicación, caso en el cual el fallo impugnado violó las siguientes disposiciones: arts. 1714 y 1715 del C. C.; arts. 343, 608 y 645 del C. J., y el art. 145 del C. P. del T.".

"Segundo cargo (Subsidiario);

"En forma subsidiaria impugno la sentencia por el primero de los motivos previstos en el art. 60 del Decr. 528 de 1964 en cuanto es violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea.

"Interpretó el Tribunal erróneamente, pues equivocó su contenido, el Parágrafo 2o. del art. 52 del Decr. 2127 de 1945, modificado por el art. 1o. del Decr. 797 de 1949, en cuanto impuso la obligación de pagar una indemnización por mora con motivo de no haberse pagado otra indemnización (lucro cesante)'.

El opositor hace ver cómo las disposiciones que se señalan como infringidas en los cargos trasladados no son de carácter sustancial y transcribe al respecto varias jurisprudencias de esta Sala, la que encuentra evidente ese aserto, pues además de las invocadas por aquel, en fallo de cinco del mes próximo pasado y con respecto a un caso igual al que se estudia, en que

el Instituto Nacional de Abastecimientos fue condenado a las mismas prestaciones en favor de Conrado Uribe Gómez, y frente a una demanda de casación idéntica a la presente, asentó:

"Pero en lo que asiste razón al apoderado del demandante es en la equivocada formulación de los cargos, que los hace ineficaces, pues en todos ellos se limita el casacionista a invocar, como quebrantadas, normas reglamentarias y ninguna de carácter sustancial, lo que es indispensable para que la Sala pueda estudiarlos. Dicen ellos, en efecto:

"Acuso la sentencia por el primero de los motivos de casación previstos en el art. 60 del Decreto Extraordinario No. 528 de 1964, en cuanto es violatoria de ley sustancial por aplicación indebida. Violó la sentencia el art. 51 del Decr. 2127 de 1945.

"Acuso la sentencia recurrida por el primero de los motivos de casación indicados en el art. 60 del Decreto Extraordinario No. 528 de 1964 por aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación. Violó la sentencia el art. 47 literal g) y el art. 48 ord. 8o.) del Decr. 2127 de 1945, en concordancia con los ords. 2o. y 5o. del art. 28 del mismo Decreto.

"Impugno la sentencia por ser violatoria de ley sustancial por aplicación indebida. Por este concepto la sentencia viola el Parágrafo 2o. del art. 52 del Decr. No 2127 de 1945, modificado por el art. 1o. del Decr. 797 de 1949.

"En forma subsidiaria impugno la sentencia por el primero de los motivos previstos en el art. 60 del Decr. 528 de 1964 en cuanto es violatoria de ley sustancial por interpretación errónea.

"Interpretó el Tribunal erróneamente, pues equivocó su contenido, el Parágrafo 2o. del art. 52 del Decr. 2127 de 1945, modificado por el art. 1o. del Decr. 797 de 1949, en cuanto impuso la obligación de pagar una indemnización por mora con motivo de no haberse pagado otra indemnización (lucro cesante).

"Es evidente que el Decr. 2127 de 1945, según reza su encabezamiento, es reglamentario de la Ley 6a. del mismo año y que el 797 de 1949, como lo dice de manera explícita, lo que hizo fue substituir el art. 52 del mismo Decreto reglamentario 2127 de 1945. Y aunque a veces en los estatutos que reglamentan leyes suelen encontrarse disposiciones sustanciales y no meramente reglamentarias, no sucede así en este caso, pues los arts. 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945 no son otra cosa que el desarrollo del 8o. de la Ley 6a. en cuanto determina que la terminación de un contrato de trabajo ha de hacerse "previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar" y del 11 de la misma, cuando estableció: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable". Por tanto, las normas sustanciales que pudieron ser infringidas por la sentencia acusada fueron estas y no aquellas, al haber condenado al pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria, puntos a cuya revocatoria se contrae el alcance de la impugnación. . . . . .

" . . . . . .

"Por último, el cuarto cargo adolece de la falla anotada al principio y que consiste en que la norma señalada como infringida es de carácter reglamentario y no sustancial, motivo por el cual tampoco puede estudiarse no obstante que el concepto de la violación (interpretación errónea) habría dado base para un análisis detenido de los argumentos del impugnante en orden a mostrar que no cabe indemnización moratoria cuando la condena es para el pago de lucro cesante".

Observa, para concluir, la Sala, que en el punto B) del primer cargo la acusación se formula "por aplicación indebida en su modalidad de falta de aplicación", de las normas procesales allí citadas y es sabido que dicha modalidad no existe, pues unos mismos preceptos no pueden haberse aplicado y dejado de aplicar simultáneamente a un caso dado. Sobre el particular es numerosa y reiterada la jurisprudencia de esta misma Sala de la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 74).

El doctor Ariel Díaz Echeverry, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Primero del Trabajo de Cartagena a la empresa "Expreso Brasilia S. A.", representada por su gerente, para que sea condenada a pagarle la suma de $ 5.000.00 por concepto de honorarios profesionales y además, las costas del juicio, peticiones que apoya el actor en los siguientes hechos: Que el día 6 de julio de 1963, un bus de la empresa demandada sufrió un accidente en el cual varias personas resultaron lesionadas, algunas de consideración, entre ellas la señora Juana Puerta; que el gerente de la Sucursal de Cartagena, señor Antonio Castaño Medina solicitó los servicios del traumatólogo doctor Díaz Echeverry para atender a la señora Puerta; que el médico demandante prestó sus servicios a la lesionada hasta su total restablecimiento y que hasta la fecha de la demanda "Expreso Brasilia S. A." no le ha cubierto el valor de sus honorarios profesionales.

Surtidos los trámites de rigor, el juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia en sentencia de fecha 19 de diciembre de 1964, dictada en audiencia de juzgamiento, mediante la cual absolvió de todos los cargos a la empresa demandada. Recurrida que fue la providencia en cuestión y concedida la apelación, los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Cartagena, cuya Sala Laboral resolvió, en sentencia de fecha 5 de julio de 1965, revocar la apelada y en su lugar condenar a la empresa "Expreso Brasilia S. A." a pagar en favor del doctor Ariel Díaz Echeverry la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00) y señaló que las costas son de cargo de la demandada.

Los autos han subido en conocimiento de esta Sala en razón de que la empresa demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia del ad quem, el que fue concedido y admitido, motivo por el cual su apoderado presentó la demanda correspondiente.

Bajo el epígrafe de "cargos"; dice el recurrente: "La sentencia es violatoria de ley sustancial. Es decir, estamos en presencia del primero de los motivos o causales a que se refiere el art. 60 del Decr. 528 de 1964". Y acto seguido expresa: "Se han violado los arts 1494, 1505, 1760, 2072, 2073 del C. C.; 465, 468, 469, 470, 540, 541, 538, 539, 542, 543, 551, 552, ord. 11, 567, 583 y 585 del C. de Co. T.; 669 y 697 del C. de P. C. y art. 1o. de la Ley 42 de 1898". Y agrega el impugnador: "Para dar cumplimiento al art. 63 del Decr. mencionado, señalo separadamente el concepto en que considero se ha realizado la violación de cada una de las disposiciones citadas".

Y acto seguido el recurrente dice: "Violación de los arts. 2072 y 2073 del C. C. El Tribunal se expresó en los siguientes términos: 'Conforme a lo relatado por los declarantes, la señora Juana Puerta sufrió una lesión con motivo de un accidente ocurrido cuando ella hacía uso de los servicios de transporte prestados por la empresa 'Expreso Brasilia S. A.' —Es obligación del transportador de personas conducirlas salvas y sanas a su destino; por tanto las atenciones y servicios médicos que la señora Juana Puerta necesitó con motivo del accidente sufrido cuando utilizaba los servicios de Brasilia, debía prestarlos esta empresa, pues sobre ella pesaban las llamadas obligaciones de seguridad— Está demostrado que el doctor Ariel Díaz Echeverry, prestó los servicios médicos de su especialidad a esta lesionada. El valor de sus honorarios debe cancelarlos el porteador, a quien la ley impone las responsabilidades de seguridad de los transportados".

Y a manera de sustentación del cargo expresa el casacionista, además: "Para el Tribunal fue un bus de la empresa Brasilia el que hizo

el daño. Desde el comienzo de la litis se planteó ese problema. En el primer hecho de los fundamentales de la acción el demandante hizo esa afirmación. La demandada la negó en su oportunidad. Debió el actor dar la prueba. No lo hizo. Sólo el señor Castaño Medina hizo afirmaciones al respecto un tanto llenas de incertidumbre. Y ocurre que fue muy claro en decir que el bus era del señor Luis Guillermo Miranda, Gerente General de la entidad demandada en ese entonces en que él era un simple administrador en Cartagena. Su dicho así escueto no alcanza la prueba que requiere la ley. —Y concluye así el recurrente: "Luego el Tribunal violó los dos arts citados, en forma indirecta, porque los aplicó apreciando erróneamente ese testimonio del señor Castaño Medina. La apreciación errónea consiste en que el Tribunal considera que Castaño Medina aseguró que el bus estaba realmente afiliado a Brasilia, cuando apenas dijo que el Gerente y propietario del bus, señor Miranda, lo había despachado con papeles Brasilia. Y entendemos que la afiliación tiene sus normas y no consiste en eso sencillamente—. Hubo, pues, error de hecho manifiesto al apreciar esa prueba".

Se estudia

Si bien es cierto que el recurrente omitió hacer una manifestación clara y precisa del fin que persigue con el recurso, por cuanto del mismo y de su sustentación se infiere su propósito, procede la Sala a estudiarlo.

Considera el impugnador que la Sala Laboral del Tribunal sentenciador violó los arts. 2072 y 2073 del C. C. como consecuencia de la apreciación errónea que hizo del testimonio del señor Castaño Medina. Cabe advertir que en los juicios del trabajo los falladores gozan de autonomía en la apreciación de las pruebas y no puede acusarse en casación tal estimación sino cuando se ha incurrido por el sentenciador en un error de hecho que aparezca de modo evidente de acuerdo con las constancias procesales, en forma que se dé por establecido un hecho que no lo está, o por el contrario, se considere como inexistente uno que sí está suficientemente acreditado en el juicio. Al examinar el cargo formulado, encuentra la Sala que el Tribunal apreció correctamente el testimonio del señor Castaño Medina, y en consecuencia, apoyó en su manifestación la decisión acusada. No incurrió, pues, en error ostensible el ad quem, luego el cargo no puede tener prosperidad y menos si se tiene en cuenta que el objeto de este litigio es el de obtener el pago de honorarios profesionales, cuyas disposiciones respectivas no han sido señaladas en él, razón por la cual la acusación ha sido formulada de manera incompleta. El testimonio que se estima mal apreciado indica los hechos fundamentales en los cuales se ha apoyado la decisión del fallador, tales como la ocurrencia del accidente, la lesión sufrida por la señora Puerta, la atención prestada por el médico demandante, la contratación de sus servicios por el testigo cuando desempeñaba el cargo de gerente de la Sucursal en Cartagena, etc.. Pero además, en lo concerniente al aspecto a que se contrae la acusación, el sentenciador no apreció equivocadamente, como se pretende, la declaración del señor Castaño Medina, como quiera que estudió sus manifestaciones con sujeción a su clara expresión. En efecto, el testigo no habla de la cuestión relativa a la afiliación del vehículo, y a ella no se apoya la sentencia. Castaño Medina sobre el particular dijo: "... el bus accidentado era entonces el 350 orden interno de la empresa y su propietario era el señor Luis Guillermo Miranda, persona esta que en los mismos momentos ejercía el cargo de gerente general de la sociedad denominada Expreso Brasilia S. A., con domicilio en la ciudad de Barranquilla". Y adelante dijo: "... El bus accidentado venía figurando en todos los documentos útiles de la empresa para el despacho de buses, como de propiedad del señor Luis Guillermo Miranda en las mismas condiciones de todos y cada uno de los vehículos que forman el material rodante de dicha empresa". Y también manifestó: "... Ese el caso de este bus que se encontraba pintado con los colores distintivos de la empresa Brasilia con sus leyendas y todas sus características, y el día del accidente fue despachado de la ciudad de Barranquilla y los pasajeros en su mayoría portaban sus tiquetes de seguros y sus pasajes comprados en Barranquilla". Y dijo también, al contestar una pregunta que le fue formulada acerca de si sabía en relación con el bus qué arreglos tenía celebrados con la Empresa Brasilia el señor Luis Guillermo Miranda, que "no tenía por qué saber los arreglos o compromisos entre el señor Luis Guillermo Miranda y Expreso Brasilia S. A. en relación con el funcionamiento del bus accidentado, ya que esto es incumbencia direc-

tamente de la Gerencia y la Secretaría General de la misma empresa domiciliada en la ciudad de Barranquilla". Y fue, se repite, sobre lo expresado muy claramente por el testigo, sobre lo que edificó el Tribunal la sentencia acusada, y la verdad es que el vehículo que sufrió el accidente, fue despachado con papeles de la Empresa Brasilia desde la ciudad de Barranquilla, distinguido con un número de orden interno de la empresa, pintado con los colores distintivos de la misma y con pasajes y seguros vendidos por la misma compañía. Y esto fue apreciado así por el ad quem, de donde, no puede decirse que hubiera interpretado equivocadamente la prueba en cuestión. Es por esto por lo que se ha dicho que el cargo no puede tener prosperidad.

Acusa el recurrente luego los mismos textos legales (2072 y 2073 del C. C.) como violados directamente por el sentenciador, porque dice, "los aplicó e hizo regular un caso que no es propiamente el contemplado en la demanda".

Se estudia

El cargo así formulado, no puede tener prosperidad porque la acusación por la vía escogida por el recurrente se cumple por la sola aplicación o inaplicación de la regla jurídica a un supuesto fáctico sobre el cual están de acuerdo el impugnante y el sentenciador, al margen por consiguiente de toda cuestión probatoria. En la sustentación del cargo el recurrente se remite a cuestiones de hecho sobre las cuales está en desacuerdo con el fallador, por considerar que este apoya su decisión en un contrato verbal celebrado entre el demandante y el señor Castaño Medina y en la circunstancia de que este se dijo sin serlo, representante de "Expreso Brasilia S. A.". No existiendo, pues, acuerdo entre el acusador y el sentenciador sobre el supuesto fáctico, aquel equivocó la vía escogida restándole así eficacia al cargo formulado. Cabe además, anotar, que, como el anterior, el cargo ha sido formulado, por las mismas razones allí expuestas de manera incompleta.

Y como otro cargo, dice el recurrente: "Y viola también el art. 1494 del C. C., porque lo ignora, pretende apartarlo y no lo aplica a un caso en que es aplicable, especialmente porque establece dicha disposición la diferencia en el origen de las obligaciones: Las que nacen por el acuerdo de voluntades y las que se originan o fundan en el hecho de causar un daño a otra persona. El Tribunal debió aplicar dicho art. 1494 del C. C. y decir que si lo pedido tenía fundamento jurídico en el acuerdo de voluntades como nacimiento de una obligación, no podía despacharse la demanda con la tesis de que el origen de la misma obligación es el hecho que produce daño a otro. La violación es directa.

Se estudia

El cargo como ha sido presentado carece totalmente de eficacia, porque no contiene una proposición jurídica completa y además, el impugnador no dice la razón o el motivo por el cual la disposición que señala ha debido aplicarse por el sentenciador. En esas circunstancias el cargo no puede tener prosperidad.

Dice el impugnador: "Violación de los arts. 538, 539, 540, 541, 542, 543, 583, y 585 del C. de Co. T. y 1o. Ley 42 de 1898". Y a continuación transcribe lo esencial del fallo de primer grado, en el que se dice que es necesario dejar en claro que no se está en presencia de un pleito laboral sino de uno de reconocimiento de honorarios por servicios personales de carácter privado, de que tratan los Decrts. 456 y 931 de 1956. Que si fuera lo primero, no habría la menor duda acerca de que la actuación del señor Castaño Medina, como gerente de la sociedad en Cartagena, la habría obligado en virtud de lo que preceptúan los arts 32 y 33 del C. S. T.. Pero que como no es así, es preciso aplicar las normas del C de Co. T. en lo concerniente a sociedades anónimas y establecer si el señor Castaño Medina tenía facultad para autorizar los servicios médicos de que dan cuenta los autos. Y luego de examinar los certificados que corren a los fls. 10 y 11, de una parte, y 2 de la otra, concluye que en el primero nada se dice sobre la representación de la sociedad por Castaño Medina y en el segundo simplemente se indica que el dicho señor es gerente en Cartagena "con todas sus obligaciones y derechos", que no se determinan, de donde concluye que "no hay prueba de que el señor Antonio Castaño Medina estuviera facultado para contratar los servicios médicos relatados y ordenar su pago, con cargo al tesoro de la compañía que representaba".

Y a continuación el recurrente como sustentación del cargo expresa, con base en lo anterior, que el Tribunal dejó de aplicar las disposiciones que relaciona como infringidas, "... porque si fue planteada en la demanda la celebración de un contrato de arriendo de servi-

cios y sobre eso giró la litis, era deber del funcionario fallador enfocar el caso, averiguar y resolver si Castaño Medina tenía facultad para comprometer la entidad demandada. Si no tenía Castaño Medina esa facultad, la entidad demandada estuvo ausente en el convenio sobre prestación del servicio y la condena que al respecto se haga carece de base jurídica. Esa condena significa una resolución contra quien no era parte en el pacto, contra quien no había asentido a echarse encima un compromiso".

Y concluye así el acusador: "Por eso el Tribunal dejó de aplicar disposiciones aplicables al caso, como las que se mencionan en el comienzo de este capítulo. Esa no aplicación, implica que la sentencia recurrida violó estos textos en forma directa, porque ellos están hechos para reglamentar ese caso y el Tribunal no las quiso ver".

Se estudia

Se incurre en este cargo en el mismo defecto de técnica que se mencionó en el anterior. En efecto, el recurrente ha optado por la vía directa y sin embargo en la demostración del cargo, resalta su desacuerdo con el sentenciador en lo referente al supuesto fáctico, razón por la cual apoya su argumentación sobre los certificados de la Cámara de Comercio, para demostrar que en ellos no se establece la representación de la Sociedad por el señor Castaño Medina, como quiera que no se determinan sus derechos y obligaciones como gerente de la Sucursal en Cartagena, de donde afirma, dicho señor no tenía facultades para comprometer la sociedad.

Cabe anotar que en relación con la cuestión de fondo, los textos citados por el recurrente nada tienen que ver, porque el Tribunal se informó sobre el inc. 3o. del art. 2072 del C. C., que no ha sido acusado particularmente.

En estas circunstancias el cargo, tal como ha sido formulado, no puede tener prosperidad.

Dice el acusador: "Violación directa del art. 1.505 del C. C." Y en la demostración manifiesta: Consiste la violación en que se aceptó al señor Castaño Medina como representante de la entidad comercial sin serlo. Que la sociedad anónima como todas las sociedades están obligadas a inscribir el extracto social que expide el Notario, en la Cámara de Comercio y que solo allí se sabe quién lleva su representación. Y que, como no hay extracto que diga que Castaño Medina representaba a la entidad comercial demandada, "no hubo persona que vinculara a la empresa Brasilia, porque como dice el art. citado lo que una persona ejecuta a nombre de otra, la obliga si tiene facultad para representarla", y que en el caso en estudio no había tal facultad y sin embargo, el Tribunal consideró obligada a la empresa.

Se estudia

Vincula el acusador, como puede apreciarse de la sola lectura del cargo, la cuestión probatoria con la violación por vía directa señalada, de donde se concluye que incurre, como en los dos cargos anteriores, en error de técnica que hace inestimable la acusación. Se repite que, por la vía escogida por el recurrente, el ataque 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, con prescindencia de toda cuestión probatoria, acuerdo que no existe, razón por la cual el cargo ha sido mal formulado, perdiendo en consecuencia toda posibilidad de prosperidad.

Además, la acusación contiene una proposición jurídica incompleta, como quiera que no incluye la norma consagratoria del derecho cuya efectividad persigue.

Considera el recurrente que fueron igualmente violados por vía directa los arts. 669 y 697 del C. de P. C., ya que dice, el señor Castaño Medina teniendo en cuenta que si la Empresa no paga, es él quien debe hacerlo, se presentó como el sujeto que "todo lo ha hecho" en el proceso, como quiera que es la persona que se compromete ante la clínica llevando lesionados, la que se presenta como representante de la Empresa para contratar servicios y quien a la postre paga en nombre de ella los servicios profesionales y por último quien afirma la afiliación del bus accidentado a la empresa demandada. De ahí considera que fueron violados los arts. citados, ya que el primero "ordena no tener en cuenta el dicho del testigo que adolezca del vicio de la parcialidad" y por virtud del segundo, se concluye que el Tribunal no podía dar por probado el hecho de que un bus de la empresa Brasilia hubiera lesionado a la señora Puerta, que es el fundamento de la sentencia.

Se estudia

Ha dicho la Corte en repetidas ocasiones que:

El ataque en casación por transgresión de normas adjetivas del C. J. es procedente cuando se señalan también como infringidas disposiciones sustantivas como consecuencia de aquella violación. Es decir, la primera violación es de medio, pues la verdadera y efectiva es la de la norma sustantiva.

De lo anterior se desprende que el cargo no solamente ha sido defectuosamente formulado desde el punto de vista de la técnica de casación, sino que además lo ha sido de manera incompleta, lo que significa que no puede tener prosperidad. Cabe advertir igualmente que formulado por la vía directa, ha sido vinculado a la cuestión probatoria con lo que se ha incurrido en los defectos anotados en relación con los cargos anteriores.

"Violación directa del art. 1760 del C. C.". Manifiesta el casacionista que esta disposición indica que la falta de instrumento público no puede suplirse en los actos y contratos en que la ley requiere de esa formalidad. Agrega que el Tribunal aceptó suplir "el instrumento público del extracto social" que es donde se señala el personero de una sociedad anónima por la declaración del señor Castaño Medina. Y a la letra expresa: "Por eso la violación es directa. Se trata de un error de derecho elevado a tal categoría por el propio art. 60 del Dcr. 528 de 1964...".

Se estudia

Señala el casacionista como infringido directamente el art. 1760 del C. C., cuando realmente en la demostración afirma que se trata de un error de derecho, o sea, de una violación por vía indirecta . Este error en la técnica del recurso, hace inestimable el cargo formulado, restándole en consecuencia prosperidad. Cabrían aquí, además, observaciones similares a las hechas en relación con los cargos inmediatamente anteriores.

El último cargo lo formula el recurrente en los siguientes términos: "Y, por lo mismo, violación de los arts. 465, 468, 469, 470, 551, 552, ord. 11, y 567 del C. de Co. T.". Indica a continuación el impugnador que tales disposiciones son precisas para determinar cómo se forma la sociedad comercial, y particularmente la anónima, para establecer quién las representa y cómo se prueba esa representación. Y agrega, por último, que el Tribunal no quiso tenerlos en cuenta, debiendo hacerlo, razón por la cual produjo la condena que contiene el fallo.

Se estudia

Si el cargo así formulado se mira como una consecuencia del anterior, debe correr la misma suerte de este. Pero si se presenta como cargo independiente, con individualidad propia, la Corte no puede considerarlo porque el casacionista omitió indicar el concepto de la violación, circunstancia que impide su estudio, ya que tal falta de claridad y precisión llevarían a la Sala a efectuar indagaciones de oficio lo que disvirtuaría su función, convirtiéndola en otro fallador de instancia. Así, pues, el cargo que se analiza carece totalmente de eficacia.

Además, las disposiciones relacionadas por el recurrente no consagran el derecho reconocido por el Tribunal que se está impugnando en el recurso, circunstancia esta otra que hace inestimable el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo de la parte demandada 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 O., Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 72).

El señor *Daniel Cárdenas Navas* por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Cuarto del Trabajo de esta ciudad, a la Sociedad *"Weston, Ingeniería Eléctrica, Osma y Compañía Limitada"*, con domicilio en Bogotá y representada conjuntamente por los señores Benjamín Osma y Virgilio Osma Navarrete, para que previos los trámites de ley, sea condenada a pagarle por los conceptos que se enuncian las siguientes cantidades:

"a) Tres mil doscientos pesos, moneda corriente, ($ 3.200.00 m/c.) por concepto de salarios insolutos;

"b) Seis mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con setenta centavos, moneda corriente, ($ 6.453.70 m/c.), por concepto de comisiones insolutas;

"c) Catorce mil seiscientos diez y nueve pesos con cincuenta y tres centavos, moneda corriente, ($ 14.619.53 m/c.), por concepto de saldo insoluto de participaciones de utilidades;

"d) Cuatro mil trescientos treinta y cinco pesos con noventa centavos, moneda corriente, ($ 4.335.90 m/c), por concepto de saldo insoluto de cesantía;

"e) Mil trescientos pesos con setenta y seis centavos, moneda corriente, ($ 1.300.76 m/c), por concepto de saldo insoluto de vacaciones;

"f) Cuatro mil novecientos treinta y cinco pesos con treinta y seis centavos, moneda corriente, ($ 4.935. 36 m/c), por concepto de saldo insoluto de primas de servicios;

"g) Quince mil novecientos quince pesos con ochenta y cuatro centavos, moneda corriente, ($ 15.915.84 m/c), por concepto de indemnización de perjuicios por la ruptura injusta del contrato de trabajo;

"h) Salarios caídos, a razón de tres mil novecientos setenta y ocho pesos con noventa y seis centavos, moneda corriente ($ 3.978.96 m/c.), mensuales, desde el 1o. de septiembre de 1958 y hasta la fecha en que la empresa demandada le pague al señor Cárdenas Navas los salarios y prestaciones sociales que le adeuda;

"i) Las costas judiciales a que hubiere lugar".

Las anteriores peticiones se apoyan en los hechos, cuyo resumen es el siguiente:

Que el señor Cárdenas Navas fue empleado de la sociedad demandada desde el 1o. de enero de 1957 hasta el 31 de agosto de 1958, con una remuneración de $ 800.00, mensuales, como sueldo fijo, más una comisión del 5% sobre el valor de los contratos que la sociedad celebrara y más el 25% de las utilidades de la empresa. Que durante el último año de sus servicios el señor Cárdenas Navas tuvo una remuneración promedio de $ 3.978.96 mensuales, descompuesta así: $ 800.00 como sueldo fijo; $ 1.826.19 como promedio mensual de participación sobre las utilidades de la sociedad, y, $ 1.352.77, como promedio mensual de comisiones. Que el 31 de agosto de 1958 la empresa demandada rompió en forma intempestiva, unilateral e injusta el contrato de trabajo con el señor Cárdenas Navas. Que durante el lapso comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de agosto de 1958, la empresa demandada solamente le pagó al señor Cárdenas un sueldo de $ 400.00 mensuales, o sea, la mitad de la remuneración convenida. Que durante el mismo tiempo, la sociedad demandada solamente le liquidó comisiones al señor Navas, sobre contratos, a razón del 2-1/2% y que además, dejó de incluir en la liquidación los siguientes contratos: a) El celebrado con el municipio de Pereira por $45.000.00 m/c.; b) El celebrado con "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A." por la suma de $ 19.074.00 m/c. y c) El celebrado con el Banco de la República por la suma de $ 41.040.00 m/c.. Que

durante el primer semestre de 1958 la sociedad demandada solamente le liquidó al señor Cárdenas Navas, como participación en las utilidades, la suma de $ 3.660.20 m/c., cuando en realidad esa participación asciende a $ 18.279.73 m/c., o sea, que en forma indebida le ha retenido a su extrabajador la cantidad de $ 14.619.53 m/c.. Y por último, que hasta la fecha de la demanda "Weston, Ingeniería Eléctrica, Osma y Cía. Ltda.", se ha abstenido de pagarle al demandante los salarios y prestaciones sociales relacionados en la misma.

Al contestar la anterior demanda la empresa manifestó por conducto de su apoderado, ser cierto el hecho primero, no ser ciertos el 2o., 3o. y 4o.; no ser ciertos como se encuentran formulados, el 5o. y 7o., y en cuanto al 6o. dijo que "es cierto que al actor se le pagó una comisión del dos y medio por ciento sobre los contratos que en forma personal, completa y definitiva él consiguiera para la sociedad demandada, porque ese fue el porcentaje convenido. Sobre los tres contratos a que se refiere este punto sexto de los hechos de la demanda no se liquidó comisión al demandante, por cuanto que dichos contratos no fueron conseguidos por el actor para la empresa, en forma total y definitiva". Y en cuanto al último de los hechos expresó: "El actor recibió las sumas que le correspondieron por salarios y prestaciones sociales. No se le han pagado las sumas relacionadas en la demanda, porque no se le deben".

Surtidos los trámites legales de rigor, la primera instancia concluyó con la sentencia de fecha 1o. de agosto de 1960, cuya parte resolutiva se transcribe a continuación:

"1o. Declárase no probada la excepción perentoria de inexistencia de las obligaciones, propuesta en tiempo por el señor apoderado de la parte demandada.

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración *condénase* a la sociedad demandada 'Weston, Ingeniería Osma y Cía. Limitada', a pagar al demandante Daniel Cárdenas Navas, de condiciones civiles conocidas de autos, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

"a) Tres mil doscientos pesos moneda corriente ($ 3.200 m/c.), por salarios insolutos;

"c) (sic) Ocho mil quinientos ochenta y cuatro pesos con setenta y siete centavos, moneda corriente, ($ 8.584.77 m/c), por comisiones insolutas, (ultra petita);

"d) Seis mil seiscientos veintidós pesos con noventa centavos ($ 6.622.90 m/c.), por participación en utilidades;

"e) Cuatro mil quinientos cuarenta pesos con ochenta y tres centavos moneda corriente ($ 4.540.83 m/c.), por cesantía;

"f) Mil trescientos sesenta y dos pesos con veinticinco centavos, moneda corriente, ($ 1.362.25 m/c.) por vacaciones;

"g) Dos mil cuarenta y tres pesos con treinta y siete centavos, moneda corriente, ($2.043.37 m/c.), por primas de servicios; y,

"h) Cuatro mil seiscientos treinta y un pesos con cincuenta y dos centavos, moneda corriente, ($ 4.631.52 m/c.), por salarios caídos.

"2o. (sic). Declárase de oficio, parcialmente probada la excepción de pago. En consecuencia, de la condena a que se refiere el literal e) dedúzcase la suma de $ 4.181.23, consignada por la parte demandada a favor del actor.

"3o. Absuélvese a la entidad demandada 'Weston, Ingeniería Eléctrica, Osma y Cía. Ltda.', de las demás peticiones contenidas en el libelo de demanda instaurado por Daniel Cárdenas Navas, por intermedio de apoderado.

"4o. Condénase a la entidad demandada 'Weston, Ingeniería Eléctrica, Osma y Cía.', parcialmente en costas, Tásense por la Secretaría en un 70%".

De la anterior sentencia apelaron las partes, razón por la cual los autos subieron a conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, la que resolvió el recurso en providencia fechada el 14 de noviembre de 1960, así:

"Primero.- Revócase el numeral 1o. de la sentencia apelada.

"Segundo.- Revócase el numeral 2o. de la sentencia apelada y en su lugar se condena a la Sociedad Weston, Ingeniería Eléctrica Osma y Cía Ltda. a pagar al señor Daniel Cárdenas Navas, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las sumas de dinero que a continuación se expresan:

"a) Por concepto de salarios consistentes en participación de utilidades, la suma de catorce mil doscientos cuarenta y dos pesos con treinta y siete centavos ($ 14.242.37) moneda corriente.

"b) Por concepto de salarios consistentes en

comisiones, la suma de mil quinientos ocho pesos con veinticinco centavos ($ 1.508.25) moneda corriente.

"c) Por concepto de auxilio de cesantía, primas de servicios y compensación de vacaciones, la suma de dos mil novecientos ochenta y nueve pesos con treinta y seis centavos ($ 2.989.36) moneda corriente.

"d) Por concepto de indemnización del lucro cesante por terminación ilegal del contrato de trabajo, la suma de once mil seiscientos ochenta y dos pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 11.682.64) moneda corriente.

"Tercero.- Revócanse los numerales 2o. bis y 3o. de la sentencia apelada.

"Cuarto.- Absuélvese a la sociedad Weston, Ingeniería Eléctrica Osma y Cía Ltda. de las restantes peticiones contenidas en la demanda formulada por el señor Daniel Cárdenas Navas.

"Quinto.- Confírmase el numeral 4o., de la sentencia apelada.

"Sexto.- Sin costas en esta instancia".

Las partes interpusieron contra la anterior providencia recurso de casación, el que les fue concedido y admitido. Dentro de los términos legales la parte actora presentó la correspondiente demanda y la sociedad "Weston, Ingeniería Eléctrica Osma y Cía. Limitada" formuló oposición. Sin embargo la demanda de casación la presentó vencidos los términos por lo que se declaró desierto el recurso en auto que fue suplicado y sobre el cual recayó la siguiente decisión: "...El medio de impugnación que se ejercita procede respecto de autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no actúa como Juez ad quem (art. 511 del C. J.) y como el auto reclamado fue expedido por la Sala, pues lo suscriben todos los Magistrados que la integran, la súplica contra él no es procedente, y así lo decide la Corporación".

Por la razón anterior procede la Sala a estudiar la demanda de la parte actora, la cual señala así el alcance de la impugnación:

"Persigo el quebrantamiento parcial del fallo recurrido, en cuanto revocó el numeral 1o. de la sentencia de primera instancia, que había declarado no probada la excepción perentoria de inexistencia de las obligaciones; en cuanto por el numeral 2o. y previa revocatoria de las condenas del Juzgado, limitó las suyas a las sumas que concretó en los literales a), b), c), d) y e); y en cuanto por la revocatoria previa que acabo de mencionar y por lo general de su punto cuarto absolvió a la sociedad demandada de pagar los salarios insolutos a que había condenado el Juzgado en el literal a) del punto 2o., de su sentencia; para que, mediante la prosperidad de las acusaciones que formularé en la presente demanda, o de cualquiera de ellas, en la decisión de instancia subsiguiente esa H. Sala confirme el ordenamiento primero del fallo del a quo, por cuanto no fue probada la excepción de inexistencia de las obligaciones respecto de los salarios, comisiones y participaciones insolutos y saldos de las prestaciones suplicadas en el libelo inicial y respecto de las indemnizaciones por lucro cesante y mora; confirme la condena, por $ 3.200.00 de salarios insolutos, del literal a) del punto 2o. del fallo del a quo; y reforme las demás condenas de la primera instancia de acuerdo con los valores que la presente demanda puntualizará, o conforme a los que la H. Corte estime probados en función de instancia, y reforme así mismo la condena del Tribunal sobre lucro, de acuerdo con el verdadero salario devengado".

Y agrega el recurrente que invoca la causal primera de casación laboral, —art. 87 del C. P. T.—, por ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva, en los términos y por los conceptos que señala en el *cargo único* que formula en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia objeto del presente recurso de ser violatoria por aplicación indebida de los arts. 22 y 23 (definición del contrato de trabajo y salario como elemento esencial del mismo); 45 y 49 (duración presuntiva); 54 (prueba de la existencia y condiciones del contrato de trabajo); 55 (ejecución de buena fe); 57, obligación 4a. (pago de la remuneración pactada); 59 y 149 (prohibición de retener); 64 (ruptura ilegal); 65 (indemnización moratoria); 127 (elementos integrantes del salario); 186 y 189 (sobre vacaciones); 249 y 253 (sobre cesantía) y 306 (sobre primas de servicio) todos del C. S. T.; y 54, 59 y 83 del C. P. del T., y falta de aplicación del 51 y del 61 de este mismo estatuto, estos cinco últimos preceptos en infracciones de medio, violaciones todas que se produjeron por vía indirecta, a consecuencia de ostensibles errores de hecho en que incurrió el fallador al apreciar unas pruebas y al dejar de apreciar otras, que singularizaré".

Y acto seguido procede el impugnador a señalar las pruebas que estima mal apreciadas y

las dejadas de apreciar por el ad quem, siendo las primeras:

"a) La demanda inicial y su contestación (fls. 2 a 4 y 23 a 25, respectivamente;

"b) Los documentos de fls. 7 a 16;

"d) El certificado de la Cámara de Comercio de fl. 19 y v;

"e) Los documentos de fls. 29 y 31 A y 42 bis, 43, 44, 45 y 46 y v. sobre consignación de salarios y prestaciones;

"f) El acta de la primera audiencia de trámite de fl. 34;

"g) El documento de fl. 86;

"h) Las posiciones de Benjamín Osma de fl. 87 a 92 y de Virgilio Osma Navarrete de fls. 92 a 100;

"i) Las posiciones absueltas por el demandante Cárdenas de fls. 107 a 112;

"j) Las posiciones extrajuicio fls. 116 a 125 v.;

"k) El Acta de la audiencia efectuada por el Juzgado del conocimiento el 29 de septiembre de 1959 de fls. 126 y 127;

"l) La declaración del señor Marco Antonio Guzmán Argüello de fl. 67 a 70;

"ll) La inspección ocular de fls. 131 a 137;

"m) El dictamen pericial de fls. 138 a 148 y su aclaración de fls. 168 a 171;y

"n) La carta de fl. 28; las declaraciones de Jorge Jiménez González (fls. 48 a 49), José Ignacio Ortiz Ceballos (fls. 50 a 52), Armando Londoño Uribe (fls. 59 a 60), Hernán Ramírez Bueno (fls. 60 a 61); la certificación del alcalde de Pereira de fls. 65 y v; la declaración de Marco Fidel Urquijo de fls. 66 y 67; las de Enrique Santos Posada (fls. 70 a 72), y Jaime Huertas Rodríguez 72 y 73; la de Erwin Bridge (fls. 79 a 80 v.); la constancia de fl. 115; el reconocimiento y la declaración de Jaime Michelsen Uribe (fls. 127 a 129) y la carta y balance de fls. 157 a 185".

Y como pruebas no apreciadas indica el recurrente las siguientes:

"a') El acta del Juzgado Primero del Trabajo de fecha 7 de noviembre de 1958, de fl. 30, y el recibo de fecha 6 de noviembre de 1958 de fl. 31;

"b') El acta de la audiencia efectuada el once de septiembre de 1959 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en la parte en que ordenó la comparecencia del señor Virgilio Osma para el reconocimiento del contenido y firma de la documental de fl. 86 (f. 113) auto notificado el día siguiente según constancia de fl. 113 vto.; y la notificación personal del señor Osma de fl. 114".

Los errores de hecho de carácter manifiesto consistieron en dar por establecido, dice el impugnador, cuando las pruebas señaladas demuestran otros hechos distintos, diferentes y hasta opuestos:

"1o. Que el sueldo fijo del demandante Cárdenas, del 1o. de enero al 31 de agosto de 1958 sólo fue de $ 400.00 mensuales, cuando se estableció que por este concepto devengaba $ 800.00 mensuales.

"2o. Que en el mismo lapso y en materia de comisiones, el porcentaje que devengaba el demandante sólo era del 2-1/2% sobre los contratos conseguidos mediante su intervención personal, cuando en el plenario se estableció que por este concepto integrante de su remuneración le correspondía el 5%.

"3o. Que el último salario promedio devengado por el demandante Cárdenas fue solo de $ 2.920.66, cuando las pruebas establecen que fue de $ 4.084.49 esto es, $ 136.15 diarios.

"4o. Que la sociedad demandada consignó el 22 de octubre de 1958 lo que confesaba deber, cuando las pruebas establecen que sabía deber suma mayor.

"5o. Que que la consignación anterior fue de buena fe y puso término a la mora en que había incurrido el patrono, cuando aparece ostensiblemente que fue irrisoria, fraudulenta y sin explicación plausible, por lo que la mora solo terminará con el pago de todas las sumas debidas".

Luego indica las incidencias que tales errores tuvieron en el fallo acusado. Y procede a la demostración del cargo lo que hace el recurrente con fundamento en el razonamiento que se sintetizará.

"Sueldo fijo. Error de hecho 1o." Dice el impugnador que Cárdenas devengó entre el 1o. de enero y el 31 de agosto de 1958, cuestión afirmada en la demanda, y negada por la sociedad, $ 800.00 mensuales. Que el a quo apreció como era debido la documental de fl 86 y las posiciones absueltas por Osma Navarrete, y dio por establecido aquel sueldo, pero que

en cambio el Tribunal incurrió en la apreciación de tales pruebas en error ostensible y sólo aceptó $ 400.00, debido a que apreció el documento de fl. 86 como manifestación de uno de los socios con modificaciones que debían consultarse con el otro y que por último le dio fuerza indiciaria en contra del demandante, al hecho de que su contenido no hubiese tenido aplicación y al de que el testigo Guzmán hubiese dicho que Cárdenas le impartía las órdenes sobre la contabilidad, no siendo presumible, en opinión del ad quem que de ser valedera la determinación de la Junta, Cárdenas no hubiera reclamado porque se le pagaba una suma menor.

Dice que la primera consideración del Tribunal, que le sirvió para restarle mérito probatorio al documento del fl. 86, es ostensiblemente errónea, porque le fue presentado a Osma Navarrete en posiciones y este, al absolver la pregunta 18 lejos de rechazarlo o de negar su firma en él o de sostener que en lo que relata no tuvo intervención alguna, se limitó a decir que Benjamín Osma "no aceptó nuestra petición", de donde la intervención de Osma Navarrete constituye reconocimiento del documento "sin que hubiese sido necesaria ninguna otra diligencia especial para este efecto". Agrega el recurrente que el hecho por el cual se le preguntaba al absolvente no fue desconocido por este, sino que se limitó a decir que no fue aceptado por su consocio, afirmación que se torna inválida frente al documento de fl. 19 y v, en el que la Cámara de Comercio certifica que según el contrato social, ambos socios, Benjamín Osma y Osma Navarrete, tienen iguales facultades para la administración y representación de la sociedad. Y considera el recurrente que en lo que toca con las posiciones es inequívoca la confesión con la sola respuesta dada por el absolvente independientemente de la prueba de fl. 86, que en ese momento solamente tenía fuerza de prevención contra cualquier falso desconocimiento del hecho. Concluye indicando el impugnador que como consecuencia de la errónea apreciación de la prueba de posiciones, tuvo en cuenta como sueldo $ 400.00 y no $ 800.00 que como está demostrado era el del demandante.

Refiriéndose a las argumentaciones del ad quem, acerca de que la prueba documental no podía esgrimirse en posiciones, —se alude a la de fl. 86—, porque no fue decretada como prueba en el curso del juicio, y al hacerlo se vulneran los principios de publicidad y contradicción, de donde tal documento debe ser considerado como inexistente en el proceso, dice el recurrente: "Sin embargo, la diligencia de reconocimiento de fls. 126 y 127 sí fue ordenada por el Juzgado en forma pública y que permitía contradicción, como lo revela el auto de fl. 113 y su notificación personal de fl. 114, piezas que he destacado como dejadas de apreciar. Y si se atiende, como debe atenderse, a que el Juez laboral dispone de facultades para inquirir sobre la verdad real, y a que en el caso concreto no lo hizo de modo secreto ni sorpresivo del derecho de defensa, por cuanto ordenó el reconocimiento por medio de auto legalmente producido y notificado y no recurrido, conforme a sus atribuciones de los arts. 54 y 59 que el Tribunal solo citó para infringirlos, en violación de medio que también he acusado, si se atiende a todo ello, repito, es ostensible que el reconocimiento de fls., 126 y 127, que en rigor no era necesario, por la confesión en posiciones, no puede descalificarse para llegar a la conclusión, indebida, de que aquella documental es pieza inexistente en el proceso...".

En seguida el casacionista orienta su ataque a dos argumentos más del Tribunal: Que la determinación del señor Osma Navarrete de que da cuenta el documento del fl. 86, debía ser consultada con el otro miembro de la sociedad y el otro, que da carácter de indicio al hecho de que la decisión anterior no hubiese tenido cumplimiento, "lo que cree reforzar con el testimonio de Guzmán". En cuanto al primero, dice que el documento acredita un convenio entre Osma Navarrete y Cárdenas, para aumentar a este el sueldo fijo y la comisión y que el certificado de la Cámara de Comercio atribuye a Osma Navarrete el mismo poder de representación y facultades de administración que a su consocio Benjamín Osma, luego no se requería de consultarlo. Y en lo referente al segundo, manifiesta que dar carácter de indicio al hecho de que la determinación registrada en el documento (fl. 86) no hubiese tenido cabal cumplimiento, "es trastrocar todo el análisis jurídico de las pruebas", porque si hubiera tenido cumplimiento, la demanda no estaría reclamando el pago de la diferencia insoluta, ni la demandada estaría sosteniendo que solo tenía la obligación de pagar $ 400.00. Es, agrega el recurrente, precisamente por lo que no se pagaron los $ 800.00 convenidos entre Cárdenas y Osma, por lo que existe en la demanda tal petición y la falta de aplicación del convenio lejos de ser un indicio, constituye la causa para pedir su cumplimiento. En cuanto a que no hubiera reclamado Cárdenas su cumplimiento y hubiera

dejado así transcurrir el tiempo, debe tenerse en cuenta que todas las explicaciones estriban en que fue el otro socio el que no quiso reconocer el convenio de su consocio. Y no puede reforzarse el argumento del ad quem con la declaración de Guzmán (fl. 67) cuando afirma que las órdenes sobre contabilidad las recibía del demandante, porque "por una parte, nada indica que lo referente al sueldo del demandante fuera materia de las órdenes que necesitara recibir el dicho Guzmán, con lo cual el pretendido hecho indicador, como suposición de hombre, se extingue... y por la otra las tales órdenes del señor Cárdenas estaban subordinadas al poder de dirección de sus patronos, los socios Osma, y es incontrovertido que el señor Benjamín Osma no quiso dar su asentimiento al convenio de su consocio, lo que explica que Cárdenas no pudiera, abusivamente, transmitir a la contabilidad órdenes sobre los nuevos valores convenidos, aunque aquella falta de asentimiento del otro socio careciera de poder para destruir el acuerdo laboral de Osma Navarrete...".

Comisiones. Error de hecho 2o. En la demanda dice el impugnador, se afirmó que a partir del 1o. de enero y hasta el día de la terminación del contrato laboral, a Cárdenas le correspondía el 5% del valor de todos los contratos celebrados por la sociedad. Y que dejaron de pagársele al demandante las comisiones correspondientes a los tres contratos que se describen en el libelo. La demandada por su parte sostuvo que la comisión era del 2-1/2% solamente para los contratos que en forma personal, completa y definitiva hubiese conseguido el señor Cárdenas y que este no tenía derecho a dicha comisión sobre los contratos celebrados con el municipio de Pereira, La Nacional de Seguros y el Banco de la República. El Juzgado apreció correctamente el documento de fl. 86, dice el impugnador, y reconoció el derecho del demandante a un 5% por concepto de comisión. Consideró además, que Cárdenas demostró haber conseguido los contratos del municipio de Pereira y de La Nacional de Seguros, mas no así el del Banco de la República, por lo que reconoció las comisiones correspondientes y con apoyo en la diligencia de inspección ocular, con base en el 2-1/2% restante sobre los contratos que no tuvieron intermediario. El Tribunal, en cambio, entendió que la comisión era del 2-1/2%, como quiera que rechazó el carácter de prueba del documento del fl. 86 y apreció equivocadamente las posiciones de Osma Navarrete y no encontró demostrado que la comisión se causara sobre el valor de todos los contratos celebrados por la sociedad, de donde concluyó que lo correspondiente a comisiones era lo pagado según la diligencia de inspección ocular. Apreció como demostrado que tenía el actor derecho a la comisión sobre los contratos con el municipio de Pereira y con La Nacional de Seguros, pero limitó su condenación por tal concepto al 2-1/2%.

Dice sobre este punto el recurrente que son dos los asuntos por considerar: el quantum de la comisión y a cuántos contratos debe aplicarse el tanto por ciento. En cuanto al primero, es por lo que ha acusado como indebido el rechazo del documento del fl. 86 y mal apreciada la confesión de Osma, al absolver la pregunta 18 de las posiciones, y errónea la desestimación de los aumentos convenidos por el demandante con su patrono al consocio Osma Navarrete, y expresa a la letra: "... y creyendo haber demostrado la equivocación del fallador en torno a las pruebas singularizadas y al error ostensible del punto anterior, concluyó que la comisión debida debe apreciarse en el 5% que acredita las dichas probanzas...". En cuanto al segundo, dice que las posiciones que se formularon al fl. 100 y la prueba documental tantas veces citada, advierten cómo lo que se reclama es el 5% sobre los contratos conseguidos sin intermediario. Y a la letra dice: "... Sobre este aspecto de la acusación debo concretar que la diligencia de inspección ocular (fls. 133 y 134) registra un asiento por comisiones en el mes de enero de 1958, correspondiente a la adquisición en dicho mes de contratos, por parte del señor Cárdenas, por valor, liquidado al 2-1/2%, de $ 2.912.01; y otro, en julio 31, de abono de comisiones en el semestre, por valor, así mismo liquidado al 2-1/2%, de $ 2.858.94. Estas dos partidas establecen inequívocamente que en el año de 1958, se le pagaron al demandante Cárdenas comisiones por valor de $ 5.770.95; y como el pago se efectuó sobre un porcentaje del 2-1/2% cuando, según lo demostrado, ha debido liquidarse sobre el 5%, se ostenta incuestionable que por concepto de comisiones se le adeudan $ 5.770.95". Agrega que como las comisiones que reconoció el Tribunal sobre los contratos de Pereira y La Nacional fueron liquidadas sobre el 2-1/2%, cuando han debido serlo al 5%, "la empresa adeuda a su demandante, por comisiones en estos contratos, $ 1.508.35, para un total por concepto de comisiones insolutas de $ 7.279.30, a que debe condenarse por cuanto el a quo falló ultra petita en este extremo, por suma mayor". De ahí con-

cluye el impugnador que la absolución proferida por el ad quem por concepto de comisiones insolutas, es indebida, y que se produjo como consecuencia de haber apreciado mal, en este punto, el dictamen pericial y anteriormente, el documento del fl. 86 y las posiciones de los fls. 87 y 100, así como la demanda y su contestación, razones por las cuales debe casarse el fallo recurrido para en su lugar condenar a la suma de $ 7.279.30 por concepto de comisiones insolutas.

Salario promedio del demandante Cárdenas. Error de hecho 3o. "Por razón de las estimaciones probatorias, —dice el recurrente—, que he impugnado en los dos primeros apartes y de la correcta sobre participación de utilidades, el Tribunal integró el salario promedio del demandante..." Total: $ 2.920.66, que sirve de base para todas las condenas, cuando el perseguido como real es el de $ 4.084.49. El error demostrado, acerca del salario básico, continúa, incidió sobre las condenaciones del Tribunal, por lo cual, manteniendo las declaraciones de fondo sobre el derecho y el factor tiempo, las cuales no impugno, deben reajustarse con el nuevo factor salarial". Señala aquí la forma como se propone que la Corte, como Tribunal de instancia, previas las revocatorias y reformas precisadas, condene a la empresa demandada.

Indemnización moratoria. Errores de hecho 4o. y 5o. Dice el impugnador que el Tribunal, como en su oportunidad el juzgado del conocimiento, no encontraron justificado que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo, 31 de agosto de 1958, la sociedad demandada no hubiese cancelado los salarios y prestaciones debidos a Cárdenas Navas. Y que en consecuencia, condenó a la indemnización establecida por el art. 65 del C. S. T., sobre la base del salario que había apreciado con error. Pero lo hizo, continúa, hasta la fecha en que la demandada efectuó su consignación de fls. 29 y 31 A., es decir, que limitó la mora en el tiempo. Aplicó en consecuencia indebidamente el Tribunal el art. 65, por dos aspectos: El uno, el salario que le sirvió de base, punto ya estudiado en los apartes anteriores, y el otro, en cuanto limitó la condena al 22 de octubre, fecha de la consignación, "... decisión que acuso determinada por el error de hecho de carácter igualmente ostensible, de apreciar, cuando las pruebas reseñadas en mi acusación, en las letras a) a n) y las dejadas de apreciar, según las letras a') y b') establecen todo lo contrario, que en la fecha mencionada la Weston, Ingeniería Eléctrica Osma y Compañía Limitada, consignó lo que creía deber y que con ello puso término a su mora". Agrega que en efecto, en 31 de agosto de 1958, según se establece con el material probatorio reseñado, la sociedad demandada se sabía deudora de salarios, comisiones, participaciones en utilidades, cesantía, primas, vacaciones, cuestión que así entiende el Tribunal desde que condenó a la sociedad demandada al pago de la indemnización moratoria. Pero en 22 de octubre siguiente la Compañía efectuó una consignación por $ 4.181.23, y el ad quem aprecia este hecho como extinguidor de la mora, o sea, que reconoce en ese momento que la empresa cancela lo que creía deber. Y para estimar este acto como de buena fe, se empeña en apreciar que las diferencias entre el valor consignado y el de sus propias condenas, obedecen en su mayor parte a la imputación de las utilidades y en que, en tratándose de salarios variables que se integran en comisiones y participaciones, la liquidación es difícil y "hace incierta o dudosa la liquidación de los derechos sociales". Estas diferencias no surgen de eso. Las consideraciones provienen de la mala apreciación de las pruebas reseñadas y de las dejadas de apreciar. Las diferencias tienen como motivos especiales la no inclusión del verdadero sueldo fijo y del promedio de las comisiones, la exclusión de las comisiones en algunos contratos. No es, dice el recurrente, que la liquidación sea difícil, sino que la compañía no llevaba libros en forma legal, como lo acredita la inspección ocular y el dictamen pericial, que también ha presentado como mal apreciados. Y esto no puede constituir para ningún juez motivo plausible para la pretendida ignorancia o incertidumbre del patrono acerca de la determinación del salario de cualquier trabajador.

Hacer ver el impugnador que a fl. 31 del expediente obra el documento producido por la empresa sobre lo que hasta el día 6 de noviembre de 1958 retuvo al demandante en su cuenta corriente documento que no fue apreciado, y que relieva que cuando la empresa hizo la consignación, sabía deberle a aquel otro valor. Y a fl. 30 obra el acta de entrega de la participación de utilidades que en esa fecha la empresa quiso liquidar y pagar, prueba igualmente dejada de apreciar, y que inequívocamente demuestra que en esa fecha, 7 de noviembre de 1958, es decir, después de haber liquidado lo que arbitrariamente decía deber, todavía estaba pagando participación de utilidades. Esto demuestra que la empresa hizo una consignación arbitraria "sobre las bases

de cuanto le interesaba sostener que era lo debido, con la única finalidad que constituye fraude, de evitar la recta aplicación del art. 65 del C. S. del T., Así, pues, concluye el impugnador, la consignación efectuada por la sociedad demandada, "no puede tener el efecto extintivo de la mora que el fallador le atribuyó".

Se estudia

Es conveniente, en opinión de la Sala, conocer las razones que llevaron al Tribunal sentenciador al desconocimiento del documento de fl. 86, que sirve al recurrente para apoyar sus argumentos de acusación y afirmar que el sueldo devengado por el actor fue de $ 800.00 y no de $ 400.00 como lo entendió la demandada y lo ha considerado el ad quem. Este formula algunos reparos sobre la aducción de dicha prueba y luego se expresa en relación con ella en los siguientes términos: "... Pero no sobra advertir que tampoco tiene ese documento el valor probatorio que se le concedió en la sentencia apelada. Trata ese documento de lo ocurrido en una sesión de la Junta de la sociedad a la cual asistieron Virgilio Osma y Daniel Cárdenas, sin aclarar si este último asistió con el carácter de socio o de simple trabajador de la empresa. El primer carácter ha sido negado expresamente por las partes. Y si concurrió como trabajador es preciso admitir que solo asistió a tal reunión uno de los socios. Y como la determinación que interesa al caso de autos consistió en aumentar la cuantía de los salarios y de la comisión, no solo al trabajador Cárdenas, sino también al socio Virgilio Osma, lo que entraña una modificación al contrato social, es forzoso admitir que tales modificaciones debían ser necesariamente consultadas y aprobadas por el otro socio, señor Benjamín Osma, sin que sea valedero alegar que ambos socios tenían iguales poderes de administración y dirección. Resulta fácil advertir, —continúa el ad quem—, que en la leyenda referente al punto cuarto de lo acordado por la Junta se tacharon las palabras "cada socio" que estaban referidas a los señores Virgilio Osma y Daniel Cárdenas. Como el citado documento, de ser aceptado como prueba tendría que serlo en su integridad, la inclusión del señor Cárdenas como miembro de la Junta le daría el carácter de socio, y no de simple administrador delegado, fenómeno no alegado ni probado en este juicio, lo cual desvirtuaría totalmente la causa petendi aducida en la demanda. Ello si se pretendiera que la determinación tomada por esa Junta no requería de la aprobación del otro socio".

Antes de seguir adelante y dado que la prueba documental del fl. 86 es el pilar sustentatorio de la demanda de casación, conviene conocer antes cómo se formó la sociedad demandada y quiénes la constituyeron para determinar el papel que en ella pudo jugar el señor Cárdenas. A fl. 19 del cuaderno primero aparece la certificación expedida por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, que enseña que por escritura pública No. 1.998, otorgada el 18 de abril de 1956, ante el Notario Cuarto de este circuito, se constituyó la sociedad denominada "Weston, Ingeniería Eléctrica Osma y Compañía Limitada", cuyo extracto se registró el día 25 de los mismos mes y año en la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el número 34.236 y a las páginas 819 a 820 del libro respectivo, y en el cual aparecen las siguientes indicaciones: Que los señores Benjamín Osma y Virgilio Osma Navarrete constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada bajo la razón social ya indicada y con domicilio en Bogotá y también, fuera de otras cláusulas, la siguiente: "Ambos socios tendrán la facultad de administrar y de hacer uso de la razón social, con igual representación y poderío..." Y a continuación se señalan las funciones que los dos administradores tienen, conjunta o separadamente.

De lo expresado en el extracto en cuestión se desprende que eran dos y únicamente dos, los socios de la empresa mencionada, los señores Benjamín Osma y Virgilio Osma Navarrete, de donde la Junta de socios solamente podía estar conformada por las dos personas mencionadas. Ahora bien, el documento de fl. 86, dice a la letra: *"Reunión de la Junta de La Weston*, con los siguientes puntos que se van a aclarar en adelante en la forma siguiente: Asistieron Virgilio Osma y Daniel Cárdenas N... Cuarto punto: Virgilio Osma y Daniel Cárdenas ganarán a partir del 1o. de enero de 1958 la cantidad de $ 800.00 mensuales como sueldo correspondiente a su trabajo y además devengarán un 5% sobre los contratos que no tengan intermediario, este último porcentaje lo recibirán los citados señores los días jueves último de cada mes..."

Ya se sabe que la sociedad estaba conformada por los señores Osma y Osma Navarrete y si el documento en cuestión se llevó como se dice en él a la junta de la Weston, obviamente han debido conocerlo y tomar alguna determi-

nación sobre su contenido los dos señores Osma. Mas estos dos no se reunieron, como se desprende del documento en cuestión, que es igualmente claro al decir: "Asistieron Virgilio Osma y Daniel Cárdenas N.", lo que indica con diafanidad, que el señor Benjamín Osma no asistió, no concurrió a la reunión. O en otras palabras que no hubo junta, que significa "reunión de varias personas para tratar de un asunto" y estas varias personas, en el caso de autos no podían ser sino los dos socios Osma.

Y si bien es cierto, porque así lo indica el extracto de la Cámara de Comercio, que ambos socios (los señores Osma) tienen la facultad de administrar y hacer uso de la razón social, "con igual representación y poderío", también lo es, que si el propósito de Virgilio Osma en cuanto se refiere a Cárdenas hubiera sido el de aumentarle su asignación mensual y elevar sus comisiones, por sí y ante sí, bien hubiera podido hacerlo, pero si como ocurrió, optó por llevar al conocimiento de su socio, Benjamín Osma, tal propósito, esto indica que no quiso asumir personalmente tal determinación que desde luego implicaba quedar comprendido él por los mismos aumentos, como en ella misma (documento fl. 86) se dice. Esto significa que los aumentos proyectados en la prueba en cuestión, no tuvieron vigencia, circunstancia que, como se verá adelante, cuenta con amplia demostración.

De ahí que considera la Sala que el documento tantas veces citado y ya transcrito, constituía simplemente un proyecto llevado a la Junta ad referendum de Benjamín Osma, que debía ser considerado, como lo dice el sentenciador, por este. No habiéndolo sido, no pasó de ser eso: un proyecto. Ahora bien, de la cláusula que se comenta no puede colegirse que uno cualquiera de los socios, con prescindencia del otro, pudiera aumentarse el sueldo arbitrariamente. En cambio, si Virgilio Osma, en uso de dicha cláusula, hubiera tomado la determinación, —con prescindencia de su socio Benjamín Osma—, de aumentar el sueldo y las comisiones de Cárdenas, hubiera tenido para los efectos buscados por el recurrente tal determinación, pleno cumplimiento. Sin embargo, se repite, no fue este su propósito desde el momento mismo en que resolvió llevar el proyecto de aumentos, que a él lo cobijaba, al conocimiento de la Junta de socios para su aprobación como se desprende del documento de fl. 86. De otro lado no aparece en los autos escrito alguno que envuelva tal propósito. Pero hay más: Si la Junta de socios se hubiera reunido y el proyecto hubiera sido por ella considerado, la prueba que se hubiera aportado hubiera sido, como es elemental, el acta correspondiente y no el documento o papel contentivo de la proposición o proyecto.

Quiere decir todo lo anteriormente expresado, que al documento en referencia no se le puede atribuir ni para los efectos del sueldo ni para los que tocan con el porcentaje, el valor probatorio que le dio al a quo y que el recurrente reclama, de donde el error que se imputa por omisión al sentenciador, no está demostrado. Y aclara aún más esta opinión la respuesta dada en posiciones a la pregunta 18a. por el señor Virgilio Osma, quien expresó: "No es cierto que el sueldo se aumentara lo mismo que la comisión porque el señor Benjamín Osma, no aceptó nuestra petición y el señor Cárdenas convino por consiguiente que los sueldos y comisiones no se aumentaran". Y en respaldo de lo anterior juegan dos circunstancias, la primera, representada por el silencio del señor Cárdenas, que siguió al insuceso de la proposición o "petición" como la llama el señor Virgilio Osma y la segunda, que tanto Virgilio Osma como Daniel Cárdenas N. se abstuvieron de dar información alguna al jefe de contabilidad sobre el supuesto aumento del sueldo o sueldos y de las comisiones, razón por la cual ninguno de los dos recibió por el año de 1958 remuneración distinta de la pactada originalmente. Y cabe indicar aquí que el señor Guzmán, jefe por entonces de la contabilidad de la empresa, de manera enfática manifestó en su declaración que no recibió de ninguno de los dos, Osma o Cárdenas, información u orden al respecto, a pesar de que el señor Cárdenas era quien suministraba información al contador.

De suerte que no se trató como se pretende por el impugnador de un convenio celebrado entre el señor Virgilio Osma y el señor Daniel Cárdenas N., consignado en el documento de fl. 86 y menos se puede afirmar que así lo hubiera confesado al mencionado Osma. Equivale lo anterior a decir que no se estableció el error atribuido al ad quem y por consiguiente, que en este aspecto de la cuestión propuesta el sentenciador hizo una adecuada apreciación de las pruebas que se han citado.

"II.- Comisiones. Error de hecho 2o.". Dos cuestiones tiene la Sala por dilucidar en lo tocante a comisiones. La primera, la relativa al quántum de la comisión y la otra, a qué con-

tratos o a cuántos contratos debe aplicarse el tanto por ciento.

Analizado ya el documento que corre a fl. 86, basta indicar que tal prueba no tiene el valor que le dio el juez del conocimiento y que pretende el recurrente se le asigne en lo referente a sueldos y comisiones, porque bien vale la pena repetir que su contenido no fue aprobado por la Junta de socios, como quedó demostrado. De suerte, pues, que el quántum de la comisión no es otro que el señalado originalmente, es decir, el 2-1/2% y no el 5% como se pretende por el acusador.

Ahora bien, en cuanto al segundo aspecto, encuentra la Sala que las consecuencias a que llegó el sentenciador, son el resultado de un razonamiento lógico hecho sobre las pruebas puestas a su consideración, con base en la libertad de estimación que sobre ellas tiene, en forma tal que su apreciación es intocable por la Corte, con tanta mayor razón si se considera que los errores que se le atribuyen, no tienen el carácter de ostensibles o evidentes. En efecto, del propio libelo de demanda se intuye que sobre el particular reclama el actor la diferencia de comisiones del 2-1/2 % al 5%, y que se dejaron de incluir las correspondientes a los contratos celebrados con el municipio de Pereira, con "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A." y con el Banco de la República, cuyas cuantías se suministran por el demandante con absoluta exactitud.

La primera cuestión está ya aclarada. La comisión que corresponde al señor Cárdenas Navas es la del 2-1/2% y no la del 5% por las razones ya dadas. En relación con la segunda, el ad quem hizo un análisis cuidadoso de los medios de prueba y concluyó que el actor demostró con suficiencia tener derecho a las comisiones en los contratos celebrados por la demandada con el municipio de Pereira y con "La Nacional, Compañía de Seguros Generales de Colombia S. A.", mas no así con el celebrado por la empresa demandada con el Banco de la República, porque las pruebas que obran sobre el particular niegan la participación directa y eficaz del señor Cárdenas Navas en la concreción de este negocio.

En efecto, quienes suscriben el documento que obra a fl. 5 del cdno. Primero, funcionarios del citado Banco de la República, no afirman que la celebración del contrato para iluminación con la firma demandada hubiera sido el resultado de una gestión directa del señor Cárdenas Navas. Además, fuera de que no reconocieron sus firmas y el contenido de dicho escrito, no declararon en el juicio. Pero hay más; el señor Erwin Bridge, socio y director con el uso de la razón social de "Walter Bridge & Cía., Limitada" niega la participación directa del señor Cárdenas Navas en la celebración de dicho contrato y relata cómo su precio fue recibido por la firma que representa y cómo a esta se le pagó la comisión respectiva, por haber sido la que llevó adelante la correspondiente gestión.

De lo anterior se saca en conclusión que el sentenciador no incurrió en los errores que se le atribuyen por el recurrente, como quiera que hizo una justa y equilibrada apreciación de las pruebas puestas a su consideración.

"III.- Salario promedio del demandante Cárdenas. Error de hecho tercero". Este aspecto del cargo único formulado, tampoco puede tener prosperidad, como quiera que se apoya y sustenta en los ataques anteriores contra la sentencia recurrida. Así, dice el impugnador que el salario promedio se integró con un sueldo de $ 400.00 cuando ha debido serlo con $ 800.00 y que las comisiones han debido liquidarse al 5% y no al 2-1/2% como lo hizo el Tribunal, para encontrar en consecuencia un salario promedio de $ 4.084.49, que incluye otros conceptos con los cuales no se halla en desacuerdo.

Las consideraciones hechas con anterioridad por la Sala relativa a la prueba del fl. 86, sirven para afirmar que este aspecto del cargo, que ahora se revisa, no puede tener prosperidad.

"IV.- Indemnización moratoria. Errores de hecho 4o. y 5o. El ad quem condenó por este aspecto a la sociedad demandada a pagar la suma de $ 4.964.85, limitando la indemnización a la fecha en que la Compañía efectuó la consignación respectiva, o sea, a un mes y veintiún días. En dos aspectos fundamenta el recurrente la acusación: Primero, que se tomó por el sentenciador un salario inferior al realmente demostrado y, segundo, en cuanto limitó la condena al 22 de octubre de 1958.

Por el primer aspecto el cargo no puede tener prosperidad, como consecuencia de las razones expuestas ya con suficiente amplitud. En cuanto al segundo, encuentra la Sala lo siguiente: La empresa demandada, con fecha 22 de octubre de 1958 consignó ante el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá, —fl. 29—, por medio de su apoderado la suma que consideraba deber al demandante, consignación que se apreció

en la sentencia acusada como hecho extinguidor de la mora, razón por la cual limitó la indemnización a dicha fecha. Pero ocurre que posteriormente, el 6 de noviembre, el abogado de la Empresa entregó directamente al señor Cárdenas Navas, según recibo que aparece a fl. 31 del Cuaderno Primero un cheque debidamente detallado por la suma de $ 6.562.88 cantidad que "se encontraba en poder de la Compañía en cuenta corriente a la orden del señor Daniel Cárdenas y que figuraba como "especiales, partida de 1957. Esta suma es independiente de lo que corresponde al señor Cárdenas como participación en utilidades". Y al día siguiente, el mismo apoderado y a nombre de la demandada, se hizo presente ante el Juzgado Primero del Trabajo en donde hizo entrega de un cheque por la cantidad de $ 6.605.77 "a favor del señor Daniel Cárdenas Navas y que corresponde a la participación en las utilidades obtenidas por la compañía durante los años de 1957 y 1958, durante la vigencia del contrato con el beneficiario señor Cárdenas...".

Quiere decir lo anterior, que la sanción moratoria que consagra el art. 65 del C. S. del T. debe extenderse hasta el día 7 de noviembre fecha en la cual la empresa hizo las consignaciones relacionadas atrás, aspecto en el cual tiene prosperidad la acusación.

Y se señala como límite para efectos de la sanción moratoria el día 7 de noviembre, porque fue entonces cuado la empresa demandada consignó la totalidad de las sumas que estimaba deber al señor Cárdenas Navas y porque esta sala encuentra acogibles las razones dadas por el ad quem en cuanto a comprender un tiempo superior en lo relativo a esta indemnización, como son las referentes a que una vez retirado el demandante de la sociedad, esta se vio en la necesidad de efectuar una revisión de la contabilidad, revisión que dio por resultado una considerable reducción en el monto de las utilidades obtenidas según el anterior balance y porque, son palabras, del sentenciador, "... si se considera que el excedente de prestaciones a que se condena en esta sentencia tuvo como motivo principal la inclusión de la deuda por concepto de participación de utilidades, se concluye que la consignación se hizo por una suma razonable que de buena fe se creyó deber", suma que, agrega la Sala, fue aumentada en la forma ya indicada hasta completar la que, hechas las revisiones en la contabilidad, consideró deber en definitiva al actor.

Fallo de instancia:

El juzgado del conocimiento habida consideración de que el contrato de trabajo terminó entre las partes, Cárdenas Navas y "Weston, Ingeniería Eléctrica, Osma & Cía. Limitada" el día 31 de agosto de 1958 y que esta consignó la suma que creía deber el 22 de octubre siguiente, produjo la condena por salarios caídos por el lapso indicado con base en un salario diario de $ 90.81. Pero habiéndose establecido que la Empresa demoró parte de la consignación hasta el 7 de noviembre del citado año, circunstancia que se encuentra debidamente demostrada en los autos, la condena por indemnización moratoria debe comprender hasta esa fecha exclusive. Y como el salario promedio que devengaba el actor ascendía a $ 2.920.66, la condena deberá aumentarse en $ 1.362.88, correspondiente a los días incluídos entre el 22 de octubre y el 7 de noviembre de 1958.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto concreta el monto de la indemnización moratoria en la suma de $ 4.964.85, REFORMA en el mismo punto la de primer grado y, en su lugar condena a la empresa demandada a pagar a favor del demandante la suma de $ 6.327.83 por ese concepto. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Jorge Gaviria Salazar, Luis Fernando Paredes Arboleda, Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 42).

El señor Martín Emilio Laverde Quiceno por medio de apoderado demandó a la empresa "Curtiembres de Itagüí S. A." con el objeto de que previos los trámites de un juicio ordinario laboral, sea condenada a pagarle la suma que resulte probada, por concepto de pensión de jubilación "en armonía con el inc. 2o. del art. 8o. de la Ley 171 de 1961 y demás disposiciones reglamentarias" y también la indemnización correspondiente por falta de aviso previo en el despido.

Los hechos en los cuales apoya las anteriores peticiones enseñan que durante un lapso superior a 17 años prestó sus servicios personales a la empresa demandada, como obrero, habiendo obtenido un salario promedio de trece pesos diarios; que el trece de octubre fue despedido en forma injustificada, porque se le encontró un machete que llevaba oculto en los pantalones, arma que acostumbraba portar como defensa personal, pues su turno de trabajo se iniciaba entre las tres y cinco de la mañana y su casa estaba situada a ocho o diez cuadras del lugar del trabajo, habiéndose presentado por esa época atracos por la vía que le tocaba transitar para llegar a la fábrica. Y que, con anterioridad al hecho indicado, no había sufrido sanción alguna por parte de la empresa, por un hecho similar, ni había tenido altercado alguno con sus compañeros de trabajo. Por último indica que al producirse por obra de la empresa su desvinculación con ella, contaba con más de cincuenta años de edad.

Al contestar la empresa la demanda que le fue incoada, lo que hizo por medio de apoderado, aceptó que Laverde Quiceno fue despedido por llevar una arma oculta al lugar de trabajo, lo que fue debidamente comprobado. Que el demandante carece de acción para solicitar la pensión jubilatoria, por haber recibido el auxilio de cesantía y presentó como excepciones las que se comprenden en los hechos anteriores y también, la de prescripción.

Surtidos los trámites procesales el Juzgado del conocimiento que lo fue el Quinto del Trabajo de la ciudad de Medellín, con fecha 19 de febrero de 1963, condenó a la empresa demandada a pagar en favor de Laverde Quiceno una pensión de jubilación de $ 331.93 mensuales, a partir del 13 de octubre de 1961 y la autorizó para deducir en cuotas del 5% el monto que pagó al extrabajador reclamante por concepto de cesantía, y la absolvió de los demás cargos contenidos en la demanda.

La sentencia anterior fue recurrida ante el Tribunal Superior de Medellín por ambas partes, y su Sala Laboral en providencia fechada el 5 de noviembre de 1963 dispuso:

"*Condénase* a la empresa *'Curtiembres de Itagüí S. A.'* a pagar al señor *Martín Emilio Laverde Quiceno,* una pensión especial de jubilación por la suma de doscientos ochenta y cuatro pesos con cincuenta y un centavos ($ 284.51) a partir del catorce (14) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961), autorizándola para deducir de una vez la cantidad de seiscientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y tres centavos ($ 652.53) pagada por cesantías definidas y en cuotas del 10% de la mesada pensional la cantidad de cuatro mil setecientos ochenta pesos con sesenta y seis centavos ($ 4.780.66) recibidos por el demandante a título de cesantías parciales.

"Se declara configurada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda en cuanto hace relación a la súplica de indemnización por falta de aviso previo en el despido. Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

"Queda en los anteriores términos confirma-

da, reformada y modificada la sentencia pronunciada en este juicio por el Juzgado Quinto del Trabajo de la ciudad...".

Contra la sentencia anterior la parte demandada, por medio de apoderado, interpuso y le fue concedido y admitido recurso de casación, cuyo alcance señala así: "La finalidad del cargo es que la Corte Suprema de Justicia CASE el fallo recurrido, en punto a la condena por pensión vitalicia de jubilación y, en su lugar, absuelva a 'Curtiembres de Itagüí S. A.' de esa obligación. Y el cargo único que formula lo presenta en los términos siguientes:

"Violación en forma directa del art. 60 No. 3o., en concordancia con el art. 62 (8o.) del C. S. del T., por interpretación errónea. Y consecuencialmente, violación del art. 267 del mismo estatuto, por aplicación indebida".

En la demostración del cargo el recurrente dice que el art. 60 del C. L., numeral 3o., prohibe a los trabajadores conservar armas de cualquier clase en el sitio de trabajo y que el art. 62, numeral 8o., dispone que es justa causa para que el patrono dé por terminado el contrato, unilateralmente y sin previo aviso, cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que al trabajador incumben de acuerdo con los arts. 58 y 60. Que estas normas son claras y no pueden tener entendimiento diferente al que ellas mismas predican, pese a lo cual el sentenciador considera que "no siempre es falta grave llevar armas dentro del recinto de la fábrica", razonamiento con el cual viola las disposiciones citadas, máximo si se considera que la única excepción la consagra el art. 60, referente a los celadores, y que por lo mismo las otras excepciones las inventó el Tribunal.

Agrega que se hallan probados y por todos han sido admitidos los extremos del proceso: El despido del trabajador; la causa del mismo (llevar un machete e injuriar a los compañeros); el tiempo de servicio y la edad del empleado. Y dice el recurrente: "Así las cosas, aceptando el juez y las partes las hipótesis del pleito sin discusión alguna, la infracción de la ley ocurre entonces en forma directa, por interpretación errónea de los preceptos ya citados. Al decir el fallo que no constituye una 'violación grave' (art. 62) de las prohibiciones contenidas en el art. 60 'conservar armas de cualquier clase en el sitio de trabajo' cuando ocurren determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar (antigüedad, buena conducta, etc.), está dándoles a estas disposiciones un significado y un alcance que no tienen, contrariando su espíritu". Y concluye indicando que la empresa adujo también como agravante para el despido las palabras ofensivas y las injurias de Laverde para con sus compañeros de trabajo en días anteriores, cuando los trató de "pájaros h. p...", hecho probado y no discutido que da también lugar a la violación del art. 62 numeral 2o., en forma directa, por falta de aplicación de esa norma al caso debatido, para justificar la expulsión del empleado.

Se estudia

El sentenciador, tomando en consideración el texto del art. 267 del C. S. del T., y no las normas de la Ley 171 de 1961 invocadas en la demanda inicial, por ser estas posteriores a la extinción del contrato de trabajo entre las partes, produjo la sentencia cuya casación pretende el recurrente, y estimó, que los requisitos que la disposición exige se cumplieron a cabalidad en el caso de autos, porque está establecido que Laverde Quiceno prestó sus servicios a una empresa de capital superior a $ 800.000.00, por un lapso mayor de quince años (diez y siete están demostrados en los autos) y que fue despedido sin justa causa. Los dos primeros extremos a más de aparecer demostrados, no fueron materia de debate durante el proceso. Y si bien es cierto que la empresa en relación con el último afirma que el rompimiento del contrato tuvo justa causa como que se ajustó con exactitud a las normas legales que reglan lo relativo a las obligaciones y prohibiciones especiales que incumben a los trabajadores y se estableció que el trabajador cumplió algunas de tales prohibiciones como se demostró en el juicio, —razón por la cual considera que el ad quem violó las primeras normas que cita en el cargo por interpretación errónea y la última por aplicación indebida— es verdad también que el tribunal sentenciador con apoyo en las pruebas que fueron sometidas a su estudio, considera injusto el despido y por lo tanto determina en la providencia acusada, que el demandante se ha hecho acreedor a disfrutar de la pensión especial de jubilación en los términos del art. 267 del C. S. del T.

De lo anteriormente dicho se desprende que el cargo que se examina, tal como ha sido formulado no puede tener prosperidad, porque el ataque por la vía directa, utilizada por el recurrente, se cumple por la sola aplicación o inaplicación de la norma jurídica a un supuesto

fáctico en el cual estén de acuerdo el impugnante y el sentenciador, con abstracción total de la cuestión probatoria. Y en el caso sometido a la consideración de la Sala no existe tal acuerdo como quiera que para el impugnador el despido de Laverde Quiceno fue justo, mientras que para el sentenciador no lo fue. La demostración de los puntos de vista del recurrente solamente puede hacerse por la vía indirecta, que implica la aplicación o inaplicación de la regla jurídica a una situación de hecho que no es la configurada por los elementos probatorios acompañados a los autos, que es precisamente lo que el acusador se propone o desea establecer.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publíquese, 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.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Aprobación: Acta No. 78).

Horacio de Jesús Ríos Restrepo demandó, por medio de apoderado, a la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer) para que se la condenara a pagarle reajustes de cesantía y primas de servicios, indemnización por despido, pensión de jubilación, auxilio de transporte, recargo del 35% por trabajo nocturno e indemnización moratoria, derechos causados por el contrato que lo vinculó, desde el año de 1937 hasta el 3 de octubre de 1963, en oficio de Supervisor de mecánica en los Telares de la empresa, con jornada en el último período de 12 de la mañana a 8 de la noche y un salario de $ 1.200.00 mensuales. Este contrato le fue terminado en forma unilateral e intempestiva por el patrono, sin que mediara justa causa para ello y sin que le liquidaran y cancelaran legalmente tales derechos.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor afirmando haberlas solucionado en debida forma y, respecto del despido, que obedeció a motivos de reglamento y de ley, los cuales le fueron manifestados al trabajador, con pago también del salario correspondiente.

Tramitada la controversia, el Juzgado 1o. del Trabajo de Medellín, que fue el del conocimiento, la desató en fallo de 16 de septiembre de 1964 por el que condenó a Coltejer a pagar a favor de Ríos Restrepo, ambos de las generalidades que registran los autos, $ 198.80, por auxilio de transporte y $ 45.00 por reajuste de cesantía, absolviéndola de los demás extremos, decisión que, apelada por los litigantes, fue reformada por el Tribunal Superior del mismo lugar mediante absolución total de la parte demandada.

Contra la sentencia anterior, del 28 de febrero de 1966, se ha recibido el recurso de casación del actor, quien en dos cargos, no replicados por la empresa, aspira "a las solicitudes contenidas en el libelo de demanda". Sin embargo, ellos sólo versan sobre el despido injusto y los resarcimientos del lucro cesante y la pensión jubilatoria que debieron producir, y la Sala los estudia y resuelve en el orden lógico que corresponde a sus definiciones por el *ad quem* y a los propósitos del recurrente.

Segundo cargo

Acusa violación indirecta, por falta de aplicación, de los arts. 63, ords. 2 y 6, 64 y 259 CST y 8o. de la Ley 171 de 1961, por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente transcribe el pasaje de la sentencia en que el Tribunal apreció como probado el hecho del despido con motivo legal y alega, en opinión opuesta, que aquello tiene como fundamento los testimonios de Roberto Echeverry y Bernardo Garcés, los cuales fueron interpretados sin fidelidad objetiva, pues son vagos en extremo y no precisan la violación por tercera vez de las obligaciones contractuales del trabajador, como lo exige el reglamento interno y, además, los deberes de Ríos Restrepo, según el certificado de retiro, eran muy distintos "en cuanto al objeto de sus servicios y estaban muy lejos de ser los que dan cuenta los declarantes"; que al fl. 46 obra la dicha pieza, en la que figura el demandante como Submecánico, oficio que se reafirma en el documento de la empresa de fl. 45, prueba sobre la cual el *ad quem* pasó por encima, "lo que implica un error de hecho"; que "los hechos que se presentan como justificadores del despido son inanes y fueron motivados por el tratamiento implicatorio de desmejoramiento del demandante"; y que los testimonios de Garcés (fl. 60) y Hernando González, no analizados, prueban la circunstancia del "desmejoramiento en la ocupación del demandante lo que implica un error de hecho en la apreciación de la prueba". Por todo lo cual solicita la condena jubilatoria

y la indemnización de perjuicios por despido no justificado, "atendiendo a la regulación del contrato colectivo cuyas estipulaciones obran en autos".

Se considera

El cargo no presenta en la forma debida el error de hecho que atribuye al Tribunal, pues lo confunde con la mala apreciación de unas pruebas y la falta de apreciación de otras, a más de que acerca de ellas se limita a oponer la apreciación del recurrente a la expuesta por el fallador, y aun respecto de una misma probanza (el testimonio de Bernardo Garcés Sepúlveda) pretende que fue mal apreciado y dejado de apreciar.

Mas excusándole tales defectos, la Sala encuentra que las declaraciones de Echeverry y Garcés no son vagas ni carecen de mérito para fundamentar el despido justificado. En efecto, de modo muy concreto estos testigos relatan que el trabajador se negó a cumplir las obligaciones que le correspondían como supervisor de la sección de crudos, lo cual es motivo legal para el despido. Y aunque el acusador reclame una ocurrencia repetida conforme al reglamento, los declarantes no la afirman en número menor, por lo cual no puede predicarse error ostensible; y aunque se alegue asimismo que el oficio de Ríos Restrepo no era el que determinó su resistencia a las órdenes patronales, lo cierto es que el Tribunal explicó debidamente que la empresa lo trasladó a desarrollar esas otras actividades y el actor aceptó ese cambio, hechos que no se han destruído en sus apreciaciones por el fallador, por lo que mantienen el juicio de este ya que el comportamiento del trabajador, así deducido, constituye causal para el despido. Por lo demás, ni el testimonio de González ni el aparte que se dice no apreciado del de Garcés establecen el desmejoramiento de Ríos Restrepo, asunto que el Tribunal no aceptó informándose en otras probanzas, inclusive en la aceptación de Ríos al cambio de oficio, y que no mostrándose evidente, ni acusado siquiera en la forma debida, tampoco puede acogerse para la prosperidad del recurso extraordinario.

El cargo, que adolece de defectos en su formulación, no demuestra el error a que alude, y mucho menos que este tenga el carácter ostensible que requieren la ley y la doctrina para quebrantar el fallo recurrido. Y no habiendo demostrado el despido injusto tampoco puede configurar la violación consecuente de ley, de la vía indirecta que escogió.

Primer cargo

Acusa interpretación errónea del art. 8o. de la Ley 171 de 1961.

El recurrente transcribe los apartes del fallo en que el Tribunal, "aceptando en gracia de discusión que el despido fue injusto", estimó que la jubilación demandada no era procedente, pues tal prestación especial ha sido instituída para trabajadores que no alcanzan a servir los veinte años, cumplidos los demás requisitos de ley. Y le opone a esta interpretación la suya, conforme a la cual "cumplidos los veinte años de servicios el despido da lugar, sin análisis de otra naturaleza, al pago de la jubilación especial a partir de los 50 años y hasta que se cumplan los cincuenta y cinco, momento desde el cual surge la jubilación plena". Por lo cual "como en el caso *sub judice* el demandante llevaba más de veinte años al servicio de la empresa demandada y ya cumplió los cincuenta años, violó el Tribunal en forma directa por interpretación errónea" el precepto enunciado para este ataque.

Se considera:

Las pensiones restringidas que instituyó el precepto que se destaca como violado requieren, entre sus condiciones, despido sin justa causa, salvo el caso de retiro voluntario después de 15 años de servicio, para disfrute a los 60 de edad, supuesto que no es el de la litis. La jubilación demandada por Ríos Restrepo reclamaba como supuesto generador, el despido injusto. Y no habiéndosele establecido resultaban improcedentes las consideraciones del *ad quem* sobre el entendimiento del texto jubilatorio referido. La Sala comprende, sinembargo, el propósito del Tribunal al exponerlas, para abundar en razones. Pues ni en el supuesto de que Ríos hubiese sido despedido sin justa causa procedía la jubilación especial, la cual se concibe y se dispensa en razón de servicios inferiores a 20 años, en cumpliéndose los demás supuestos de Ley. Y para el tiempo indicado de los 20 años o más de servicios la prestación jubilatoria es la plena, cuando se reúnen sus condiciones propias.

No habiéndose comprobado en el ataque que se estudió en primer término, que Ríos hubiese sido despedido sin justa causa, resulta inapli-

cable el texto jubilatorio que lo requiere y el cargo se exhibe inestimable.

Mas con propósito semejante al del *ad quem* y para los fines de su misión primordial, ha de expresarse que la Sala no comparte la exégesis del acusador y que su criterio sobre el tema lo ha expuesto con detenimiento en sus sentencias de 28 y 29 de marzo de 1969, dictadas en los negocios de Carlos Villegas Echeverry contra Distribuidora Bavaria S. A. y Gregorio Lezcano contra Frontino Gold Mines, respectivamente.

El cargo, inatendible por lo expuesto sobre la ausencia de la condición generadora del despido injusto, tampoco se muestra fundado en la exégesis que pretende.

No prospera 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.

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)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Aprobación: Acta No. 78).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado del Hipódromo de Techo S. A. contra la sentencia dictada el 31 de julio de 1965 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el ordinario de trabajo que le promovió, también por medio de representante judicial, la señorita Inés Hernández Amaya.

En la litis, la demandante afirmó haber servido para la sociedad mencionada, en virtud de contrato de trabajo, desde el 3 de marzo de 1953 hasta el 13 de abril de 1956; dos días antes de esta fecha, la empresa le dirigió una carta, suscrita por su Secretario, en la que le dio por terminado unilateralmente el vínculo laboral, sin comunicarle ninguna razón o motivo para ello; la actora devengaba como Auxiliar de Secretaría, un sueldo fijo de $ 350.00, más otras retribuciones en la Sección del 5 y 6 y en el pago de las autoridades hípicas y de portería; para un salario mensual de $ 650.00 hechos por los que demandó cesantía, indemnización del lucro, prima por lo correspondiente a los meses del año de 1956, mora a razón de $ 21.00 diarios y las costas del proceso.

Se opuso la demandada a las pretensiones de la actora manifestando que el contrato terminó por motivos que la señorita Hernández conocía suficientemente y que la carta que esta invoca no contuvo "con exactitud y en forma explícita", por consideración especial para con ella, "relativa a la reputación de la demandante", motivos que eran de dominio general en la empresa; que, en consecuencia, no rompió unilateralmente el contrato, sino que fue la trabajadora quien violó gravemente sus obligaciones, al cometer un ilícito que se investiga por la justicia, y el patrono procedió conforme al art. 250 del C. S. del T. Propuso, además, demanda de reconvención para que la señorita Hernández fuese condenada a restituirle la suma de $ 16.913.04, que dejó de entregarle "en razón de cantidades con destino a la empresa", donde desempeñaba el cargo de Cajera, los intereses legales y las costas del juicio. La reconvenida excepcionó inexistencia de estas obligaciones.

Tramitada la controversia, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que fue el del conocimiento, la desató en fallo del 6 de abril de 1964, condenando al Hipódromo de Techo S. A. a pagar a favor de la demandante Hernández Amaya $ 1.973.26, por cesantía, $ 3.007.60 por indemnización de lucro cesante, $ 176.48 por primas de servicios y $ 21.18 por concepto de "salarios caídos" desde el 22 de abril de 1961 hasta cuando se efectúe el pago de las dos prestaciones anteriores, así como las costas de la instancia. Absolvió, además, de los cargos de la demanda de reconvención e impuso las costas de esta a la sociedad mencionada.

Al conocer de la alzada que interpusieron ambas partes litigantes, el Tribunal Superior de Bogotá, en su providencia ya indicada, confirmó las condenas del *a quo* por cesantía y lucro, modificó la relativa a primas de servicios reduciéndola a $ 124.40 y la consistente en indemnización moratoria fijándola a partir del 27 de julio de 1961. Autorizó, además al Hipódromo para descontar de lo anterior la suma de $ 1.545.10, por razón de pago parcial, revocó la absolución por la reconvención y sus costas, para estarse a lo resuelto sobre excepciones, confirmó las costas del primer grado y declaró no haber lugar a ellas por el segundo.

El recurso extraordinario

Persigue el quebrantamiento del fallo del *ad quem* en sus decisiones sobre lucro cesante e in-

demnización moratoria, en dos cargos que se estudian, lo mismo que las réplicas del opositor.

Primer cargo

Acusa infracción directa de los arts. 64, 65, 66 y 250 del C. S. del T.

Para sustentarlo, el recurrente expone en forma extensa que el Tribunal aseguró que al fl. 29 del expediente aparece la nota por medio de la cual la sociedad puso fin unilateralmente al contrato de trabajo con violación del art. 66 CST, pues no expresó los motivos que la impulsaban a ello, como ha debido hacerlo, a pesar de que el Hipódromo, por medio de su apoderado, explicó suficientemente tal conducta, al contestar el hecho tercero del libelo, haciéndola consistir en consideraciones especiales para la demandante, relativas a su reputación, por hechos que eran del conocimiento de ella y del dominio general en la empresa, a los que se aludió también en la carta de despido; que esto también emerge de la indagatoria que rindió la señorita Hernández ante Juez Instructor, pieza que obra en el expediente, así como de su confesión ficta, declarada por el Juez *a quo*, y de la declaración de Jorge Enrique Orjuela. Adelanta enseguida una exégesis del art. 66 CST y lo relaciona con los hechos de la investigación penal que relatan los autos, para significar que la demandante conocía los motivos de la terminación de su contrato de trabajo y la empresa no se separó de las prescripciones de aquel texto; alega que fue la trabajadora la que incumplió gravemente sus obligaciones y el patrono podía retener las prestaciones sociales hasta que la justicia decidiera, según el art. 250 de la misma obra; que la consignación que efectuó la empresa no fue írrita y estando las otras prestaciones sometidas a controversia no aparece desvirtuada su buena fe y que "no es posible decretar condena por salarios caídos desde el día que quedó ejecutoriada la sentencia penal, sino cuando más, desde aquel en que se abrió de nuevo el debate, o sea desde cuando la empresa oficialmente fue notificada, en este negocio, de las causas que hicieron posible la continuación de estas diligencias". Y concluye: "Por todo lo anterior, el Tribunal Superior, al decidir sobre las condenas relativas al lucro cesante e indemnización moratoria, en los puntos primero y tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, violó directamente los arts. 64, 65, 66 y 250 del C. S. del T., porque ignoró o se rebeló contra sus mandatos, pese a que la situación de hecho, la realidad procesal reclamaba su aplicación estricta e indubitable. Infringió el art. 64 antes citado porque, en primer término, el incumplimiento del contrato laboral celebrado entre el Hipódromo de Techo y la señorita Hernández, lo incumplió esta y, en consecuencia, ella era la responsable de la indemnización respectiva, y en segundo lugar, porque no existió la ruptura legal (sic) de ese convenio, sino la terminación justificada por causas bien demostradas en los autos, lo cual hace imposible la condena por salarios caídos. Quebrantó, igualmente, el art. 65 del mismo C. S. del T. porque no tuvo en cuenta que la retención de los salarios y prestaciones que podían corresponderle a la demandante, sí estaba autorizada ya que a juicio del Hipódromo y según el informe rendido por el señor Jorge Enrique Orjuela, aquella había cometido un abuso de confianza contra los intereses económicos de la empresa, juicio de ninguna manera temerario porque la investigación penal respectiva se adelantó hasta sus últimos extremos y dentro de ella se profirió auto de detención precautelativa contra la sindicada. Asimismo, violó el art. 250 de la misma obra porque, en presencia de los actos que dieron lugar a esa investigación y al consiguiente proceso, autorizaban a la empresa para abstenerse de efectuar el pago de la cesantía y demás prestaciones, mientras la justicia ordinaria decidiera sobre lo fundamental de ese proceso, y la sentencia recurrida resuelve lo contrario. Y en fin, infringió el art. 66 ibídem, porque la carta de despido dirigida a la señorita Hernández hacía referencia a los motivos conocidos por ella y movieron la determinación del Hipódromo, perfectamente demostrados en este negocio y no cambiados por otros distintos en ningún momento. La sentencia en recurso contiene una decisión contraria a ese precepto".

Se considera:

Este ataque ha sido formulado por infracción directa de la ley. Sin embargo, se le sustenta con examen del material probatorio, significando que los hechos en que reposan las condenas que se impugnan no ocurrieron como fueron estimados por el fallador, sino del modo opuesto que obligaba a la absolución de la sociedad demandada. Se trata entonces de contrariedad en la apreciación de cuestiones fácticas, conforme a las probanzas, y el asunto debió pro-

ponerse por la vía indirecta que le es propia, por lo cual se incurrió en defecto técnico que hace inestimable la acusación, como lo tienen largamente explicado la doctrina, y la jurisprudencia y es práctica constante de la Corporación.

Con todo, puede observarse que, en el campo de sustentación del c a r g o, no se precisan del modo debido el error o los errores de hecho o de derecho en que hubiese incurrido el sentenciador, ni las pruebas dejadas de apreciar o estimadas con equivocación, limitándose el recurrente a expresar sus opiniones como si en alegación de instancia se encontrara y que acerca del punto fundamental de que la carta de despido no expresó el motivo de la terminación del contrato no solo no hubo error en el *ad quem*, conforme a la pieza de fl. 29, sino que en el juicio y en el recurso se admite tal apreciación, que es inequívoca y concluyente. Así como se ostenta que en materia de ilicitud del despido nada puede probarse en contrario, frente a la definición penal absolutoria para la demandante. Y en punto a la falta de justificación de la conducta patronal para no solucionar lo debido, tampoco se destruye la valoración del fallador, aspirándose en últimas a una sanción menor, a partir de cuando la empresa fue notificada en el juicio laboral de aquella absolución penal, con desconocimiento de los efectos de la ejecutoria de la sentencia correspondiente, atendidos por el Tribunal.

Y en el campo de las normas legales, conforme a la enunciación del cargo, la Sala debe anotar asimismo que la sentencia no ignoró el art. 66 CST., citado, interpretado y aplicado en forma expresa por ella; ni se rebeló contra sus ordenamientos, pues él claramente impone la obligación a la parte que termina el contrato de trabajo de manifestar el motivo de esa determinación, en ese momento, y a ello se conformó el fallador al no encontrar cumplido, en la pieza respectiva, el requisito de ley. Sobre este punto el acusador entiende que el fallo no responde a la realidad procesal, porque, en su concepto, la carta de despido aludió al conocimiento que tenía la señorita Hernández de la causa de su despido. Mas en esto hay apreciación probatoria, si se pretende que la carta de la empresa sí expresó el dicho motivo; o una cuestión de interpretación de la ley, si sobre la base de la apreciación del *ad quem* lo que se sostiene es que tal escrito cumple el propósito del legislador. Mas ni en uno ni en otro caso el concepto de violación es el propuesto, de la infracción directa. Como tampoco puede ocurrir esta, en el *sub lite*, respecto del art. 64 CST.; pues si el despido fue ilícito, como lo apreció el fallador con base en la sentencia penal, la indemnización del lucro ni lo ignora ni dispone contra su mandato; ni del art. 65 ibídem, cuando el patrono quedó sin razón atendible para no pagar lo debido, ni del 250 de la misma obra, que solo le permitía retener hasta aquel pronunciamiento penal, y únicamente la prestación de cesantía.

Por ningún aspecto, pues, erró el Tribunal en su definición de autos y el cargo, que no responde a la técnica de casación, carece además de fundamento. Se le rechaza, en consecuencia, como lo solicita el opositor.

Segundo cargo

Acusa error de hecho manifiesto al no apreciar el Tribunal la declaración de Jorge Enrique Orjuela ni las posiciones sometidas a la demandante, quien fue declarada confesa. Como infringidos se señalan los arts. 64, 65, 66 y 250 CST.

El recurrente analiza la declaración de Orjuela para significar que este practicó una visita a la Caja que estaba a cargo de la demandante y en ella apareció un faltante a su cargo por la suma de $ 19.965.81, acerca del cual no dio explicación o aclaración atendible; y de las posiciones destaca los hechos relacionados con aquellas ocurrencias, que la demandante conocía cuando le fue terminado su contrato de trabajo. Y concluye el acusador:

"Estas pruebas que el Tribunal no consideró para efectos de su fallo, dedicándose únicamente a estimar las copias de las sentencias dictadas en el proceso penal, demuestran que la señorita Inés Hernández Amaya conocía desde antes de recibir la comunicación de su despido, las causas que lo motivaban y por eso, en ella no se le repitieron, máxime cuando tocaban con su honorabilidad y reputación. También establecen que las anomalías encontradas por el señor Orjuela en la Caja al cuidado de la señorita Hernández, eran constitutivas de un abuso de confianza y que, por lo mismo, el Hipódromo no solamente podía, sino que debía denunciar ante la justicia ordinaria y, en fin, comprueban que el incumplimiento del contrato lo hubo de parte de la empleada en mención y no de la sociedad que represento,

lo cual demuestra que el resarcimiento de perjuicios corría por cuenta de ella".

Se Considera

Este ataque solo se ocupa en las pruebas que el recurrente estima que favorecen a sus apreciaciones, con olvido de las que se les oponen y destruyen, defecto que por sí solo obliga a su rechazo. Mas en el fondo es equivocado, pues la ilicitud del despido tiene en el *sub lite* soporte en el fallo penal sobre los hechos que se le imputaron a la trabajadora y por los cuales fue absuelta y tal juzgamiento no puede contrariarse con las pruebas que invoca el acusador. Y definido que el despido de autos fue ilícito se imponía la condena por lucro, como procedía también la relativa a mora, a partir del momento en que el patrono quedó sin soporte legal para retener la cesantía, sin olvidar, finalmente, que el precepto 250 CST no comprende la prima debida, por todo lo cual la decisión recurrida debe mantenerse.

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.

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)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, D. E. octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente: Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 77).

Surtido el trámite legal procede la Corte a decidir el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia en que el Tribunal Superior de Cúcuta puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por el doctor *Gilberto García Gómez* contra la *Colombian Petroleum Company*, representada por su gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda con que se inició el juicio se pidió se condenara a la Colombian Petroleum Company, sociedad anónima domiciliada en Bogotá y Cúcuta, representada por su gerente y apoderado general, a pagar al demandante doctor Gilberto García Gómez:

a) El valor "del tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario que durante seis (6) meses dejó de suministrar al actor la compañía demandada para la mejoría al menos de la arterioesclerosis que aquel padecía en la pierna y el pie izquierdo y en el brazo y en el antebrazo derechos, al tiempo del desenganche, en julio, agosto y septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), así como para la reducción de la fractura que presentaba la extremidad inferior de la tibia izquierda, y para la curación o alivio de las neuralgias que tenía en la pierna y el pie izquierdos y en el brazo y en el antebrazo derechos", seis (6) meses de tratamiento que "debieron contarse a partir del quince (15) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961)";

b) El valor del "auxilio de enfermedad no profesional durante seis (6) meses del tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario que ha debido suministrar al actor, contados a partir del quince (15) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), a razón de las dos terceras partes (2/3) del último salario mensual ($ 2.775.00) durante los primeros tres (3) meses a razón de la mitad del salario en el tiempo restante";

c) El valor de "diez (10) meses del último salario mensual del actor a la rata de dos mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 2.775.00) mensuales,... como indemnización por la invalidez permanente parcial causada al actor por las enfermedades no profesionales que padecía al tiempo del desenganche, en agosto y septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1961), conforme al literal a) del art. 278 del C. S. del T., enfermedades esas... que incapacitaron al actor para desempeñar sus labores en más de un sesenta y seis con sesenta y seis por ciento (66.66%)";

d) Una "pensión mensual vitalicia de jubilación o vejez de dos mil ciento cincuenta y tres pesos con cincuenta y un centavos ($ 2.153.51), equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual del sueldo o salario que la compañía demandada pagó al actor durante el último año en que éste le prestó sus servicios, y que esta cantidad de dinero está obligada a pagarla la parte demandada al actor desde el quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), fecha esta en que terminaron los seis (6) meses de tratamiento médico, farmacéutico, quirúrgico y hospitalario que dicha compañía ha debido suministrar, y no suministró, al actor, para las enfermedades señaladas en la petición primera de esta demanda";

e) La "cantidad de dinero total a que monte la diferencia de ochocientos setenta y ocho pesos con cincuenta y un centavos ($ 878.51) que mensualmente ha dejado de pagarle la parte demandada, o sea la diferencia entre la cantidad de dos mil ciento cincuenta y tres pesos con

cincuenta y un centavos ($ 2.153.51) que como valor de la pensión de jubilación ha debido pagarle mensualmente la compañía demandada al actor desde el quince (15) de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962), o desde la fecha en que el Juzgado estime terminado el contrato de trabajo del demandante, y la cantidad de un mil trescientos setenta y cinco pesos ($ 1.375.00) mensuales que como pensión nominal ha venido pagando al demandante desde el primero (1o.) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962), de los cuales ha deducido y retenido doscientos setenta y cinco pesos (275.00) mensuales, para abonar a los anticipos del auxilio de cesantía. Y sin computar en dicha cantidad de $ 2.153.51 el aumento de ciento veinte pesos ($ 120.00) mensuales que ordenó el art. 3o. de la ley 1a. de 1963. En la cantidad total que se demanda deberán computarse todas las diferencias mensuales de la pensión que la parte demandada deje de pagar al actor hasta el día que quede ejecutoriada la sentencia del presente juicio"; y

f) *Las costas del juicio.*

En la corrección oportuna que se hizo de este libelo se pidió se condenara también a la citada demandada a pagar al actor la indemnización moratoria hasta el día que aquella "haga el pago de las prestaciones cobradas, a razón de dos mil setecientos setenta y cinco pesos ($ 2.775.00) mensuales. Pago que debe ordenarse desde el 15 de marzo de mil novecientos sesenta y dos (1962) o desde el día en que el Juzgado decrete que tuvo lugar la terminación del contrato de trabajo que existía entre las partes".

En esa demanda y en su corrección se fundaron estas pretensiones en 23 hechos, en los que, en síntesis, se sostiene lo siguiente;

Teniendo en cuenta la demandada que el actor estuvo a su servicio desde el 1o. de marzo de 1938 hasta el 31 de julio de 1961; que había nacido el 28 de febrero de 1906; que el sueldo promedio devengado por él en el vigésimo año de trabajo fue de $ 2.039.72 mensuales, y que el tope máximo legal vigente entonces para la pensión de jubilación era de $ 600.00 mensuales, comenzó a pagarle una pensión de esta clase y en la cuantía que acaba de mencionarse, deducción hecha del 20% para abonar a los anticipos que le había hecho del auxilio de cesantía, o sea en la cantidad líquida de $ 480.00 mensuales, desde el 1o. de agosto de 1961, la que le cubrió por este monto hasta enero inclusive de 1962. Pero ocurre que el sueldo promedio mensual que realmente percibió en el último año de servicio, fue de $ 2.875.35, que es el que debe tenerse como base para obtener el 75% como valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación, por lo que su monto consecuencialmente asciende a la suma de $ 2.153.51.

En virtud de lo dispuesto en el art. 3o. de la Ley 171 de 1961, la compañía demandada reajustó esta pensión en la cantidad de $ 1.375.00, cuyo saldo líquido de $ 1.100.00 mensuales, por la deducción del 20% para abonar a los anticipos de cesantía, le cubrió desde el 1o. de febrero de 1962 hasta el 1o. de enero de 1963, fecha esta última en que le hizo el aumento de $ 120.00 mensuales previsto en dicha norma legal, del que también ha descontado el 20% por el concepto referido, y así desde entonces viene cubriendo esta prestación.

El 23 y 30 de junio y el 7 de julio de 1961 se le tomaron al actor en el laboratorio de Rayos X de la compañía demandada las radiografías números 12.228, 12.232 y 12.237, de cuya lectura dedujo el radiólogo Dr. Jorge Mendoza E. que en el "pie izquierdo se observa separación de un fragmento óseo del borde externo de la extremidad inferior de la tibia, posiblemente por una fractura antigua, o de origen congénito" y que en el codo derecho "no se observan signos de lesión ósea o articular".

Asimismo, el 1o. de agosto de 1961 el médico radiólogo Dr. Julio Coronel le rindió a la demandada un concepto acerca del estado de las enfermedades del actor, en el cual después de hacer referencia a las que se le habían diagnosticado el 21 de noviembre de 1960, que allí se enumeran; a la conducta a seguir que allí se aconsejó, de "medicación hipotensora, régimen alimenticio y dilatadores coronarios"; y a que conforme a los exámenes de gabinete que se le han hecho, "el electrocardiograma continúa mostrando: alteraciones miocárdicas auriculares y ventriculares por crecimiento moderado de aurícula izquierda, hipertrofia de ventrículo izquierdo y trastorno de la repolarización ventricular de tipo primitivo por Ins. Coronaria crónica", se concluye así: "Fundamentalmente los diagnósticos enumerados al comienzo son en la actualidad los mismos. El paciente ha mostrado a la luz de los nuevos resultados especialmente electrocardiográficos y fluoroscópicos si no una mejoría por lo menos un estancamiento de sus lesiones coronarias ya que el aspecto de las ondas T ha permanecido igual y el crecimiento incipiente del ventrículo izquierdo es el mismo que el anota-

do la primera vez. Es de gran importancia un control eficaz de la glicemia por dieta y medicación hipoglicemiante por la acción aceleradora de la diabetes sobre la arterioesclerosis ya incipiente en este paciente".

"Como se demoraba demasiado el resultado del examen médico y de laboratorio de desenganche del actor", este urgió en tal sentido, el 16 de agosto de 1961, al Dr. Alfredo Landínez Salamanca, Jefe del Departamento Médico de la demandada, quien al día siguiente le envió, junto con las radiografías antes mencionadas, el dictamen rendido por el traumatólogo Dr. Pedro H. Fuentes Hernández ese 17 de agosto de 1961, en el que refiriéndose al cuello del pie izquierdo y al codo derecho, conceptúa y aconseja: a) respecto del referido pie: "Radiológicamente existe un desprendimiento óseo en la región de la articulación tibioperónea inferior, que parece depender de la extremidad inferior de la tibia. Existen dolores neurálgicos en el dorso del pie. Estos trastornos dolorosos pueden ser causados por la mala circulación del miembro inferior. Se recomienda un examen del Cardiólogo y concepto sobre el estado circulatorio de los miembros inferiores"; y b) con relación con el codo: "Al examen ortopédico del codo derecho no se encuentra lesión articular alguna; únicamente existen neuralgias en el antebrazo derecho y otras veces en el brazo derecho. Concepto; codo derecho normal. Tratamiento médico para las neuralgias".

Estos conceptos y recomendaciones no los quisieron acoger el citado Dr. Landínez Salamanca, ni el Dr. Jorge Hartmann, subjefe del mismo departamento médico de la empresa. Y no sólo esto, sino que, además, el 18 del mentado agosto de 1961, aquel escribió para el jefe del departamento de relaciones industriales de la compañía, el intitulado "Examen Físico de Jubilación" del demandante, en el que, entre otras cosas, dijo que fuera de "sus algias del pie izquierdo y del codo derecho, no tenemos ninguna observación que hacer a su estado de salud" y que "por otra parte, y para completar este informe definitivo, en mi opinión no se alcanza a llegar a un 66.66% de lo anotado para plantear una indemnización por enfermedad no profesional", conclusión que asentó a pesar de que conocía los resultados de los exámenes anteriormente mencionados y que en el de desenganche practicado en la Clínica de Colpet el 2 de agosto de 1961, aprobado por él, se hizo referencia a dichos exámenes.

Además, en los bacteriológicos practicados por doctores M. Shoonewolf y J. Vargas R., al servicio de Colpet, en abril y el 9 de noviembre de 1960, ya se había obtenido un resultado anormal de colesterina.

A solicitud del demandante el médico radiólogo Dr. Rafael Lamus Girón hizo la lectura científica de las radiografías 12.228 y 12.237 antes citadas, confirmando en el concepto que rindió la existencia de los signos de la arterioesclerosis que desde entonces padece.

Aunque la ley 171 de 1961 impuso a las empresas la obligación de suministrar a los jubilados la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que dan a sus trabajadores en actividad, la demandada sólo viene cumpliéndola con aquellos desde agosto de 1962 y desde febrero de 1963 por conducto de la Caja Nacional de Previsión Social, con quién ha contratado esa atención. En estas condiciones, aproximadamente una vez en el segundo semestre de 1962 y otra en el primero de 1963 se le envió a chequeo del corazón y desde diciembre del año últimamente citado el especialista Dr. Coronel empezó a tratarle también la arterioesclerosis generalizada que padece.

Las enfermedades del corazón, las arterioesclerosis y los porcentajes de colesterol de que se ha hablado, le "causaron al actor una invalidez permanente parcial que lo incapacitó para obtener una remuneración superior a un tercio de la que anteriormente obtenía con su trabajo".

En memorial de 15 de septiembre de 1961 el representante de la compañía demandada comunicó al Juzgado del Trabajo de Cúcuta que había consignado en el Banco de la República $ 8.744.05 para pagarle al actor las siguientes deudas: vacaciones en cuatro años y unos meses (proporcionales conforme al art. 132 del Laudo de 31 de octubre de 1960); saldo de la prima de antigüedad de 1960; auxilio de cesantía por tiempo excedente a los veinte años de trabajo; salarios debidos, y fondo de emergencia familiar al tenor del art. 135 del citado Laudo Arbitral.

Tanto el Director como el Subdirector del Departamento Médico de la empresa obraron de mala fe al no exigirle al Dr. Jorge Mendoza E. una lectura completa de las placas radiográficas mencionadas, o por lo menos al limitarle su labor a la verificación de las lesiones óseas articulares, sin dejarle campo para que

conceptuara "sobre la existencia de alguna calcificación de los vasos sanguíneos, u otro signo de arterioesclerosis", como también al no acoger la recomendación hecha por el especialista Dr. Pedro H. Fuentes Hernández, "de hacer practicar al actor un examen por el cardiólogo y un concepto sobre el estado circulatorio de los miembros inferiores", mala fe de estos representantes de la demandada que hace responsable a esta de igual conducta "en el no pago de las prestaciones que cobró en las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda".

También obró de mala fe el citado director del Departamento Médico al expedir con fecha 2 de agosto de 1961 el certificado médico de desenganche del demandante, en la forma en que lo hizo, absteniéndose de informar de los chequeos que le habían hecho los especialistas y sin hacer mención de las distintas enfermedades por ellos diagnosticadas, conceptos estos últimos que, por lo demás, se mantuvieron en reserva, viéndose obligado el actor, para conocerlos, y valerse de los Inspectores Nacionales del Trabajo de Cúcuta y Tibú.

Se invocaron como disposiciones aplicables los arts. 227, 277 y 278 del C. S. del T.; 1o., 46, 53, 132, 133 y 135 del Laudo Arbitral de 31 de octubre de 1960, que puso término al conflicto colectivo de trabajo que surgió entre la compañía demandada y el Sindicato de Trabajadores de la misma; los pertinentes de la Ley 171 de 1961 y particularmente el 6o. y 8o. y el que "derogó expresamente el art. 261 del CST"; y 2o., 4o., 5o., 25 y 26, 34, 41, 51, 59, 60 y 61 y 74 a 85 del C. P. del T.

En la contestación de esta demanda se admiten únicamente el cobro de la "jubilación aceptada por él desde agosto de 1961" y aquellas manifestaciones que favorecen a la demandada y contradicen las pretensiones de dicho demandante; se niegan los demás hechos en la forma como se presentan, o se dice que se ignoran, por lo cual deben establecerse; se afirma que los arts. 227, 277 y 278 del C. S. del T. "son precisamente aplicables al procedimiento seguido por el demandado, quien se ajustó, en un todo, a lo dispuesto en ellos" y, en cambio, no lo son al caso planteado los del Laudo Arbitral invocado, porque el mismo actor así lo exigió en juicio anterior y por imperio del art. 146 del mismo Laudo y del Derc. 18 de 1958; y finalmente, se rechazan las peticiones hechas, por las razones allí aducidas, que no son otras, en resumen, que las de no concurrencia de los hechos que legalmente pudieron sustentarlas.

Agotado el debate, el señor Juez Segundo del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, puso fin a la instancia en sentencia de 26 de febrero de 1965, en la que absolvió a la compañía demandada y condenó en costas al actor, providencia que por apelación de este último revisó el Tribunal Superior de Cúcuta, por conducto de su Sala Laboral, una vez surtido el trámite de rigor, en fallo de 17 de mayo del citado año de 1965, confirmando en todas sus partes el apelado y condenando en costas al recurrente.

Contra esta decisión interpuso el mismo demandante 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 únicamente la demanda del impugnador, puesto que no hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el recurrente con su impugnación la casación total del fallo acusado y que, como consecuencia, constituida la Corte en Tribunal de instancia, se revoque el de primera instancia y en su lugar se hagan las declaraciones y condenas impetradas en la demanda con que se inició el juicio.

LA ACUSACION

Para el logro de este resultado se formulan y sustentan ocho cargos, así:

Primer cargo. Se lo presenta de la siguiente manera:

"Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P del T., en la parte o inciso segundo, acuso la sentencia del Tribunal sentenciador de ser violatoria de la Ley sustantiva por apreciación errónea de las pruebas que obran en el juicio sobre la existencia de las enfermedades que el actor padecía al tiempo del desenganche o despido, y especialmente sobre la enfermedad llamada "arterioesclerosis" o "esclerosis de las arterias de las piernas y de los brazos y antebrazos del actor".

Las pruebas que considera mal apreciadas son: a) el concepto del cardiólogo Dr. Julio E. Coronel, de 1o. de agosto de 1961, día en que empezaron los efectos del despido, que obra

a folios 1 a 3 y el cual fue ratificado en audiencia, mediante declaración (fs. 353-354); b) el concepto del mismo especialista de 21 de noviembre de 1960, que figura al folio 350; c) el concepto del traumatólogo Dr. Pedro H. Fuentes Hernández, de 17 de agosto de 1961, del fl. 4; d) los resultados obtenidos por los bacteriólogos de la compañía demandada Dres. Shoonewolf y Vargas R. de los exámenes de sangre que le hicieron al actor en abril 9 y en noviembre de 1960 (fs. 30 y 31), que asimismo fueron ratificados en audiencia (fs. 439-440); e) las radiografías 12.228 y 12.237 tomadas al actor en los laboratorios de Rayos X de la compañía demandada el 23 de junio y el 7 de julio de 1961, adjuntas al expediente; f) el concepto del radiólogo Dr. Rafael Lamus Girón, sobre la lectura que hizo el 7 de julio de 1964 de las radiografías mencionadas en el literal anterior (fs. 8) y el cual también fue ratificado bajo juramento en audiencia (f. 455); y g) el dictamen pericial rendido el 6 de marzo de 1965 por el Médico Jefe de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del Trabajo, en compañía de los médicos Jefe de la Sección de Medicina Legal del Trabajo y Jefe de la Sección de Vigilancia y Control de la misma División, que obra a los fls. 2 y 3 del cuaderno del Tribunal.

En la fundamentación de este cargo se enfrentan las motivaciones del Tribunal en que se apoya la absolución de la primera petición de la demanda inicial del juicio, con las pruebas que se dejan reseñadas, para deducir que, al contrario de lo sostenido por el ad quem, ellas sí establecen que el actor padecía al tiempo de su despido de las enfermedades y especialmente de la arterioesclerosis que alegó desde un principio y que determinan las obligación reclamada a que se ha hecho referencia. Y después de realizar, en forma prolija, este estudio para demostrar el error en que pretende ha incurrido el sentenciador al no dar por demostrada, con base en estos elementos de convicción, la ocurrencia de la circunstancia mencionada, concluye que a consecuencia de tal equivocación el Tribunal "violó los siguientes preceptos:

"a) El art. 145 del C. P. del T., que ordena aplicar por analogía las disposiciones del C. de P. C.

"b) Los arts. 668 y 697 del C. de P. C., en cuanto los conceptos de los especialistas Drs. Coronel, Fuentes Hernández y Lamus Girón provienen de unos testigos de las enfermedades del actor de excepcional importancia;

"c) Los arts. 705 y 722 del mismo C. J., en cuanto esos dictámenes provienen de técnicos especialistas, conceptos que se equiparan a peritazgos emitidos fuera de juicio, y después ratificados en este;

"d) Los arts. 668 y 697 del C. de P. C., por cuanto las placas radiográficas 12.228 y 12.237, citadas muchas veces, son testimonios de carácter indiscutible;

"e) El art. 467 del C. S. del T. que indica el objeto de las convenciones colectivas de trabajo;

"f) El art. 461 del mismo C. S. del T. que otorga al Laudo Arbitral el mismo carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones del trabajo;

"g) El Laudo Arbitral que el 31 de octubre de 1960 profirió el Tribunal de Arbitramento que puso término al conflicto colectivo existente entre la Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la misma; el art. 1o. de ese Laudo extendió los efectos del mismo a todos los trabajadores de la Colombian, sin excepción alguna; ya que el CST fija el mínimo de los derechos del trabajador, los cuales pueden ser ampliados por el contrato individual, la convención colectiva y el Laudo Arbitral;

"h) El Laudo citado, art. 46, que da prelación al concepto del médico especialista escogido por el trabajador sobre el concepto del especialista buscado por la parte demandada, y con mayor razón sobre el concepto de un médico no especialista, como en el caso del Dr. Landínez, además de ser el de éste un concepto que la ley estima parcial y sin merito probatorio, por provenir de un representante de la parte demandada".

Para resolver, la Corte considera:

Como acaba de verse, el recurrente acusa el fallo de segundo grado que puso fin a este proceso, de haber infringido, a causa del error que le imputa al sentenciador por la mala apreciación de la prueba que singulariza, dos clases de normas, nacionales unas y particulares otras.

De las primeras, las de los Códigos de Procedimiento Civil y del Trabajo se relacionan con la aplicación en los juicios laborales de las

disposiciones análogas de aquel; con las cali dades que deben reunir los testigos para que puedan recibirse y estimarse sus testimonios; con la determinación de los eventos en que debe acudirse a la prueba pericial y con la competencia para la designación de los respectivos expertos; y con el mérito o valor de estos dos últimos medios probatorios. Y las del C. S. del T. se refieren, a su vez, al efecto jurídico y la vigencia de los fallos arbitrales y al objeto y fin de las convenciones colectivas de trabajo.

Por su parte, las del Laudo Arbitral de 31 de octubre de 1960 que puso término al conflicto colectivo que había surgido entre la compañía demandada y su Sindicato de Trabajadores, un ejemplar del cual debidamente autenticado, con la certificación de su depósito en el Ministerio del Trabajo, obra en los autos, y cuya eficacia reguladora de las condiciones de trabajo de las personas que cobija, durante su vigencia, le atribuye los citados arts. 461 y 467 del C. S. del T., que se han invocado, determinan a qué trabajadores se extienden sus efectos y la prelación que debe dársele al concepto médico rendido por el especialista escogido por el trabajador, sobre el del buscado por la empresa.

Consecuencialmente, ni las unas ni las otras consagran obligaciones y derechos subjetivos de carácter laboral, ni mucho menos el que considera el impugnador le ha sido desconocido en la sentencia recurrida, al no acogerse la petición primera de su demanda, únicas que tienen el carácter de sustantivas, conforme a la jurisprudencia y la doctrina, y cuya violación dé paso al recurso de casación. No teniendo, como no tienen, esta entidad, tan solo pueden servir de medio para la infracción de las realmente sustanciales. Por consiguiente, cuando esto es lo sucedido en un caso concreto, el promotor del recurso extraordinario, para que se le estime y se le defina en el fondo, debe acusar el fallo en que se decidió su negocio, de haber violado los correspondientes preceptos adjetivos y por ese medio los sustantivos que consagran o tutelan el derecho que estima le ha sido quebrantado total o parcialmente, y demostrar, además, ese planteamiento.

No se ha comportado aquí de esta manera el recurrente, error de técnica que impide estimar la presente acusación, y por ello no se la admite.

Segundo cargo. Está concebido así:

"Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P. del T., acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, al no haber aplicado al caso del presente juicio el art. 227 del C. S. del T.".

En el desarrollo de esta acusación simplemente manifiesta el impugnador que en la fundamentación de la anterior sostuvo que el Tribunal incurrió en un error evidente, al deducir equivocadamente de las pruebas, que el actor no padecía al tiempo del retiro de la empresa las enfermedades que lo aquejan, primer cargo mencionado que si se acepta "impondría la aplicación al caso de este juicio del art. 277 del C. S. del T., que establece el derecho al tratamiento médico, etc. durante seis (6) meses. Porque además debe tenerse en cuenta que el Tribunal al tratar de la primera petición de la demanda del juicio no negó la aplicación a este caso del art. 277 del C. S. del T., sino que en varias ocasiones, tal vez por equivocación, habló de no existir en el actor el derecho al auxilio monetario por enfermedad no profesional, que establece el art. 227 del citado C. S. T., que no es el caso de esta primera petición de la demanda del juicio".

Para resolver, la Corte considera:

De la indicada sustentación de este cargo se desprende que el recurrente subordina su favorable resultado a la prosperidad del anterior. Como este no se admitió, por lo expresado al estudiarlo, tal circunstancia es suficiente, dado el aludido planteamiento, para desestimar también el que ahora se someta a la consideración de la Corte.

Por lo demás, no sólo por la expresada causa hay que rechazar la presente impugnación. El acusador reconoce que el Tribunal no dio por establecido el supuesto previsto por el art. 277 del C. S. del T., para que se le impusiera a la empresa demanda la obligación de pagar al demandante el valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que ha debido suministrarle durante seis meses, conclusión que no comparte por considerarla equivocada, puesto que la prueba que analizó en el cargo precedente no la sustenta y antes lleva a contraria deducción. Si esto fuera así, el citado precepto laboral se habría violado por la vía indirecta del error de hecho alegado y no

de la directa, que es la aquí escogida, pues es cosa por demás sabida que esta última modalidad de infracción de la ley sustantiva sólo se presenta cuando a pesar de dar por demostrada la situación fáctica por ella regulada, el fallador no la aplica o lo hace indebidamente, por ignorarla, o porque, aún, conociéndola, se revela contra lo consagrado por ella. Ha incurrido, por lo tanto, el impugnador en un error de técnica, que hace asimismo inestimable su acusación.

En consecuencia, no se admite, este cargo.

Tercer cargo. En este se dice que: "Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P del T. acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida del art. 10 de ley 171 de 1961, que en su primera parte establece: 'Los pensionados de que trata la presente ley tendrán derecho a los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, y hospitalarios que los correspondientes a empleados en actividad...".

La indebida aplicación de esta norma la hace consistir el recurrente en que por haber partido el Tribunal del hecho, que no es evidente, de haber escogido el actor la pensión de jubilación y haberla empezado a disfrutar desde el momento de la terminación del contrato, por lo que desde entonces dejó de ser empleado de la demandada, dedujo que no tiene derecho a percibir el salario que como auxilio por enfermedad no profesional reclama, el cual sólo reciben quienes conservan dicha calidad de empleados, correspondiéndole únicamente la facultad de reclamar, en su condición de jubilado, la asistencia de rigor establecida en el mentado art. 10 de la ley 171 de 1961, si es que se siente enfermo.

La contraevidencia del primer punto de partida del ad quem resulta clara de la carta que en copia auténtica obra al fl. 444 v., pues basta su lectura "para demostrar que el actor fue despedido en forma unilateral e ilegal por la compañía demandada, y que esta le fijó el 1o. de agosto de 1961 como el día en que empezaría a gozar del *beneficio* de la jubilación. El actor empezó a cobrar sus pensiones mensuales de jubilación, porque ese era un derecho indiscutible que tenía, y tiene, no sujeto por la ley a condición ni a elección alguna (pues no se trataba de obligación condicional o alternativa). Máxime cuando por la mala fe de los señores jefe y subjefe del departamento médico de la Colombian el actor estuvo en imposibilidad física de conocer las enfermedades que tenía y la gravedad de las mismas, pues no le fue dada la menor información sobre los conceptos de los especialistas Drs. Coronel y Fuentes Hernández".

Como no hubo, por lo dicho, escogencia de la pensión jubilatoria por parte del demandante y su despido fue ilegal, cuando sé encontraba enfermo, su contrato de trabajo "no terminó cuando dispuso la parte demandada (el 31 de julio de 1961), ni cuando efectuó la consignación de algunas prestaciones (septiembre 9 de 1961), sino una vez que hubiera terminado los seis (6) meses subsiguientes en que ha debido haberle suministrado los tratamientos médicos, etc., a que estaba obligada, y en que además ha debido haberle pagado auxilio monetario por enfermedad no profesional, como dispone el art. 227 del CST".

En estas condiciones, terminado el contrato de trabajo al vencimiento de los referidos seis meses, contados a partir del 8 de septiembre de 1961, como se pidió se declarara en todas las súplicas de la demanda, lapso durante el cual el actor conservó su calidad de trabajador y estuvo "en incapacidad permanente total para todo trabajo", según lo establece plenamente "el peritazgo de los médicos de la División del Trabajo, que transcribo en el hecho 13 de esta demanda", no perdió el derecho "a cobrar las prestaciones patronales que indican los arts. 277 y 278 del CST". "Eso lo tiene establecido —sigue diciendo— la jurisprudencia de esa H. Sala, y lo repitió el segundo inciso del art. 53 del Laudo Arbitral del 31 de octubre de 1960", cuyo texto transcribe.

Manifiesta también el recurrente: "Por haber adquirido desde el 1o. de febrero de 1962 los jubilados de las grandes empresas derecho a tratamiento médico etc., por virtud del mandato contenido en el art. 10 de la Ley 171 de 1961, no se puede entender que tales empresas han sido relevadas de las obligaciones de pagar las prestaciones patronales especiales que les imponen los arts. 277 y 278 del CST. Esos son derechos que tienen fuentes distintas: antes de la terminación del contrato surge para los trabajadores en el art. 277 del CST, el derecho al tratamiento médico etc.; y para los jubilados, después de terminado definitivamente dicho contrato, en el art. 10 de la Ley 171 de 1961".

Finalmente observa que en otros juicios sobre reajuste de jubilaciones, adelantadas contra la misma empresa demandada, "el Tribu-

nal sostuvo la vigencia sin modificaciones del art. 260 del CST, y no aceptó aplicar el art. 8o. de la Ley 171 de 1961; y ahora en la sentencia recurrida pretende arrebatar al actor, por el hecho de estar jubilado, los derechos que le confirieron los arts. 277 y 278 del C. S. del T.".

Para resolver la Corte considera:

1. En el estudio que hizo el Tribunal de la petición primera de la demanda inicial del juicio, se manifiesta que para saber si ella prospera "es necesario conocer primero en qué época fue jubilado el Dr. Gilberto García y segundo, si para la fecha de su retiro de la empresa, padecía las dolencias que hoy lo aquejan, por cuanto los salarios que como auxilio establece el art. 227 del C. S. del T., sólo se pagan al trabajador activo y no al jubilado, persona esta que adquiere el derecho al pago de la pensión una vez se retira del trabajo, es decir, cuando deja de ser subordinado al patrono. La mesada de la pensión excluye cualquier otra remuneración en dinero". Y dicho esto analiza los "exámenes de desenganche y el informe que como síntesis de los mismos hace el Jefe del Departamento Médico de la Colombian Petroleum Company, Dr. Alfredo Landínez S.", que transcribe, para concluir:

"De la voz de estos conceptos, todos expedidos por especialistas, al retiro de la empresa el Dr. Gilberto García gozaba de relativa buena salud, sin requerir intervención quirúrgica de ninguna clase, ni menos asistencia hospitalaria o farmacéutica, ya que tan solo lo molestaban neuralgias en el dorso del pie y antebrazos derechos, producto de mala circulación, así como fractura de la tibia de la pierna izquierda, hecho que por su antigüedad no fue posible a los facultativos fijar la fecha de su aparición".

Se expresa en seguida que la "arterioesclerosis era incipiente para la fecha de salida, tal como lo certifica el Dr. Julio E. Coronel (fol. 1 y siguientes) y lo ratifica en la lectura de las placas el Dr. Rafael Lamus Girón", conforme a la certificación por este expedida el 7 de julio de 1964, que asimismo se copia, atestación esta última que se comenta así: "Como se ve, de la citada lectura, el radiólogo sólo dice que el Dr. García presenta algunos signos de esclerosis en las arterias de la pierna y del antebrazo, pero no agrega que estuviera sufriendo para la época del despido la enfermedad "arterioesclerosis" que es la que se cita por el demandante como causante de su disminución laboral". Y a continuación se agrega:

"Si el actor no necesitaba en concepto de los médicos tratantes asistencia médica inmediata, mal podía otorgársela la empresa. El Dr. García ha debido solicitar a los especialistas informe directo sobre su salud y una vez así, negarse a recibir la pensión hasta tanto la Colombian no lo tratara por el lapso de los seis (6) meses. No lo hizo así y se conformó con la pensión, luego hoy no puede por ser jubilado, reclamar el auxilio.

"En esas condiciones, no es posible aplicar en este pedimento la parte final del art. 277 del C. S. del T., que dispone otorgar además del auxilio monetario establecido en el art. 227, la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta por seis meses".

Sentado lo anterior, prosigue el fallo: "Desde el momento mismo de la terminación del contrato, el Dr. García viene recibiendo pecuniariamente el valor de su pensión de jubilación y además, por ser jubilado tiene derecho a que la Compañía le preste la asistencia médica de rigor tal como lo establece el art. 10 de la Ley 171 de 1961 y lo reglamenta el 29 del Decr. 1611 de 1962", norma esta que inserta totalmente para deducir: "De donde se desprende que si el demandante se siente hoy enfermo, bien puede hacer uso de los servicios médicos que la Colombian ha establecido para sus afiliados, tal como lo faculta la Ley".

Finalmente, concluye: "En este orden de ideas, nos encontramos ante el caso de que el actor no demostró suficientemente que para la época del despido estuviera sufriendo las enfermedades que cita para así tener derecho a que la empresa suministrara los tratamientos por él pedidos y además, por escoger la pensión, dejó de ser empleado de la Colombian, pues este es un requisito indispensable para entrar en su goce, y como tal, mal puede recibir de ella salario. Por consiguiente, no es posible hacer condena por esta súplica y la Compañía debe ser absuelta del pedimento, tal como lo dispuso el Juez a quo. Por otra partel según el diccionario médico, son cosas diferentes la esclerosis y la arterioesclerosis", definiciones que asimismo inserta.

2. Como se observa, el ad quem no atendió la primera súplica del actor, porque para él las pruebas que analiza no revelan que este padeciera al tiempo de su retiro de la empre-

sa demandada las enfermedades que alega entonces lo aquejaban y que requirieron asistencia médica, hospitalaria o farmacéutica, o intervención quirúrgica; porque, además, dicho demandante en lugar de solicitar a los especialistas, en esa misma oportunidad de su retiro, un informe directo sobre su estado de salud y una vez obtenido, negarse a recibir la pensión hasta tanto la compañía lo hacía tratar por un lapso de seis meses, se conformó con la referida pensión y desde entonces empezó a recibir su valor, con lo cual perdió su calidad de empleado de la empresa y el derecho a que esta le suministrara la asistencia reclamada, puesto que esa prestación sólo la disfrutan, al tenor del art. 277 del C. S. T., quienes tienen el carácter de trabajadores activos del empresario obligado a darla; y porque en la calidad que adquirió de jubilado al ser despedido, la facultad que le compete, de conformidad con el art. 10 de la Ley 171 de 1961 y el 29 del Decreto 1611 de 1962, que lo reglamenta, es la de reclamarle a la compañía, si se siente enfermo, la asistencia de rigor.

Por lo tanto, la invocación del estatuto legislativo últimamente mencionado, no fue realmente determinante del insuceso de la primera petición del actor, pues las que fundamentalmente condujeron a ese resultado fueron el no haberse podido deducir del acervo probatorio que al ponerse fin a su contrato de trabajo padeciera las enfermedades que ha alegado requerían la asistencia reclamada y el haber perdido para esa época el carácter de trabajador de la empresa y adquirido el de jubilado de la misma, por haber aceptado y empezado a percibir la pensión jubilatoria. Mal puede decirse, en consecuencia, se haya aplicado indebidamente al caso subjudice el precepto de esa ley relacionado en la formulación de este cargo.

En estas condiciones, si al resolverse en la forma que se hizo por el Tribunal la súplica en comento se han aplicado indebidamente normas sustantivas, por las razones aducidas en el desarrollo de la presente acusación, son otras distintas de la mencionada, precisamente aquellas que regulan las cuestiones allí planteadas. Por consiguiente, para ceñirse a la técnica de este recurso extraordinario, han debido incorporárselas, en la formulación de ella, entre las infringidas cosa que no se ha hecho. Y procedía hacerlo así aún en el supuesto de que la invocación del citado art. 10 de la Ley 171 de 1961 hubiera incidido, por lo menos como medio, en la definición de dicho pedimento, para que la proposición jurídica hubiera sido completa.

Por estas deficiencias técnicas, no se admite este cargo.

Cuarto cargo. Se lo formula así:

"Con base en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P. del T., en la parte o inciso segundo, acuso la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustantiva por falta de apreciación de la prueba consistente en el dictamen pericial admitido por el Jefe de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del Trabajo, y por los jefes de la Sección de Medicina Legal del Trabajo y de la Sección de Vigilancia y Control de esa División, del seis (6) de marzo de 1965, que obra a los folios 2 y 3 del cuaderno del Tribunal, y que la sentencia acusada transcribe a las págs. 17 y 18 (fls. 52 y 53, cdno. Trib.). Y al incurrir en esa falta de apreciación el Tribunal incurrió en un *error de hecho* que aparece de manifiesto en los autos. Este motivo de casación se refiere a la petición segunda de la demanda del juicio, que cobra auxilio monetario por enfermedad no profesional.

"Las disposiciones violadas son:

"a) El art. 2o., ord. e), de la Ley 77 de 1948, que entre las funciones de la Medicina Industrial incluye la de proferir dictámenes periciales a solicitud de la jurisdicción del trabajo;

"b) Los arts. 722 y 723 del C. de P. C., que señalan el mérito probatorio del dictamen pericial; y

"c) El art. 145 del C. P. del T. que ordena aplicar por analogía las disposiciones del Código de Procedimiento Civil".

Se sostiene en la fundamentación, después de transcribir las consideraciones del ad quem en que se apoya la inadmisión de la segunda súplica del demandante, que el dictamen pericial a que se ha hecho referencia, "es terminante respecto a la existencia en agosto 1o. de 1961 de las enfermedades que al actor diagnosticaron los especialistas Drs. Coronel, Fuentes Hernández y Lamus Girón, y en afirmar con seguridad que todas esas enfermedades son incurables y le produjeron una incapacidad permanente total para el ejercicio de toda profesión u oficio remunerativo". Es protuberante, por lo tanto, el error del Tribunal "al afirmar que el actor no padecía al tiempo del retiro las enfermedades que hoy lo aquejan", con mayor razón cuando dicho experticio se fundamenta en

los de los "especialistas Drs. Coronel, Fuentes Hernández y Lamus Girón, así como en los de los bacteriólogos Schoonewolf y Vargas R., que le fueron acompañados en el texto del despacho en que el Juez del Trabajo les solicitó el dictamen pericial", que confirman la existencia entonces de las enfermedades aludidas.

Para resolver, la Corte considera:

En este cargo se incurre en el mismo error técnico que se le anotó al primero, pues aquí también se acusa el fallo recurrido de haber violado, a causa del error de hecho alegado, normas de carácter adjetivo, omitiendo la o las sustantivas que reconocen o consagran el derecho que el impugnador considera le ha sido quebrantado al no acogerse en dicha decisión la segunda petición de su demanda.

Por lo tanto, a la Sala le basta remitirse a las consideraciones que hizo para desestimar esa primera acusación, para hacer otro tanto con la presente, como en efecto así lo hace.

Quinto Cargo.- Se lo presenta de la siguiente manera:

"Con fundamento en la causal primera (1a.) del artículo 87 del C. P. del T., acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa de los arts. 6o. y 8o., en el inc. o párrafo 3o., de la Ley 171 de 1961; de los arts. 461 y 467 del C. S. del T.: y de los arts. 1o. y 53 del Laudo Arbitral pronunciado el 31 de octubre de 1961 por el Tribunal de Arbitramento constituído para poner término al conflicto colectivo de trabajo existente entre la Colombian Petroleum Company y el Sindicato de Trabajadores de la misma empresa. Todas esas disposiciones legales dejó de aplicar el Tribunal sentenciador al caso del presente juicio, al estudiar y resolver las peticiones cuarta (4a.) y quinta (5a.) de la demanda de este juicio".

En la fundamentación, después de transcribirse las normas mencionadas, que se consideran infringidas directamente, y las razones que adujo el Tribunal para denegar las peticiones de la demanda a que se alude en este cargo, se dice lo siguiente:

"Como sostuve en el cuarto motivo de casación, está plenamente comprobado que el actor estuvo enfermo e incapacitado para toda clase de trabajo por razón de la invalidez permanente total que le causaron las enfermedades citadas, durante los seis (6) meses siguientes al desenganche y a la consignación efectuada el 8 de septiembre de 1961; y no sólo durante esos meses, sino hasta el presente, conforme al dictamen de los peritos médicos de la División de Medicina del Trabajo y al concepto de los especialistas. De manera que subsiste para la compañía demandada la obligación de pagar auxilio monetario por enfermedad al actor en dichos seis meses, y de suministrarle en ese lapso tratamiento médico etc., conforme a los arts. 227 y 277 del C. S. T. Y en consecuencia, sólo al vencerse esos seis (6) meses, en marzo 8 de 1962, es que legalmente puede sostenerse que terminó el contrato de trabajo, y que al día siguiente *nueve de marzo* se causó la pensión de jubilación del actor, ya dentro de la vigencia de la ley 171 de 1961; y que es conforme a los arts. 6o. y 8o. de dicha Ley que debe hacerse la liquidación de la pensión de jubilación del actor".

Para resolver la Corte considera:

El ad quem no hizo en el fallo recurrido las declaraciones y condenas de las peticiones cuarta y quinta de la demanda inicial del juicio, porque como desde el 1o. de agosto de 1961 el demandante viene percibiendo pensión de jubilación, reconocida y liquidada por la empresa demandada conforme a las normas legales vigentes en esa época y teniendo en cuenta el sueldo revelado en la inspección ocular obrante en el proceso, su reliquidación con base en el tope máximo previsto por el art. 6o. de la Ley 171 de 1961, no era posible, debido a que esta "norma establece claramente que esto sólo se aplicará a las pensiones que se causen con posterioridad a la sanción de la presente ley"; y porque posteriormente, vigente ya este estatuto legal, la compañía reajustó el monto de la decretada en la fecha indicada al principio, ciñéndose a los arts. 2o., ord. b), y 3o., del mismo, tal como del propio modo lo evidencia la citada inspección ocular. No dio, pues, por demostrado, contra lo sostenido por el recurrente con apoyo en lo que había expuesto en cargo precedente, el supuesto sobre el cual dicho impugnador edifica su conclusión de que su contrato de trabajo terminó el 8 de marzo de 1962 y de que al día siguiente se causó su pensión jubilatoria, la que por estar entonces vigente la mentada Ley 171 de 1961, le debe ser liquidada en la cuantía por él pretendida, dado el tope máximo, superior al anterior, por ella señalado; y de que, por otra parte, se le debe cancelar la diferencia entre ese monto y lo que se le pa-

gó por tal concepto en el lapso comprendido entre el 1o. de agosto de 1961 y el 8 de marzo de 1962.

Esta discrepancia entre el fallador y el casacionista acerca de la situación fáctica de autos al respecto, indica que la violación, si la hubo, de los preceptos que consagran los derechos que pretende le han sido desconocidos al no acogerse las súplicas de su demanda aquí cuestionadas, no se realizó directamente, como lo plantea, sino a causa de esa supuesta equivocada apreciación de la situación de hecho.

Nuevamente, por lo tanto, ha incurrido en un error de técnica al formular este cargo y por ello no se lo admite.

Sexto cargo.- Se lo formula y sustenta así: "Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P. del T., acuso la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida al caso del presente juicio de los arts. 260 y 261 del C. S. T. que establecieron el tope máximo de $ 600.00 para liquidar las pensiones de jubilación, y para liquidar las cuales debía tomarse como base el promedio mensual de los salarios devengados en el vigésimo (20o.) año de servicio. Las razones expuestas en el quinto motivo de casación para sostener la aplicación al caso del presente juicio de los arts. 6o. y 8o. de la Ley 171 de 1961, son las mismas para sostener la indebida aplicación hecha en la sentencia del Tribunal de las disposiciones dichas del C. S. T., que estuvieron vigentes en general hasta el 31 de enero de 1962; y en cuanto al tope antiguo de $ 600.00 hasta el 29 de diciembre de 1961, día en que fue sancionada dicha ley".

Para resolver, la Corte considera:

De la manera como aparece concebida esta acusación se deduce que el recurrente ha entendido que cuando con invocación de la causal primera de casación laboral se presentan varios cargos, basta sustentar uno solo y remitirse a esta demostración en los demás, lo que no es así, como ya lo ha dicho esta Sala de la Corte, "por cuanto la misma diversidad de los conceptos de infracción de las respectivas disposiciones legales, les confiere individualidad propia y obliga a fundamentarlos separadamente". Y aquí no solo son distintos los conceptos de violación, sino diversas las normas que se consideran violadas, pues en el cargo o "motivo de casación" procedente, como lo llama el recurrente, se acusa el fallo de segundo grado de infringir unos preceptos directamente y en este, otros diferentes, por aplicación indebida, siendo así que doctrinaria y jurisprudencialmente nada tiene que ver el uno con el otro, pues en la primera forma, la ley se deja de aplicar derechamente por el fallador, bien porque la ignora o bien porque se rebela contra lo que consagra, y en la otra, la aplica pero inadecuadamente.

Este error de técnica, en el que también ha incurrido en cargos anteriores, impide estimar el presente y por ello no se lo admite.

Séptimo cargo.- Se lo formula de la siguiente manera:

"Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P. del T., en la parte o inciso segundo, acuso la sentencia del Tribunal sentenciador de ser violatoria de la ley sustantiva por apreciación errónea de las pruebas existentes en el juicio sobre pago en forma exacta del valor de lo reclamado y por haber suministrado los exámenes legales correspondientes (quiso decir el Tribunal exámenes médicos correspondientes a los legales). E incurrió así el Tribunal en *Error de hecho* que aparece manifiesto en los autos, porque el fallador tiene como probado el extremo sobre pago en forma exacta del valor reclamado, y estima que por haber suministrado la empresa exámenes médicos al actor, pero sin informarlo del resultado de ellos y sin haberle suministrado el menor tratamiento médico y farmacéutico, está también probado el extremo de cumplimiento de las obligaciones que le impone al patrono el art. 277 del C. S. T.".

Se afirma en la sustentación que a pesar de no existir comprobación en el juicio de que la empresa hubiera pagado al demandante lo reclamado, el ad quem, bajo el epígrafe "Salarios caídos", sostiene que las pruebas aportadas al expediente demuestra que sí lo satisfizo, que "suministró los exámenes legales correspondientes y ha venido cancelando y reajustando la pensión de jubilación de acuerdo con las normas legales sustantivas", y que por ello "no es justo ni menos legal, hacer condena por toda súplica, ya que la Colombian ha obrado de buena fe, sometida en este momento a los preceptos legales en vigencia y además, nada adeuda por lo reclamado al trabajador".

Repara en seguida que el proceso únicamente da cuenta de la consignación hecha el 9 de septiembre de 1961, para pagar al actor cuatro años de vacaciones debidas y saldos de la prima de antigüedad y de salarios, que nada tienen que ver con lo demandado. Y si bien al despe-

dirlo cumplió con la obligación de hacerle practicar el correspondiente examen médico, también lo es que lo hizo en forma incompleta, pues no hizo saber al trabajador el resultado y antes lo mantuvo en secreto y no le suministró el respectivo tratamiento, ni le pagó el auxilio monetario.

Por lo demás, existe plena prueba —la que analiza—, de que la demandada obró de mala fe, pues al tenor de esos elementos de convicción "el jefe y el subjefe del departamento médico de la Colombian, al ocultar estos al actor las mortales enfermedades que tenía al tiempo del desenganche, al no indicarle ni suministrarle tratamiento alguno, y al no aconsejar a la compañía demandada que pagara al actor las prestaciones patronales correspondientes a sus enfermedades y a la incapacidad para el trabajo. Y el Dr. Landínez, para concluir, tuvo que afirmar que el actor no alcanza a tener una incapacidad del 66,66% para tener derecho a indemnización alguna".

Para resolver, la Corte considera:

Como se observa, el recurrente al formular este cargo no reparó en que el recurso de casación propiamente es una acción contra la sentencia definitiva del ad quem por haber violado la ley, y que, por esa causa, implica una confrontación de aquella con esta, a fin de que patentizada la infracción se restablezca el imperio del ordenamiento jurídico quebrantado, en la extensión y la medida en que se haya desconocido el interés particular del impugnador que él consagra o tutela. Por eso, el art. 90. del C. P. del T. exige, entre los requisitos que deba reunir una demanda de esta clase, que en ella se expresen los motivos de casación, indicando "el precepto legal sustantivo, de orden nacional, que se estime violado, y el concepto de la infracción, si directamente, por aplicación indebida o por interpretación errónea", y que en caso "de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, citará estas singularizándolas y expresará qué clase de error se cometió"; requisitos a los que agrega el 63 del Decr. Ley 528 de 1964, vigente desde el 1o. de septiembre de ese año, los de que se indiquen en forma clara y precisa los fundamentos de la causal aducida y de que si son varias, se expongan en capítulos separados los relativos a cada una de ellas.

Aquí el acusador no cita cuál es la disposición legal sustantiva, de carácter nacional, que haya infringido el Tribunal al sacar la conclusión que se le censura en la fundamentación, con base en el acervo probatorio que ha apreciado, deficiencia que no puede colmar la Corte, supliendo la actividad del recurrente, por el carácter formal de este recurso extraordinario.

Por este error técnico, tampoco se admite esta acusación.

Octavo cargo.- Se lo formula así:

"Con fundamento en la causal primera (1a.) del art. 87 del C. P. del T., acuso la sentencia del Tribunal sentenciador de ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa del art. 65 del C. S. del T., al no aplicar esta disposición al caso del presente juicio".

Se sustenta este cargo con la observación de que ya en el precedente se dejó establecido que la demandada no ha pagado lo reclamado y que con las pruebas allí analizadas se demuestra la mala fe con que ha actuado la empresa al ocultarle "al actor las enfermedades que este tenía al desenganche y al no reconocerle ni suministrarle tratamiento médico, farmacéutico etc. alguno, para dichas enfermedades", por lo que surge clara para ella la obligación de pagar la indemnización a que se refiere el citado art. 65 del C. S. del T., que no aplicó el Tribunal, obligación de la que no se libera por haber efectuado la consignación antes mencionada, por referirse a conceptos diferentes a los aquí cuestionados y porque con anterioridad había incurrido en la referida mala fe.

Para resolver, la Corte considera:

Nuevamente el recurrente fundamenta la acusación de infracción directa de norma sustantiva, de carácter nacional, en errores de juicio al valorar el acervo probatorio que en su sentir, contra lo deducido por el ad quem, establecen los hechos que configuran el derecho que se estima vulnerado. Y lo que es más: remitiéndose a la sustentación hecha al respecto en otro cargo.

De otro lado, al concluirse que sobre la demandada no pesaba la obligación de satisfacer lo reclamado, el ad quem no podía darle aplicación al citado art. 65 del C. S. del T., por cuanto este parte de la base, para imponer la sanción que consagra, de que el patrono no pague o deposite, en la oportunidad allí prevista,

los salarios y prestaciones debidas al trabajador.

Por estos motivos no se admite, en consecuencia, esta impugnación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cúcuta.

Sin costas, por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. —Bogotá, octubre catorce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Aprobación: Acta No. 47).

Ante el Juez Tercero Laboral de Bogotá, el doctor *Juan Bautista Neira Ch.*, domiciliado en esta ciudad, demandó por medio de apoderado a *la Sucesión Testamentaria Ilíquida de Diógenes Troncoso,* representada por su albacea y heredera Julia Miranda Vda. de Troncoso, y por los herederos testamentarios Rafael Troncoso, Arturo Troncoso, Jorge Troncoso, Silvia Troncoso y Blanca Troncoso de Ramírez, todos mayores de edad y vecinos de Bogotá, y cuya residencia ignora y *a la sociedad denominada Compañía Urbanizadora de Palanquero S. A.*, representada por su Gerente Rafael Troncoso, cuya residencia también ignora, para que personal y solidariamente sean condenados a pagarle el valor de los honorarios profesionales debidos por el ejercicio de varias acciones judiciales, pactados en contrato escrito y consistentes en una cuota equivalente al veinte por ciento de los valores que como consecuencia de sus gestiones se radicaron en el patrimonio de los demandados. Subsidiariamente pidió que se declarara que la quinta parte o sea el 20% del predio rústico denominado "La Esperanza", ubicado en el municipio de Puerto Liévano, hoy Puerto Salgar, con una cabida global aproximada de tres mil quinientas fanegadas, pertenece al demandante.

Según los hechos de la demanda, Juan Bautista Neira Ch. se obligó para con la sucesión ilíquida de Diógenes Troncoso, a defender el derecho de dominio que la sucesión tiene en el predio "La Esperanza", la finca se hallaba perseguida en ejercicio de acción real hipotecaria ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito, seguida por el Banco Agrícola Hipotecario y el Banco Alemán Antioqueño, cuyos créditos fueron cedidos al señor Ruperto Aya; al firmarse el contrato, el juicio se encontraba en estado de señalar fecha para el remate; el demandante ejercitó las defensas encaminadas a obtener que el inmueble no fuera rematado y permaneciese en el patrimonio de la sucesión ilíquida de Diógenes Troncoso y en el patrimomonio de la Compañía Urbanizadora de Palanquero; el contrato de prestación de servicios profesionales se celebró y firmó el 28 de noviembre de 1942, ante los testigos Wilhem Bernitt y Adalberto Rosas; el 22 de octubre de 1951 los herederos testamentarios de Diógenes Troncoso y el Gerente de la Compañía Urbanizadora de Palanquero, S. A., se comprometieron en la misma forma que el albacea al pago de los honorarios estipulados, ratificación que aparece suscrita ante los testigos Luis E. Rodríguez y Guillermo Guarín; como consecuencia de las actividades profesionales del doctor Juan Bautista Neira Ch., el embargo que pesaba sobre la finca "La Esperanza" fue debidamente cancelado por medio del oficio No. 591 de 29 de octubre de 1956, procedente del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, y en tal virtud la finca quedó libre de todo gravamen, permaneciendo en el patrimonio de la Sucesión y de la Compañía Urbanizadora de Palanquero, S. A., los demandados no han pagado al demandante la remuneración pactada por los servicios profesionales, pero en conversaciones directas, verificadas hasta el 10 de octubre de 1959, reconocieron la existencia del crédito y ofrecieron pagar parte del valor pactado como honorarios, en proporción que no alcanzaba al 10% del precio real del mismo. Como fundamentos de derecho citó los arts. 2063, 2542, 2544, 2536, 2142 y 2148 del C. C.

A los demandados se les nombró curador ad litem, quien manifestó no admitir ni rechazar los hechos, por no constarle, ateniéndose a lo que resultare legalmente probado y deducido en el juicio. Propuso la excepción de prescripción de la acción.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento dictó sentencia

por medio de la cual declaró probada la excepción de prescripción. Apeló el demandante. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Interpuesto el recurso de casación por la parte demandante, se decidirá por esta Sala, previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor.

Alcance de la Impugnación.

Pretende la invalidación del fallo recurrido, y que en la sentencia de instancia se acceda a las peticiones de la demanda, ya que sus extremos de hecho aparecen acreditados.

Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales enuncia así:

"Acuso la sentencia del H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá por la causal primera del art. 87 del C. de P. L. ords. 1o. y 2o., o sea por violación directa de la ley sustantiva civil aplicable al caso, tal como se indicará en el desarrollo del cargo, por interpretación errónea y aplicación indebida; y también por interpretación errónea y aplicación indebida de las mismas normas sustantivas, civiles, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. El primer cargo se referirá a la violación directa y el segundo a la violación indirecta".

Concreta el recurrente el *primer cargo* en esta forma: "El H. Tribunal en su juzgamiento de tres de octubre de 1963 viola directamente los arts. 2144, 2542 y 2544 del C. C., por interpretación errónea y aplicación indebida, y los arts. 2535, 2536 y 2639 ibídem por falta de aplicación, por no haberlos tenido en cuenta".

Para sustentar la acusación, el recurrente analiza y comenta los arts. 2144, 2542 y 2544 del C. C., y dice que ellos fueron interpretados erróneamente por el Tribunal, lo que lo condujo a aplicarlos indebidamente, y a dejar de aplicar el art. 2536 del C. C.. Resume la argumentación en los siguientes términos:

"En resumen, el H. Tribunal violó el art. 2144 del C. C. porque el hecho de que se apliquen las disposiciones sobre mandato a los servicios prestados por los médicos, abogados y profesores, en nada sirve para resolver cuál de las disposiciones es aplicable al caso sobre consumación de la prescripción, si la regla general del art. 2536 de la obra citada que indica un término de diez y veinte años, o la regla especial del art. 2542 ibídem que trata de la prescripción de las acciones sobre constatación judicial de los honorarios debidos a dicha clase de personas, apareciendo entonces como citado por el sentenciador indebidamente porque no es elemento normativo que sirva para resolver la litis; el art. 2542 porque dicha disposición se refiere a la prescripción de las acciones derivadas del simple hecho de la prestación de unos servicios, no a la prescripción de las acciones derivadas de un contrato en que de acuerdo con su contenido se establecieron las prestaciones y obligaciones de las partes sobre servicios profesionales, que es el título de la acción promovida, lo que es totalmente diferente, entonces la prescripción de las acciones se cumple en tiempo diverso, por lo cual no está prescrito, ya que no es lo mismo para el caso, el término de tres años que ha tenido en cuenta la sentencia, que el término de veinte años, que es el que corresponde a la acción que he promovido; finalmente se ha violado el art. 2544 del C. C. porque cuando se ha dicho en el libelo que el contrato ha interrumpido la prescripción, se refiere únicamente a que ha iniciado un término diferente al corto de prescripción para seguir o iniciarse un término de veinte años indicado en el art. 2536 del C. C.".

Se considera:

Las normas que el recurrente señala como violadas, se refieren a la prescripción de acciones y a la aplicación de las reglas del mandato a los servicios de las profesiones que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona. No se indican en el cargo cuáles fueron las sustanciales, o sea aquellas que consagran el derecho del demandante cuyo reconocimiento se pretende con la prosperidad del recurso. La proposición jurídica, en consecuencia, no es completa. Como lo ha dicho esta Sala reiteradamente, "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" (Casación de 29 de agosto de 1966, juicio de Camilo Namén Fraija contra sucesión de Jorge Bichara D.).

En consecuencia, el cargo no es admisible por no haberse integrado la proposición jurídica con las normas sustanciales que consagran el

derecho al reconocimiento y pago de los honorarios por servicios profesionales prestados, que es lo pretendido por el recurrente. Además, se acusa la sentencia de ser violatoria de la ley por interpretación errónea de unas normas cuyo sentido no desentrañó el sentenciador, pues se limitó a aplicarlas al supuesto fáctico que ellas contemplan y que encontró haberse demostrado en el proceso. Por este otro motivo, tampoco es admisible la acusación.

Segundo cargo

"La violación de la ley puede estimarse también como derivada de una indebida inteligencia de los hechos, de una mala aplicación, en relación con las disposiciones mencionadas arts. 2144, 2542, 2544 del C. C., y también con los arts. 2514, 2535, 2536, 2539 ibídem, que no fueron tenidos en cuenta, siendo relevantes en la litis; por esto hago la acusación de violación de estas disposiciones sobre la base de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas".

Dice el impugnador que el sentenciador no leyó exactamente la demanda, su contenido petitorio, ya que no vio que la acción indicada en el art. 2542 del C. C. es diferente en cuanto al término de la prescripción, a la acción contenida en la demanda, que solamente puede ser disciplinada por el término ordinario del art. 2536 del mismo código. Para el recurrente la acción cuya prescripción se consuma en tres años aparece basada únicamente en el hecho mismo de los servicios prestados, en la obligación que tiene el deudor de pagarlos según fijación que se haga en el juicio y la acción invocada en la demanda tiene como causa el incumplimiento de un contrato, es decir, se refiere a los efectos de una determinada relación obligatoria.

Para el impugnador el Tribunal no leyó el documento base de la demanda, porque si lo hubiera hecho no habría considerado una simple declaración de honorarios de parte del actor, sino el derecho contenido en el contrato; ni leyó este como corresponde, en relación con las sentencias que en copia se llevaron a los autos, conforme a las cuales el derecho de propiedad de don Diógenes Troncoso no fue adjudicado a los acreedores, que era la obligación contraída por el actor, por lo cual no relievó la acción o petitum respectivo, haciendo declaraciones en relación con una acción diferente. Tampoco leyó el sentenciador, continúa el recurrente, el documento en que consta el desembargo para fijar la iniciación de la prescripción, ni la fecha de la notificación de la demanda al demandado, que son los extremos necesarios para hacer una estimativa sobre el transcurso del tiempo, ni los certificados de propiedad, existencia y representación de la sociedad y herederos, ni las declaraciones sobre confesión del demandado de que de parte del actor se había cumplido con su prestación, ni las declaraciones de los testigos Adalberto Rosas y Juan Francisco Guevara sobre el reconocimiento de la obligación que hizo el representante de los demandados de pagar los servicios que había prestado el demandante, para el efecto no solamente de interrumpir la prescripción, sino de considerar una renuncia de ella, tal como lo dice el art. 2514 del C. C.

Sintetiza el impugnador su crítica a la apreciación de las pruebas que hizo el Tribunal, en la siguiente forma: "El sentenciador cometió error de hecho y de derecho: a) En la apreciación de la demanda; b) En la apreciación del contrato, ya que desvinculó totalmente la prestación de la contraprestación, y solidaridad; c) En la apreciación de las pruebas, copias de las sentencias, certificados sobre propiedad del inmueble La Esperanza y certificado sobre la representación de la sucesión de Diógenes Troncoso y de la Sociedad de Palanquero S. A.; d) En la apreciación de las declaraciones o valor de ellas en cuanto contenido, ya que la declaración sobre reconocimiento de la deuda, era expresa renuncia a la prescripción que ilegalmente se entiende consumada; e) El H. Tribunal violó los arts. 593, 597, 604 y siguientes del C. J. sobre confesión y art. 608 sobre confesión extrajudicial, y arts. 632, 635, 697 del Código mencionado sobre el valor de dichas pruebas; y f) Consecuencialmente violó los arts. 2144 por aplicación indebida, arts. 2542 y 2544 por interpretación errónea y aplicación indebida, y arts. 2535, 2536, 2514 todos del C. C. por falta de aplicación, tal como se ha establecido en el desarrollo del cargo. El art. 2544 del C. C. especialmente por no haber tenido en cuenta el efecto de la existencia del contrato entre el actor y los Troncoso, como que para el sentenciador no existió en el proceso, y menos para darle el verdadero significado a la citada disposición".

Por último, resume la sustentación del cargo de esta manera: El error substancial del sentenciador fue el de aplicar la prescripción de corto tiempo por el documento que se presentó con la demanda, que no fue tenido en cuen-

ta, era aplicable la prescripción de largo tiempo (art. 2536 del C. C., no tenido en cuenta). Sobre esa aplicación debida a interpretación errónea del art. 2544 del C. C. se contó el término de prescripción y se declaró consumada ilegalmente, cuando no había corrido el término fijado en la ley, como lo enseña el art. 2535, tampoco tenido en cuenta. El sentenciador, continúa el recurrente, no tuvo en cuenta la naturaleza y objeto que persiguen las acciones indicadas en los arts. 2542 y 2356 del C. C., ya que para los efectos de determinar el plazo señalado por la ley para la prescripción extintiva, debe hacerse un examen comparativo de las disposiciones y según la acción o acciones, decidir el término en que se consuma legalmente la prescripción, tal como lo enseña el art. 2535 del C. C. Cita comentarios del tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez sobre las normas equivalentes a los arts. 2536, 2537 y 2538 del C. C. C. y termina así:

"Y sobre los errores de hecho evidentes, manifiestos, en relación con el contenido exacto de la demanda, del contrato escrito en relación con las obligaciones pactadas por las partes, sobre los certificados de propiedad, existencia y representación de la parte demandada, sentencias de la H. Corte y de instancia, constancias del proceso sobre la demanda y notificación, tiempo en que terminaron las acciones, tiempo en que desapareció el embargo y la persecución de los acreedores de Diógenes Troncoso en relación con la finca La Esperanza, declaraciones sobre reconocimiento expreso de la deuda, el sentenciador violó los citados arts. 2142, 2542, 2544 por interpretación errónea y aplicación indebida, y los arts. 2535, 2536 y 2514 por falta de aplicación al caso del pleito, ya que —fuera de no ver esas pruebas tal como aparecen, tal como son en orden a la prescripción, no les da el valor correspondiente indicado en los arts. 593, 597, 604, 608, 632, 635, 697 del C. J. Consecuencialmente pasa por encima de los supuestos de hecho de los arts. 2542, 2536 y 2544 del C. C. que en esta forma resultaron violados, como se ha repetido en el desarrollo de esta demanda de casación".

Se considera:

Al cargo, tal como está formulado, deben hacérsele algunas observaciones desde el punto de vista de la técnica de casación.

En un mismo cargo invoca la violación de la ley por interpretación errónea e indirectamente, a través de errores de hecho, siendo así que el primer concepto de violación, como lo ha sostenido la jurisprudencia, es ajeno a toda cuestión fáctica. Atribuye al sentenciador la comisión de error de hecho y de derecho respecto a unas mismas pruebas, cuando este se comete en relación con la prueba solemne y aquel resulta de la falta de apreciaciones o de la apreciación errónea de la que no lo es, y la misma prueba no puede ser simultáneamente solemne y no solemne. Refiriéndose al documento en que consta el contrato sobre prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes, dice que el Tribunal no lo apreció, cuando este no sólo lo tuvo en cuenta, sino que transcribió lo pertinente de sus cláusulas. Por último, señala como violadas normas que se refieren a la prescripción de las acciones, y a la aplicación de las reglas del mandato a cierta clase de servicios, las cuales, como ya se dijo al estudiar el primer cargo, no son suficientes para abrir la puerta del recurso de casación, y normas sobre valoración de pruebas, que por sí solas no bastan para producir el quebrantamiento de la sentencia, pues para ello es necesario que se las relacione, como infracción de medio, con normas que consagren, extingan o modifiquen los derechos que se discuten.

No ajustándose el cargo al rigorismo del recurso extraordinario, no es admisible y en consecuencia se rechaza.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Costas del recurso a cargo del recurrente.

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.

DOCUMENTO AUTENTICO

Para que la no estimación de un documento auténtico (a que la ley 16 de 1968 dejó reducido el error de hecho en este recurso extraordinario), pueda servir para casar una sentencia, es necesario que se presente con tal fuerza de convicción, que desquicie todos los demás soportes de hecho en que el Tribunal fundó su fallo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., octubre diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Aprobación: Acta No. 49).

La Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A., por procurador judicial, demandó a Rogelio Villamizar Jaramillo ante el Juzgado Segundo Laboral Municipal de Cali, en solicitud de que, "previos los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía se le condene a pagar a la sociedad que represento, tres días después de ejecutoriada la sentencia, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se especifican:

"a) La suma de *Diez mil pesos* ($ 10.000.00) por concepto del preaviso que para la terminación de su contrato de trabajo estaba en la obligación de suministrar al señor *Rogelio Villamizar Jaramillo.*

"b) La suma de *dos mil doscientos cincuenta pesos con cinco centavos* ($ 2.250.05) por concepto del mayor valor del auxilio de cesantía que el señor *Rogelio Villamizar Jaramillo* se pagó a sí mismo por tiempo posterior a la terminación de su contrato de trabajo.

"c) La suma de *dos mil doscientos cincuenta pesos con cinco centavos* ($ 2.250.05) por concepto de prima de servicio proporcional correspondiente a un tiempo de servicios posterior a la terminación de su contrato.

"d) La suma de *Cuarenta y cinco mil novecientos noventa y nueve pesos con cincuenta y cinco centavos* ($ 45.999.55) correspondientes a la indemnización de 138 días que se autopagó el señor *Rogelio Villamizar Jaramillo* pese a haber terminado él mismo su contrato.

"e) La suma de (la que resulte probada) por concepto de costas del presente juicio incluyendo las agencias en derecho".

Como hechos fundamentales de la acción afirmó que el demandado estuvo ligado con la sociedad demandante por contrato de trabajo como su Gerente, desde el 1o. de julio de 1962 hasta el 31 de diciembre de 1967, "fecha esta última en la cual se retiró voluntariamente de su cargo"; que aquel, para terminar su contrato, "no suministró a la sociedad Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A. el preaviso de 30 días que estaba obligado a suministrar"; que "no obstante haber prestado sus servicios el señor Rogelio Villamizar Jaramillo hasta el día 31 de diciembre de 1967, en el momento de retirarse se hizo una liquidación en la cual aparece recibiendo auxilio de cesantía y prima de servicios hasta el día marzo 22 de 1968, al igual que reconociéndose una indemnización de 'ciento treinta y ocho días de acuerdo con el art. 8o. del D. L. 2351/65', todo ello por un valor de $ 50.499.65, suma esta que el señor Rogelio Villamizar Jaramillo está en la obligación de reintegrar a la Compañía de Maderas Compensadas S. A., al igual que el valor correspondiente al preaviso de 30 días que estaba en la obligación de suministrar".

El demandado respondió el libelo sosteniendo que "no es cierto que se hubiese retirado voluntariamente de su cargo"; que no dio el preaviso por terminación del contrato laboral "por cuanto su retiro no fue voluntario, ni intempestivo", y, que la liquidación de las prestaciones sociales e indemnización, cuyo reintegro se solicita, fue practicada "por el Departamento de Contabilidad con la aprobación de la Auditoría de la Empresa", sin que el demandado hubiera intervenido en tal liquidación la que "se efectuó por los funciona-

rios de la Empresa a quienes de acuerdo con la organización de la misma, les corresponde".

Terminado el juicio, fue desatado por el *a quo*, mediante sentencia de 25 de octubre de 1968, cuya parte resolutiva es como sigue:

"1o. Condenar al doctor *Rogelio Villamizar Jaramillo*, domiciliado en esta ciudad y portador de la cédula de ciudadanía No. 2.058.591 de El Centro —Barrancabermeja—, a pagar a la sociedad '*Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A. —Codemaco—*', domiciliada en esta ciudad y representada por el Dr. *Alfredo Domíguez* o por quien haga sus veces, tres (3) días después de ejecutoriada esta providencia, las siguientes sumas por conceptos de indemnizaciones y prestaciones sociales no causadas:

"a) Por concepto de cesantía liquidada sobre tiempo posterior a la terminación del contrato de trabajo, la suma de. . . . $ 2.250.05

"b) Por prima de servicios proporcional al mismo tiempo, la suma de. . . . . $ 2.250.05

"c) Por concepto de una indemnización no motivada por rompimiento unilateral del contrato de trabajo, la suma de. . . . . $ 45.999.55
TOTAL A PAGAR. . . . . $ 50.499.65

Son: cincuenta mil cuatrocientos noventa y nueve pesos con sesenta y cinco centavos moneda corriente ($ 50.499.65).

"2o. Absolver al doctor *Rogelio Villamizar Jaramillo* del cargo relacionado con la obligación de reconocer a la empresa '*Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A. —Codemaco—*' el valor de un mes de salario por falta de preaviso.

"3o. Con costas parciales a cargo de la parte demandada".

Apelada por ambas partes la sentencia antedicha, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la suya de 24 de abril del año en curso, la confirmó en su totalidad.

El demandado recurrió entonces en Casación ante esta Sala de la Corte, y, mediante apoderado, plantó la demanda respectiva, oportunamente replicada por la demandante y con la que pretende que, casada la del Tribunal, la Corte, en función de instancia, revoque la del Juzgado y absuelva a Villamizar Jaramillo de los cargos formulados en el libelo inicial del juicio.

Para conseguir este fin formula dos cargos, que se estudiarán en su orden, así como las argumentaciones de la parte opositora.

Dice el primero:

"Como consecuencia es este claro error de hecho en que incurrió el Tribunal de Cali, violó los arts. 249 y 306 del C. S. del T. y 6o., ord. b) y 8o. del Decr. Ley No. 2351 de 1965, sobre los derechos de cesantía, prima de servicios e indemnización por despido del trabajador por la Empresa, por aplicación indebida, y así acuso ese fallo dentro de la causal primera de casación del art. 60 del D. L. 528 de 1964, por cuanto el Tribunal dio por probada la terminación del contrato de trabajo del Dr. Rogelio Villamizar J. con la Empresa demandante, 'por mutuo consentimiento' de las partes, lo que manifiestamente no ha ocurrido, y sobre la base tan inexacta o falsa aplicó dichas disposiciones legales —de modo indebido— a hecho inexistente, por lo cual concluyó confirmando el fallo del inferior que negó al Dr. Villamizar —mi mandante— el derecho a prestaciones e indemnizaciones sociales que le reconocen las normas legales citadas".

Para sustentar la censura afirma el casacionista que el Tribunal "se basó en la estimación de tres actas de la Junta Directiva de la Empresa demandante, las números 188, 194 y 195 de julio 5, diciembre 15 y diciembre 20, todas de 1967, y que figuran incluidas en la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado del conocimiento, el 26 de agosto de 1968, a los libros y documentos de la empresa actora (fls. 72 a 75 del cuaderno 1o.); pero no cita ni tiene en cuenta, ni menciona siquiera el Tribunal el Acta No. 196 de enero 3 de 1968, de la Junta Directiva de la Empresa citada, incluida en la misma diligencia de Inspección Ocular de 26 de agosto de 1968, expresada (fs. 74 del cuaderno 1o.) y que consta también en el Certificado No. 138.272 de 25 de junio de 1968 de la Cámara de Comercio de Cali (fs. 48 a 49 del cdno. 1o.), acta de la que se lee lo que sigue: 'En el punto 1o. del orden del día se constata lo siguiente: '1o. La Junta Directiva de 'Codemaco' en su primera reunión de mil novecientos sesenta y ocho (1968), considerando: 1. *Que el día treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), vencieron los contratos con el Dr. Rogelio Villamizar J.* y con la entidad que él representa Visocontrol Ltda. *para desempeñar la Gerencia de esta Empresa*" (subrayo).

"Esta Acta No. 196, en el aparte transcrito,

está diciendo cómo la Junta Directiva de la Empresa actora habla de la terminación del contrato de trabajo con el demandado Dr. Rogelio Villamizar J. *por expiración del plazo* el 31 de diciembre de 1967, o sea, que la misma Empresa demandante excluye así la tesis de la terminación de ese contrato 'por mutuo consentimiento', como le dio por inventar al Tribunal de Cali, sin fundamento lógico, contra la evidencia de las tesis iniciales de ambas partes —tanto de la demanda como de la respuesta— y contra las pruebas mismas del proceso.

"Al dejar de estimar esta Acta o prueba fundamental, el Tribunal de Cali incurrió en error de hecho evidente en los autos, como lo dejo demostrado fehacientemente, pues por no apreciarla llegó a la conclusión equivocada —en forma manifiesta— acerca de la causal o motivo de la terminación del contrato de trabajo existente entre las partes. De esa Acta, no mencionada siquiera por el fallador de segunda instancia, se deduce claramente que la misma parte actora estimó que el referido contrato había terminado 'el 31 de diciembre de 1967' y por expiración del plazo de duración. Pero el Tribunal, por fuera o al margen de las mismas causales o motivos expuestos por las partes —en la demanda y en la respuesta— de que había terminado por 'retiro voluntario', la primera, y 'por despido', la segunda— se puso a inventar una causal o motivo no mencionado por ninguna de las partes, sin asidero probatorio, y, por el contrario, nunca invocada por los propios litigantes, ni mencionada por nadie en el proceso, ni alegada, ni menos demostrada, como la peregrina de que había terminado el contrato 'por mutuo consentimiento'!!!!! Por eso que su error de hecho sea evidente, manifiesto, ostensible en los autos".

Arguye el opositor que el acta a que el impugnante se refiere sí "fue apreciada por el sentenciador", en cuanto que este confirmó en todas sus partes el fallo del *a quo*, prohijándolo, por tanto, y en este, "aparece invocada el acta 196 (fls. 102). Agrega que "además, en la misma sentencia acusada se alude a ella cuando se habla genéricamente de 'las actas de la Junta Directiva' y se cita el fl. en que corre (fls. 73, 74)". Sostiene, por otra parte, que "si no hubiera sido apreciada dicha acta, transcrita en la diligencia de inspección ocular, no se trataría de un documento "auténtico', para efectos de casación" y que, por último, ella es "posterior a la terminación del contrato de trabajo y nada puede probar respecto de las circunstancias que rodearon la extinción del vínculo, ni de los motivos del rompimiento, ni de la causal invocada oportunamente...".

La Sala, para resolver, considera:

Para que la no estimación de un documento auténtico (a que la ley 16 de 1968 dejó reducido el error de hecho en este recurso extraordinario), pueda servir para casar una sentencia, es necesario que se presente con tal fuerza de convicción, que desquicie todos los demás soportes de hecho en que el Tribunal fundó su fallo; si el no valorado tiene igual o semejante valor probatorio al de los otros medios apreciados por el fallador, es obvio que el pasado por alto, no puede inducir a configurar error manifiesto o evidente en la sentencia. No basta, pues, que haya dejado de apreciarse un documento auténtico; es preciso, además, que posea virtualidad suficiente para fundamentar una conclusión contraria a la que llegó el juzgador por la observación de otras pruebas del proceso con prescindencia de tal documento, es decir, que sea este de tal naturaleza que, de haberlo analizado, el fallo hubiese contenido una decisión distinta.

Y no ocurre esto en el caso a estudio, pues si el acta que se dice no tenida en cuenta habla de expiración del plazo del contrato de trabajo con el demandado, las otras tres actas no aluden para nada a este fenómeno y en ellas aparecen acuerdos mutuos entre Villamizar Jaramillo y la Junta Directiva de la empresa para aceptar que este fuera al mismo tiempo que su Gerente, Jefe de Valorización del Municipio de Cali; y para estudiar la posibilidad de que aquel prestara sus servicios a la sociedad en una asesoría técnica, al no poder desempeñar la Gerencia como empleado de tiempo completo. De aquí dedujo el Tribunal que el retiro del demandado se produjo por acuerdo mutuo entre las partes, sin que esta conclusión, basada en esas tres actas, comporte error de hecho manifiesto o evidente al confrontarla con la que se afirma no estimada y que habla de retiro por expiración del plazo del contrato.

Y es que, además, aun cuando esta última hubiese sido realmente la causal de retiro, tampoco se modificaría la parte resolutiva de la sentencia, pues el acta que se dice no fue tenida en cuenta, afirma que *"el día 31 de diciembre de 1967* (subraya la Sala) vencieron los contratos con el Dr. Rogelio Villamizar J. y con la entidad que él representa, Visocontrol Ltda., para desempeñar la Gerencia de es-

ta Empresa" y la condena por reintegro de auxilio de cesantía y de la prima de servicios se refiere a un lapso posterior a esa fecha, de enero al 22 de marzo de 1968, durante el cual el demandado no desempeñó el mencionado cargo, sea que su retiro hubiese sido voluntario o por mutuo acuerdo o por expiración del plazo fijado en el contrato. Para este efecto en nada influye la causa de terminación del vínculo, pues, como sostiene la sentencia acusada, "indiscutiblemente el contrato de trabajo duró hasta el 31 de diciembre de 1967 (lo que, anota la Sala, confirma el acta que se indica como no apreciada). Y si la prestación del servicio fue hasta esa fecha, no se ve ninguna razón jurídica o fundamental para que el Dr. Villamizar Jaramillo en su calidad de Gerente de la mencionada Empresa hubiera ordenado se le liquidara su cesantía proporcional de enero al 22 de marzo de 1968 por la cantidad de $ 2.250.05, y en igual forma la prima de servicios proporcional en el mismo lapso y por igual cantidad de dinero ($ 2.250.05)...".

Igual cosa sucede con la indemnización cuyo reintegro ordena la sentencia, ya que si el motivo de retiro del demandado fue la expiración del plazo del contrato celebrado entre las partes, como sostiene el casacionista con base en el acta que juzga no apreciada, tampoco habría lugar a la indemnización que se le pagó y que corresponde a rompimiento del contrato sin justa causa, la que no se tipifica cuando el trabajador sale por vencimiento del término para el cual fue contratado.

En conclusión; aún aceptando que el Tribunal hubiese incurrido en error manifiesto o evidente al dar como motivo de retiro del demandado el mutuo consentimiento, y que a ello lo indujo la falta de apreciación del acta número 196, es lo cierto que tal error no incidiría en la parte resolutiva de la sentencia, pues, como se explicó, el reintegro del auxilio de cesantía y de la prima de servicios pagados por lapso posterior al 31 de diciembre de 1967, son ajenos a tal motivo de finalización del vínculo; y la indemnización cubierta al demandado también carecería de justificación, aunque el retiro se debiera a extinción del plazo fijado en el contrato y no a común acuerdo de las partes.

En consecuencia, no prospera el cargo.

El segundo es del tenor siguiente:

"El Tribunal de Cali, violó, con su sentencia recurrida, el art. 26 de la Constitución Nacional porque condenó a mi representado, Dr. Rogelio Villamizar J., con base en un hecho sustancial no invocado en la demanda ni alegado en ningún momento en el juicio, o sea, que resultó así condenado el Dr. Villamizar sin ser oído y vencido en juicio sobre ese particular, con lo que el quebrantamiento de dicha norma constitucional y legal aparece evidente y de modo directo por cuanto negó un derecho consagrado por esa norma y esta acusación la formulo dentro de la causal 1a. del art. 60 del D. L. 528 de 1964. Como consecuencia de esta infracción, el Tribunal de Cali violó también por aplicación indebida a hecho inexistente, los arts. 249 y 306 del C. S. T. y 6o. ord. b) y 8o. del D. L. 2351 de 1965, sobre los derechos de cesantía, prima de servicios e indemnización por despido del trabajador vinculado a un patrono o empresa por contrato de trabajo, por cuanto el Tribunal dio por probada la terminación del contrato de trabajo, del Dr. Rogelio Villamizar J. con la Empresa demandante, "por mutuo consentimiento' de las partes, causal no invocada ni alegada en las instancias y sobre base tan extraña al juicio y, además, inexacta o falsa aplicó dichas disposiciones legales —de modo indebido— a hecho ajeno al juicio e inexistente, por lo cual concluyó confirmando el fallo del inferior que negó al Dr. Villamizar —mi mandante— el derecho a prestaciones e indemnizaciones sociales que le reconocen las normas legales citadas".

Sustenta el cargo diciendo que "la litis se trabó acerca de dos tesis opuestas, planteadas desde un principio por cada una de las partes. El actor... afirmó en su demanda (hecho 2o.) que el demandado, Dr. Rogelio Villamizar J., se retiró voluntariamente del cargo de Gerente... A su vez este, asevera que fue despedido injusta e ilegalmente por la Empresa demandante".

Procede luego a hacer un análisis de lo que es la demanda y su respuesta y a citar varias jurisprudencias de la Sala de Casación Civil de esta Corte sobre la fijación de los términos de la litis por aquellos dos actos procesales, para concluir diciendo:

"Pues bien: a pesar de que el actor en su demanda (hecho 2o.) basó su acción en el hecho fundamental de que el demandado Dr. Villamizar se había retirado voluntariamente de su cargo de Gerente, o sea, que la causa petendi fue esa: *el retiro voluntario* del demandado, el Tribunal en su fallo recurrido se apartó de esa pauta obligatoria y dio una absolución

con fundamento en los hechos no alegados en la demanda ni en el curso del juicio, como son los de que el contrato de trabajo entre las partes terminó 'por acuerdo mutuo' de ellas, causal o motivo no invocado en el libelo inicial ni alegado en momento alguno de la litis.

"Este motivo de la terminación del contrato por 'acuerdo mutuo' no fue discutido en las instancias, por lo cual, conforme a la justiciera tesis de la Corte, reiterada según se vio, equivale a que el Tribunal de Cali haya fallado condenando a mi representado sin haber sido oído al respecto ni vencido en juicio sobre ese particular.

Se apartó, pues, el Tribunal de Cali, en su sentencia recurrida, en forma ostensible, de la demanda inicial del juicio, con grave perjuicio para el demandado Villamizar J., a quien represento, porque resultó así vencido sin haber oído acerca de la extraña conclusión o base sustancial del fallo del Tribunal".

Arguye el opositor que en materia laboral no es tan rigurosa, como en la civil, "la conexidad de fallo con los 'hechos' afirmados en la demanda, por lo cual la jurisprudencia civil sobre la materia no es aplicable estrictamente en nuestro campo". Dice, de otro lado, que nuestra legislación laboral ni instituye "el retiro voluntario", como causal de terminación de un contrato, pues "cuando el trabajador renuncia, el contrato no termina; cuando se le acepta la renuncia, termina el contrato por mutuo consentimiento, aunque el lenguaje común se hable de 'retiro voluntario'. De aquí concluye que "no hay ninguna antinomia entre el hecho afirmado en la demanda (retiro voluntario) y la declaración de la sentencia ('mutuo consentimiento'); a lo sumo habría una interpretación equivocada de la demanda".

La Sala considera:

De acuerdo con lo explicable al estudiar la primera censura, la causal de extinción del contrato de trabajo del demandado en cosa alguna influye sobre la condenación al reintegro de lo pagado en exceso por auxilio de cesantía y prima de servicio; desde este punto de vista, es, por tanto, inaceptable este segundo cargo.

En cuanto a la devolución del valor de la indemnización por despido injusto, que el demandado se hizo pagar antes de retirarse de la Gerencia de la empresa actora, no halla la Sala que el Tribunal hubiese quebrantado el art. 26 de la C. N. por haber considerado en la parte motiva de su sentencia que el contrato terminó "por mutuo consentimiento de las partes" y no "por retiro voluntario", como afirma la demanda, pues aquella norma dice relación con el derecho de defensa, no vulnerado en el presente negocio en el que se siguieron las formas propias del juicio laboral en ambas instancias y las dos partes estuvieron correctamente representadas por sus respectivos procuradores judiciales.

De otro lado, y aceptando en gracia de discusión que son causales que se contradicen y excluyen el mutuo consentimiento y el retiro voluntario, es evidente que en asuntos del trabajo el *a quo* (el Tribunal se limita a confirmar su sentencia) no está sometido al mismo rigor formal del juicio civil, por lo cual puede fallar *ultra* y *extrapetita* y desechar la verdad aparente que consta en prueba escrita para atenerse a la realidad del acto o contrato, establecida por otros medios probatorios. Y, por esta razón, en asuntos civiles existe la causal 2a. de casación contra la sentencia que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, causal que no tiene cabida en el juicio laboral, y que sería la que se configuraría, si la tesis del casacionista fuera aceptable.

No apareciendo infringido, pues, el art. 26 de la Carta, como el impugnante pretende, el cargo no puede prosperar.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

Ponente: Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández.

(Aprobación: Acta No. 77).

Luis Carlos Berrocal Lobo, por medio de apoderado, demandó a *Miguel Rosendo Garcés Cabrales* para que este fuese condenado a pagarle "como remuneración por concepto de su trabajo en la prestación de los servicios a que adelante me referiré, la suma que fuere usual por esta clase de servicios, o la que se determine por medio de peritazgo", los gastos y las costas del juicio.

La demanda refiere estos hechos:

Durante unos doce años continuos, desde fines de 1946 hasta septiembre de 1958, Luis Carlos Berrocal Lobo prestó al demandado servicios profesionales como su médico personal. En septiembre u octubre de 1946 le diagnosticó una "osteitis de la tabla externa del vertex", y debido a la gravedad del mal, por su origen, le indicó la conveniencia de someterse, en Bogotá, a un examen del médico Alfonso Uribe Uribe, para que este confirmara el diagnóstico y le prescribiera un tratamiento. Para el efecto, en la calidad ya señalada, lo acompañó a dicha ciudad, donde el Dr. Uribe Uribe le hizo el examen solicitado y, luego de los análisis de laboratorio y radiografías, confirmó el diagnóstico y le prescribió un largo tratamiento, el cual debía ser controlado periódicamente en sus resultados. En la misma ciudad, el demandante comenzó a practicarle al demandado el tratamiento prescrito y a controlar sus efectos, y continuó en esa asistencia médica y en la que requirieron otras enfermedades, en forma continua, inclusive acompañándolo varias veces a Bogotá, Medellín y Cartagena a exámenes de especialistas, hasta septiembre de 1958, en que terminaron estas relaciones profesionales.

Además, durante el mismo lapso, Berrocal fue también médico de la madre del demandado, por cuenta de este, lo mismo que de sus hijos y de otros familiares. Como médico de dicha señora la acompañó en un viaje de salud a Medellín donde permaneció con ella varios meses, durante los cuales estuvo hospitalizada y sometida a tratamiento. De la misma manera, en el mencionado lapso, y por cuenta del demandado, fue médico de los trabajadores que este ocupaba en sus haciendas y negocios, prescribiéndoles tratamientos y operando, a varios de ellos, en establecimientos hospitalarios de Montería.

No fijaron las partes la remuneración por los servicios a que se refieren los hechos anteriores. Convinieron que aquella se determinaría después de algunos años de asistencia médica y que a cuenta de esta, el demandado compraría una casa de habitación para el demandante, lo que no se efectuó.

A principios de 1959, el actor pasó al demandado una cuenta de $ 150.000.00 de acuerdo con la duración, importancia, cantidad y calidad de los servicios, y como no fue cancelada, los apoderados de las partes, por medio de cartas y en conversaciones directas buscaron, pero infructuosamente, la conciliación.

Observa el apoderado del demandante que Garcés sirvió como fiador de Berrocal en una obligación que este contrajo con el Banco de Bogotá por la suma de $ 3.500.00 la cual fue cancelada antes de su vencimiento por el fiador, quien le explicó al obligado que ese valor se imputaría a honorarios. De ahí que esta cantidad deba descontarse del monto a que ascienda la condenación.

Invoca como fundamentos de derecho el artículo 17 de la Constitución Nacional, los arts. 1494, 2054, 2063, 2069, 2144, 2184, art. 3o. y concordantes del C. C., Ley 153 de 1887, art. 4o. y concordantes, art. 9o. del C. S. T. art. 74 y ss. del C. P. del T. y Decreto Extraordinario 0456 de 1956.

El apoderado de la parte demandada contestó la demanda manifestando que el doctor Be-

rrocal acompañó a Garcés a Bogotá en la ocasión aludida en el libelo, pero como amigo y no en el carácter de médico personal. Que el doctor Alfonso Uribe Uribe le hizo a Garcés un examen médico y mediante análisis de laboratorio y radiografías diagnosticó la enfermedad que sufría, sin tener en cuenta el criterio o concepto del Dr. Berrocal.

Admite, el mismo apoderado, la posibilidad de que Berrocal le hubiese aplicado inyecciones a Garcés y formulado algunas medicinas, pero no como su médico personal, permanente y exclusivo.

Acepta que el demandante acompañó al demandado en viajes a algunas ciudades del país, también como amigo y no en calidad de médico personal. Y que igualmente, como amigo de la familia, acompañó a la madre del demandado en viaje que esta hizo a Medellín, pues el doctor Alejandro Kerguelen fue quien la asistió en esa ocasión como médico de cabecera.

Agrega que Berrocal pudo, accidentalmente, tratar a algunos de los trabajadores de Garcés, pero no como médico permanente de ellos y que esos servicios debieron ser pagados por los mismos pacientes. Que es cierto que Berrocal pasó a Garcés la cuenta de honorarios, a que se refiere la demanda, la cual fue rechazada por las razones que se han expuesto, y es cierto lo relativo al cruce de cartas y a las conversaciones encaminadas a un arreglo formal del asunto.

Concluye el apoderado expresando que su mandante no le debe al actor suma alguna por concepto de honorarios como médico personal, exclusivo y permanente, pues sabiendo Garcés que Berrocal aún no estaba graduado, buscó la intervención y el examen de facultativos expertos y especializados, ya que así se lo permitía su posición económica.

En la primera audiencia de trámite, el mismo apoderado propuso las excepciones de prescripción, compensación, falta de legitimación pasiva de la parte demandada, falta de legitimación activa de la parte demandante y causa ilícita.

En el fallo de primera instancia, pronunciado por el Juez Unico del Trabajo de Montería, Miguel Rosendo fue condenado a pagar $ 53.309.45 por honorarios profesionales y las costas.

Apelaron los apoderados de las partes y el Tribunal Superior de Montería, en providencia del 17 de marzo de 1964, reformó la de primer grado elevando la condenación por honorarios profesionales a la suma de $ 115.200.00. Confirmó en cuanto a las costas y absolvió de estas en la segunda instancia.

Los mismos apoderados interpusieron el recurso de casación el cual les fue concedido y, tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir el de la parte demandada. El de la demandante fue declarado desierto por no haberlo sustentado dentro del término legal. Hubo escrito de oposición.

Manifiesta el casacionista que la finalidad del recurso es la de obtener la casación del fallo recurrido, en la forma que comentará al exponer cada cargo.

Primero: Acusa la sentencia por violación directa del art. 26 de la C. N., en relación con los arts. 28 y 50 del C. de P. del T. y en conexión con los arts. 22, 23, 27, 57 (ord. 4o) y 142 del C. S. del T. que también fueron violados por el mismo concepto y a causa de aplicación indebida en el caso de autos.

Manifiesta el casacionista que por virtud de una excéntrica decisión del Tribunal de Montería, un individuo demandado ante la justicia especial del Trabajo, con apoyo en la competencia que le asigna el Decr. 456 de 1956, para el pago de honorarios profesionales de carácter privado y sobre la base de las prescripciones de los arts. 2063 y siguientes del C. C., que regulan lo relativo a prestación de servicios inmateriales, resultó súbitamente condenado en segunda instancia por obligaciones derivadas de un contrato de trabajo y con aplicación de normas del C. S. L., o sea, que "un fallador de segunda instancia se abroga la facultad de cambiar el título y naturaleza de la acción, llevándose de calle elementales principios y garantías constitucionales y legales sobre proceso y *juzgamiento*, que son de aplicación universal, para proferir una condena que tiene una razón de ser y una naturaleza jurídica distinta a la pretendida por el propio demandante".

Según la acusación, no cabe duda acerca de la índole de la acción ejercitada por el demandante y sobre qué bases se trabó la litis contestación y se constituyó la relación procesal, pues en la demanda inicial del litigio se expresó claramente que la acción se instauraba para obtener pago de servicios profesionales de carácter privado con fundamento en los arts. 1494, 2054, 2063, 2069, 2144, 2184, ord. 3o. y

concordantes del C. C., que tratan sobre arrendamiento o prestación de servicios independientes de profesionales, técnicos y similares; del art. 4o. de la Ley 153 de 1887, que sólo trata de la aplicación de los principios del derecho natural y de las reglas de jurisprudencia, en relación con el art. 9o. del C. S. T. que sólo se refiere a que el trabajo en general goza de la especial protección del Estado, en la forma prevista en la C. N. y las Leyes.

Es notorio —continúa el cargo— que en virtud de lo dispuesto por el Decr. 456 de 1956, se promovió ante la justicia laboral una acción de naturaleza civil cuya causa petendi era la prestación de servicios inmateriales o profesionales de carácter independiente, y que el demandado, con base en esa acción, asumió su posición de contraparte y ejercitó su derecho de defensa en relación con ella, y que el fallo de primera instancia, aunque claramente injusto, se profirió sobre la base de aquella acción y de aquella relación procesal. Pero el Tribunal resolvió variar el título y naturaleza de la acción y condenar no con base en las disposiciones arriba citadas, sino con fundamento en preceptos del C. S. del T. y con pretexto de una relación laboral sobre la cual no se trató el debate judicial.

Cita, en apoyo de su planteamiento, algunos antecedentes jurisprudenciales y se refiere al contenido y alcance de las normas, que considera violadas por el *ad quem*. Finalmente, expresa que la Sala podría verse obligada a analizar la cuestión debatida dentro del ámbito propio de la controversia, evento para el cual el fallo debe ser absolutorio con base en la defensa y excepciones oportunamente propuestas contra las pretensiones del actor.

En efecto —prosigue el ataque— no se probó la prestación de servicios profesionales en forma continua e ininterrumpida con motivo de una sola enfermedad, puesto que de la propia demanda inicial del litigio y de las otras pruebas del proceso se desprende que el demandante alega haber prestado servicios al demandado con motivo de enfermedades distintas, lo que, de ser cierto, daría lugar al reconocimiento de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta, por lo menos en el período anterior en tres años a la fecha de la formulación de la cuenta, conforme al art. 2542 del C. C.

Los servicios médicos que se dicen prestados por el demandante fueron pagados oportunamente o compensados por Garcés, y aquel sólo terminó definitivamente sus estudios de medicina en la Universidad de Antioquia el 20 de abril de 1956. De ahí que el ejercicio profesional anterior del demandante no era legítimo, al tenor de los artículos 1o., 2o. y concordantes de la Ley 67 de 1935, por medio de la cual se reglamentó en Colombia el ejercicio de la medicina y la cirugía.

Se considera:

Los pasajes pertinentes de la sentencia recurrida son los siguientes:

"Según el art. 22 del C. S. del T., 'Contrato de trabajo es quel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración'.

"Según la definición del art. transcrito el contrato de trabajo para que exista, si es verbal deberá tener estas condiciones: 'prestación personal del servicio, la dependencia del trabajador respecto al patrono y el pago de una remuneración'. Veamos si estas condiciones están acreditadas en el expediente. El demandante afirma que prestó sus servicios al demandado durante un lapso de doce (12) años, bajo la dependencia del demandado y que la remuneración sería determinada posteriormente. El hecho primero, está aceptado por el demandado, la dependencia del demandante al demandado en la prestación de sus servicios, está igualmente demostrada en este expediente. Tratando del segundo elemento indispensable para que exista el contrato de trabajo, el art. 24 del C. S. del T. establece la presunción 'que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo', presunción que debía desbaratar el demandado y que no lo hizo, pues como presunción es susceptible de probarse lo contrario. En el expediente como se ha dicho, la mayoría de los testigos afirman que el doctor Berrocal estaba bajo la dependencia de Garcés para prestar sus servicios, no solamente a él sino a sus familiares y empleados y que así, cuando se requerían sus servicios, lo buscaban donde estuviera para que los prestara. A este respecto ha dicho la Corte: 'No se puede exigir que los testigos hayan de pronunciarse necesariamente sobre la existencia del elemento subordinación, en la relación laboral, porque equivaldría a desconocer la presunción establecida en el art. 24 del C. S. del T., ya que si fuere necesario demostrar todos los elementos del

contrato, no existiría tal presunción. Demostrado el servicio personal mediante una remuneración, corresponde al demandado demostrar que el trabajo no era subordinado, para que pueda concluirse en su favor que no existió contrato laboral'. La misma Corte sostuvo nuevamente: 'Si para configurarse la existencia de un contrato de trabajo, fuere indispensable la demostración plena de los tres elementos o requisitos fundamentales señalados por el art. 23 del C. S. del T., ello significará que la norma del art. 24 ibídem, que presume que toda relación de trabajo personal, está regido por un contrato de trabajo, sería inoperante e inocuo. Por el contrario, con la demostración del servicio, se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general, producir la prueba de la subordinación tal como lo han entendido en reiterada jurisprudencia, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo, como esta Sala de la Corte'.

"De manera, pues, que habiendo aceptado la parte demandada la prestación de servicios médicos de Berrocal a Garcés, su madre, familiares y trabajadores, en forma que él califica de esporádica, pero que está plenamente probado que fueron servicios repetidos con bastante frecuencia durante todo el tiempo transcurrido desde 1946 a 1958. De manera que esta repetición de servicios prestados por el demandante al demandado, en un lapso más o menos largo, pone en evidencia el principio de subordinación, suficiente para dar por probado el contrato de trabajo. Este es el mismo criterio de la Corte. De manera que estando probado que Berrocal acompañó repetidamente a Garcés en los distintos viajes que este hizo, por motivo de salud a someterse al cuidado de especialistas; que Berrocal presenciaba todos los exámenes y que hasta se internó en su finca de Currayao por algún tiempo, abandonando su consultorio, de Montería, para aplicar a Garcés un tratamiento; que Berrocal atendió en múltiples ocasiones a la madre de Garcés, la acompañó a Medellín a un tratamiento que se hizo en dicha ciudad; que Berrocal atendió como médico a varios trabajadores de Garcés y a otros familiares; todos estos son indicios que llevan a la condición que el demandante estuvo en todo tiempo, dispuesto a prestar sus servicios de médico, cuando se lo exigía Garcés; que estos servicios se prestaron efectivamente y que Garcés se aprovechó de ellos, está demostrado todo ello que sí había la dependencia del demandante al demandado.

"Pasando ahora al tercer elemento constitutivo del contrato de trabajo que es la remuneración, se deja sentado que no es indispensable para que este tercer elemento se configure en que haya sido previamente acordado por las partes, ya que el art. 144 del C. S. del T., estatuye, que 'cuando no se haya pactado expresamente el salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de esto, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la actitud del trabajador y las condiciones usuales de la región".

"Además los arts. 27 y 142 del mismo Código, expresan que el trabajo dependiente da derecho a su remuneración, y que el salario no se puede renunciar. Sin embargo de que la doctrina y la jurisprudencia han creado una excepción, la de que el trabajador puede no exigir remuneración por cuestiones de altruísmo, parentesco o amistad.

"La sola amistad existente entre las partes contratantes, no descarta la satisfacción de las contraprestaciones que emanen de los contratos entre ellos celebrados. Hay que estudiar si entre los contratantes ha existido o no ánimo de lucro. Si no existe tal ánimo, cabe perfectamente la excepción, en cambio, si existe, hay que decretarla aunque se compruebe la amistad íntima entre las partes, ya que esta puede sufir (sic) dentro del trato permanente que las partes deben tener por virtud del contrato celebrado.

"El ánimo de lucro por parte del demandante, lo explica en el hecho once de la demanda, expresando que ellos se fijarían después de algunos años de servicios, para que el demandante contara con dinero para comprar su casa de habitación. Esta explicación tiene respaldo probatorio en los autos, ya que Garcés entregó a Berrocal un cheque para comprar tal casa, lo que no se llevó a efecto porque el posible vendedor se retractó del contrato y el cheque no fue cobrado por la misma razón antes apuntada. El mismo demandado propuso la excepción de pago llevando con ello al ánimo del juzgador la convicción de que en el ánimo del demandante sí existía el ánimo de lucrar sus servicios médicos prestados al demandado.

"Establecidos los elementos que requieren los arts. 22 y 23 del C. S. del T., se llega a la conclusión de que sí existió el contrato de trabajo, aun cuando el demandante lo calificara de otra manera...".

Como se ve, después de una valoración de

los elementos probatorios, el Tribunal concluye que entre las partes existió un contrato de trabajo, pues concurre a tipificarlo el servicio personal que el demandante, como médico, le prestó al demandado durante varios años. Este criterio, a juicio del acusador, no está en consonancia con la índole de la acción ejercitada, porque en la demanda inicial se expresó claramente el propósito de obtener pago de servicios profesionales de carácter privado con apoyo en normas del C. C., base sobre la cual se trabó la litis contestación y se constituyó la relación jurídica procesal.

Tal planteamiento indica que para averiguar la verdad de las afirmaciones que en él hace el casacionista, es necesario el estudio de la demanda y su respuesta. A las que se alude como soporte de la censura, dándoles en esa forma el carácter de medios probatorios, y confrontarlas con las conclusiones doctrinarias adoptadas por el Tribunal. Es decir, que el ataque presenta una cuestión de facto que sería necesario estudiar a través de las constancias procesales, a fin de saber si el sentenciador incurrió en error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, examen que resulta inadmisible dentro del concepto de violación directa que alega el acusador. Por tanto, el ataque se rechaza.

Segundo cargo.- Acusa la sentencia por ser indirectamente violatoria, por aplicación indebida, de los arts 22, 23, 24, 27, 57, ord. 4o. y 142 del C. S. del T., a causa de errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, y por consecuencia de indebida apreciación de unas pruebas y de falta de apreciación de otras.

Afirma el casacionista, en la demostración de la censura, que son ostensibles los siguientes errores de hecho en que incurrió el Tribunal al pronunciar la condena con base en el supuesto de una relación obrero-patronal entre las partes:

"a) Dar por probado, contra todas las evidencias procesales, que entre el señor Miguel Rosendo Garcés y el doctor Luis Carlos Berrocal existió un contrato de trabajo en virtud del cual el primero hizo las veces de patrono y el segundo las de trabajador o empleado dependiente;

b) Dar por probado, contra lo que evidencian las pruebas del juicio, una permanente subordinación o dependencia del doctor Berrocal al señor Cabrales (sic) y que ella se sostuvo en forma ininterrumpida a través de doce años comprendidos entre 1946 y 1958.

c) Dar por existente, sin fundamento para ello, que la prestación de servicios de un profesional de la medicina autoriza la presunción de una relación personal y subordinada en los términos del art. 24 del C. S. del T., contrariando lo que es normal en la vida común y las propias manifestaciones de la parte actora.

d) Desconocer o no tener en cuenta que la acción y la pretensión se estructuraron por la propia parte demandante sobre el supuesto de prestación o arrendamiento de servicios inmateriales de los regulados por la legislación civil".

Prosigue la acusación expresando que el *ad quem* incurrió en tan notorios errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas y por equivocada estimación de otras.

Anota el impugnador, como explicación previa e indispensable, en su opinión, para el mejor entendimiento de la crítica que hará a la apreciación de la prueba testifical por parte del *ad quem*, que la sentencia admite pruebas que no fueron concreta y específicamente solicitadas en el libelo inicial ni en la contestación de la demanda, como lo ordenan los arts. 25 y 31 del C. de P. del T. De donde se desprende que sólo podían ser tenidos en cuenta los testimonios rendidos por los doctores Alfonso Uribe Uribe, Francisco Obregón Jaraba, Alejandro Kerguelen, Ricardo Bechara, Amaury García Burgos, José Mario Cabrales, Ramón Atalaya, Gustavo Montejo, Eusebio Cabrales y los señores José Blas Acosta, Joaquín Orozco, Manuel Angulo, Rafael Navarro, Enrique Lacharne y Nilo León, por ser estos los únicos testigos concretamente señalados en la respuesta a la demanda, pues el demandante no indicó ninguno en el correspondiente libelo, que era la exclusiva oportunidad para hacerlo. Observa que de ninguno de los testimonios que acaba de mencionar, se desprende la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y que el fallador mencionó expresamente las declaraciones de algunos de estos deponentes, no hizo referencia alguna a los demás y aludió a las declaraciones de otros testigos que, como ya se anotó y por las razones expuestas, no podían ser tenidas en cuenta.

A continuación el casacionista se refiere a los testimonios que considera erróneamente apreciados, haciendo de ellos una valoración en cuanto a su alcance demostrativo, que no es suficiente, a su juicio, para acreditar la forma concreta de la prestación de esos servicios profesionales, ni su continuidad, ni el carácter de sub-

ordinados, lo que hace que la prueba sea insuficiente para configurar una relación contractual de carácter laboral, y no tenga sino el mérito de demostrar servicios de carácter ocasional que no dan lugar a la presunción sobre existencia del contrato de trabajo, porque la prestación de servicios médicos por un profesional a una o varias personas así sea en forma frecuente no engendra racionalmente esa relación laboral. Además, agrega el impugnador, los declarantes no hablan con precisión en cuanto a las fechas de prestación de los servicios médicos del doctor Berrocal a Garcés y a su señora madre, ni acerca del día en que esta falleció, y la presunción admitida por el fallador fue desvirtuada por el propio actor en el libelo inicial, ya que la demanda se promovió sobre la base de una prestación de servicios inmateriales de los contemplados por el C. C.

También se refiere el cargo a la inspección ocular practicada en la Farmacia Taboada de Montería y a las posiciones absueltas por el demandado, para significar que un análisis correcto de la primera prueba indica soluciones de continuidad por largos períodos en la prescripción de fórmulas por parte del doctor Berrocal, y no acredita que esas medicinas fueran realmente despachadas para el demandado o para otras personas en virtud de solicitud, en cada caso, de los servicios profesionales del médico demandante bajo la responsabilidad del demandado, y que en las posiciones Garcés sólo aceptó que el doctor Berrocal, ocasionalmente, le prestó sus servicios médicos y, amistosamente, lo acompañó a otros lugares del país.

Como pruebas dejadas de apreciar, cita el casacionista el poder conferido por el demandante y la demanda inicial del litigio.

Afirma que del primer documento, visible a folio 1o. del primer cuaderno, se desprende inequívocamente que el doctor Berrocal le confirió su representación judicial al doctor Abel Mercado para accionar por lo relativo a honorarios profesionales por servicios prestados al señor Garcés como médico de este, de sus familiares y de sus trabajadores, sin expresar que tales servicios los hubiese prestado en las condiciones de subordinado o subalterno, ni aludió a posibles prestaciones que hubieran sido consecuenciales en tal supuesto, lo que, por sí solo, delata cuál era la condición en que el demandante se presentaba ante los estrados de la justicia laboral. Y que la demanda, que aparece de fls. 13 a 16 del primer cuaderno, constituye la prueba por excelencia en el presente caso, pues por una parte constituye plena confesión, y por la otra sirve para desvirtuar totalmente cualquier presunción, suposición, inferencia o conjetura sobre la verdadera naturaleza jurídica de las relaciones entre el demandante y el demandado. La demanda se funda, según su texto, en las disposiciones consagratorias de derecho en lo tocante a arrendamiento de servicios inmateriales de carácter independiente contenidas en el art. 17 de la C. N. y en los arts. 1494, 2054, 2063, 2069, 2144, 2184 y concordantes del C. C. C., y si se recurre a la justicia laboral es por virtud de lo establecido en el Decr. 456 de 1956, que le confirió expresamente a esta rama judicial la competencia para conocer de las acciones civiles de esta índole. En consecuencia, solicita el acusador que se case totalmente el fallo recurrido y, en su lugar, se absuelva a la parte demandada.

La Sala considera:

La motivación del fallo impugnado, relativa a la existencia del contrato de trabajo, como puede verse por los pasajes arriba transcritos con ocasión del estudio del primer cargo, presenta equivocadas apreciaciones de orden jurídico, provenientes de un ostensible error en la apreciación de la prueba, pero especialmente por no haber estimado el poder conferido para promover la acción ni haber considerado, dentro de su actividad probatoria, el texto de la demanda primitiva. La prueba testimonial estimada por el Tribunal y señalada en la censura, habla de los servicios médicos que el doctor Berrocal, durante varios años, le prestó a Garcés, a su señora madre y a sus trabajadores, sin que de ella sea posible inferir directamente que la prestación de esos servicios tuvo lugar mediante un vínculo de subordinación entre las partes. Pero el fallador, con apoyo en el art. 24 del C. S. del T., estableció la presunción sobre existencia de este requisito, para integrar así los elementos distintivos del contrato de trabajo, observando, en su proveído, que el demandado no aportó elementos de juicio para desvirtuarla, siendo esta su obligación de orden probatorio en el debate.

Tal razonamiento es inadmisible, porque la presunción sobre existencia del contrato de trabajo está desvirtuada por el propio demandante, en su libelo, donde claramente se advierte el propósito de obtener el pago de honorarios profesionales por un ejercicio libre e independiente de su profesión, y no el reconocimiento

de salario como contraprestación de un trabajo dependiente. El examen de los hechos consignados en la demanda, la petición y los fundamentos de derecho, revelan con toda claridad que el doctor Berrocal en ningún momento se ha considerado como sujeto de un contrato de trabajo. El *Ad quem* condenó, no obstante, al pago de honorarios profesionales, pero la parte motiva de su providencia indica el propósito de decidir sobre pago de salarios, presentando así, la parte resolutiva, un error de denominación. El cargo prospera.

Fallo de instancia:

Expresa el de primer grado que según las declaraciones de Rafael Corena Avilés, Eusebio Mendoza, Ramón Berrocal, Francisco de la Osa y Adelaida Canabal (fl. 46 vto. 48, 52 vto, del Cdno. No. 2 y fls. 2 y 87 del Cdno. No. 3) el actor prestó servicios médicos al demandado, a sus familiares y trabajadores, en forma permanente, entre los años de 1946 y 1958, es decir, durante doce años, pero que no puede admitirse ese hecho tal como lo afirman los testigos, en vista de que por la misma época Berrocal desempeñó los cargos de Alcalde Municipal de Montería y Síndico de la Beneficencia de Córdoba, oficios que le impedían —dice el Juzgado— la prestación permanente de los servicios médicos, por lo que reduce en cuatro años el tiempo a que alude la prueba testimonial.

El monto de los honorarios consta en la prueba pericial, visible a fls. 12 cdno. 3, de donde se infiere que fueron estimados en $ 12.000.00 anuales, o sea en $ 144.000.00 los correspondientes a 12 años. Esta estimación fue reducida por el Juzgado a la suma de $ 53.309.45, porque apreció ocho años de asistencia médica, y admitió la compensación hasta por la suma de $ 42.690.55 proveniente de obligaciones a cargo del demandante y a favor del demandado, así: $ 30.090.55 por sumas de dinero que Garcés dio en préstamo a Berrocal durante el tiempo de sus relaciones profesionales, las cuales constan en cheques girados contra varios establecimientos bancarios de la ciudad de Montería, según informe de fls. 105 a 108 y 120 a 121 del Cdno. No. 2 y $ 12.600.00 procedentes de cánones de arrendamiento de dos locales de propiedad del demandado, que el demandante ocupó como consultorio, durante siete años.

En cuanto al hecho de los servicios médicos y a su duración importa, transcribir algunos apartes de la declaración de Ramón Berrocal Failach. Dice: "... Sí me consta que el doctor Luis Carlos Berrocal fue médico del señor Miguel Rosendo Garcés, buscado por el señor Garcés para la prestación de esos servicios profesionales. También me consta que el doctor Berrocal fue médico de su señora madre durante ese tiempo, y que la atendió en su última enfermedad. También me consta que el doctor Berrocal atendió al señor Luis Garcés. De su hijo Francisco Garcés no tuve noticia, pero de la señora Buena Polo también tengo conocimientos de que el doctor Berrocal la medicinó. Estos hechos que afirmo los coñozco porque durante ese tiempo comprendido entre el año de 1946 hasta 1958 entre el señor Garcés, el doctor Berrocal y yo formamos un grupo, manteníamos un contacto y una relación de amistad permanentes hasta el punto de que en reuniones, paseos a la finca del señor Garcés, charlas y también en parrandas éramos inseparables. Por tal hecho acostumbraba yo visitar la casa del señor Garcés, sus habitaciones particulares, como también el consultorio del doctor Berrocal, que en los últimos tiempos a que se refire esta pregunta estuvo situado en casa del señor Garcés, y en un sitio vecino o contiguo a las habitaciones privadas del señor Garcés... Me consta que los servicios fueron permanentes. Durante alguna época el doctor Berrocal estuvo en la hacienda "Currayao" al servicio continuo del señor Garcés y en prestación de servicios médicos. No podría garantizar yo la continuidad de los servicios médicos durante todo el tiempo que comprende la pregunta, porque en realidad no sé si por continuidad ha de entenderse la prestación diaria de los servicios. Pero lo que sí me consta es que fueron permanentes en el sentido de que el señor Garcés y sus familiares y en toda ocasión requerían en consulta la asistencia del doctor Berrocal, bien para un tratamiento o para un diagnóstico, sin que tenga noticias de que el señor Garcés hubiese tenido otro médico a su servicio durante el tiempo de que venimos hablando, con exclusión del doctor Berrocal...".

El testigo Luis Ramón Berrocal Vandini (fl. 36 cdno. No. 2), declara: "... Me consta que fue médico del señor Garcés. Siendo yo administrador de "Currayao", hacienda del señor Garcés, duró el doctor Berrocal de ocho a diez meses internado en la hacienda tratando al señor Garcés como enfermo, de una goma sifilítica que tenía en la cabeza. Fuera de ese lapso fue médico de sus empleados... En el tiempo que yo estuve trabajando con el señor Garcés fue el

médico de la Casa de Garcés. Lo último que hizo fue ser médico de la madre de Garcés. Yo trabajé con el señor Garcés veinte años, yo era administrador de "Currayao"... Me consta que fue médico de cabecera de la señora madre de Garcés, doña Manuelita Cabrales, vda. de Garcés; le tocó llevarla personalmente a Medellín y médico de los hijos de Rosendo y médico de la señora mía, Elena Cabrales, tía de él, médico de la niña Buena Polo, tía de él también...".

Y la testigo Adelaida Canabal (fl. 87 vto. cdno. No. 3), declara: "Sí es cierto que el doctor Luis Carlos Berrocal Lobo fue médico personal y permanente del señor Miguel Rosendo Garcés. Es igualmente cierto que el doctor Berrocal Lobo fue médico personal de la señora madre de Miguel Rosendo Garcés también en forma permanente e igualmente el doctor Berrocal atendió como médico a varios familiares cercanos de Miguel Rosendo Garcés, entre los cuales puedo citar a su hermano de padre Luis Garcés y a su tía Buena Polo. Me consta en forma personal y directa todo lo dicho anteriormente a partir del año de 1950, pues por amistad yo frecuentaba casi diariamente la casa del señor Miguel Rosendo. Más tarde pasé a vivir a la casa del señor Miguel Rosendo Garcés a principios del año de 1953 y en dicha casa me estuve hasta fines del año de 1957. Por estos hechos sé y me consta lo relacionado con los servicios médicos prestados por el doctor Luis Carlos Berrocal Lobo a las personas que antes mencioné. Me consta que el médico de esa casa era el doctor Luis Carlos Berrocal y que todo lo relacionado con enfermedades y tratamiento era resuelto por dicho médico a quien se le dio o se le reconocía la calidad de médico de cabecera...".

Los demás testigos, aunque no conocieron estas relaciones profesionales entre las partes durante todo el tiempo a que se refiere la demanda, sí hablan de los servicios médicos del doctor Berrocal, en forma permanente, no sólo para Garcés, sino también para los familiares de este y para sus trabajadores. De ahí que la Sala halle en el proceso prueba suficiente en relación con la asistencia médica que se debate, y que no admita el criterio del *a quo* en el sentido de que esos servicios se suspendieron mientras el médico ocupó los cargos de Alcalde y Síndico de la Beneficiencia en Montería. Se trata de una hipótesis del Juez sin confirmación en las constancias procesales.

En relación con la época en que el doctor Berrocal practicó la medicina sin el grado correspondiente, cabe anotar que este aspecto no se planteó en la contestación de la demanda para negar el reconocimiento de honorarios por la sola circunstancia relativa a la carencia de título. En tal oportunidad procesal, el representante del demandado hizo referencia a ese antecedente, pero con el propósito de negar que el demandante hubiera sido médico permanente y exclusivo de Garcés.

En punto a esa circunstancia dice el testigo Ramón Berrocal Failach, en otro de los pasajes de su declaración (fls. 54 cdno. No. 2) "Sé que sin título académico el doctor Berrocal prestaba servicios al señor Garcés sin que este último lo hubiese rechazado nunca. Por las relaciones de amistad que me han unido al señor Garcés, sé también que él siempre tuvo plena confianza en su médico sin que hubiese sido obstáculo u óbice alguno que le restase seguridad en los conocimientos del doctor Berrocal el que este no tuviese título o grado académico. Por el contrario, y esta es la verdad escueta, el señor Garcés en distintas ocasiones en mi presencia ofreció financiarle al señor Berrocal los gastos de grado, estadía en Medellín y la de su familia aquí en Montería, mientras duraba su permanencia allá, estimulándolo de palabra para que fuese a graduarse, y dándole, entre otras razones, la de sus éxitos profesionales, para que no malograse una carera que él estimaba promisoria...".

No encuentra la Sala, de consiguiente, un motivo válido para negarle al actor los honorarios correspondientes al tiempo en que con su asistencia médica, aunque sin grado, favoreció a Garcés, a la familia de este y a sus empleados.

En lo concerniente a las excepciones propuestas la Sala halla procedente la de compensación acogida por el *a quo*, pero no en toda la extensión de sus efectos jurídicos, puesto que dejó de incluir como obligación exigible a cargo del actor y a favor del demandado, la suma de $ 4.200.00, provenientes del pastaje de unos semovientes que aquel tuvo en predios de Garcés, deuda que, como las apreciadas por el *a quo*, está acreditada en el proceso con la confesión que en posiciones hizo el demandante. Tales valores ascienden a la suma de $ 46.890.55 y hasta concurrencia de este valor tiene efecto la compensación propuesta por la parte demandada. Como de acuerdo con el dictamen pericial, los honorarios profesionales han sido estimados en $ 144.000.00, el deman-

dado, por ese concepto, resta $ 97.109.45, suma que no resulta afectada por la prescripción, porque las relaciones profesionales entre las partes terminaron en septiembre de 1958, como se desprende de las posiciones absueltas por Garcés, y la cuenta de honorarios fue pasada para su cancelación en el mes de enero de 1959, o sea, que entre una y otra fecha no transcurrieron los tres años necesarios para que opere ese fenómeno extintivo de la acción.

A propósito del tema, importa transcribir las siguientes consideraciones de la Corte, en juicio de Marco T. Vergara Rey Vs. Sucesión de Ricardo Cubides, 27 de noviembre de 1961.

"La prescripción liberatoria de las acciones y derechos ajenos se consuma en plazos muy variables que reglamenta el C. C. El art. 2542 establece una presunción de corto tiempo, tres años, entre otros casos, para el cobro de los honorarios de los médicos y cirujanos y en general de los que ejercen cualquier profesión liberal. Supuesto lo anterior, se llega al punto de determinar desde qué fecha corre la prescripción extintiva. Según los precisos términos del art. 2535 del Código citado, esta empieza a contarse, a partir del día en que la obligación se haya hecho exigible, o sea, desde que haya acción para demandar el cumplimiento de la obligación".

"En el ejercicio de la profesión de médicos y cirujanos puede suceder que estos presten sus servicios en forma accidental y aislada, como ocurre en el caso de exámenes, diagnósticos, visitas domiciliarias, o que la asistencia profesional sea casi habitual o se extienda a un lapso de tiempo más o menos largo, por requerirlo así las condiciones personales del paciente y la naturaleza de la enfermedad".

"En el primer evento, la exigibilidad de los honorarios profesionales y la consiguiente iniciación de la prescripción, se cuenta desde el día en que el servicio se prestó al paciente, es decir, desde la cesación de las relaciones del médico y del enfermo. En el segundo caso, dicho lapso de tiempo se cuenta desde que termina definitivamente la prestación de los servicios bien sea por la curación del enfermo, o por su muerte, o por el retiro del médico".

En las anteriores consideraciones de instancia, queda comprendido el estudio de las cuestiones a que se refieren los cargos 3o. y 4o.

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 en cuanto condena al pago de *Ciento quince mil doscientos pesos m/cte.* ($ 115.200.00) como remuneración proveniente de un contrato de trabajo, reforma la de primer grado en el punto referente a la condenación de *Cincuenta y tres mil trescientos nueve pesos con cuarenta y cinco centavos* ($ 53.309.45) por honorarios profesionales y, en su lugar, RESUELVE:

1o. Declárase probada en parte la excepción de compensación.

2o. Condénase a Miguel Rosendo Garcés Cabrales a pagar al doctor Luis Carlos Berrocal Lobo la suma de *Noventa y siete mil ciento nueve pesos con cuarenta y cinco centavos* ($ 97.109.45) m/cte. por concepto de honorarios profesionales.

3o. Condénase al mismo demandado en las costas de primera instancia.

Sin costas en el recurso de casación.

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.

SUSPENSION DE PERSONERIA JURIDICA

La verdad es que no siendo la sanción prevista en el literal c) de la regla 2a. del art. 380 del C. S. del T. de extinción de la personería del sindicato, sino de simple suspensión, no es dable que produzca la expiración de la persona jurídica como sujeto de derechos sino que solamente difiere el ejercicio de estos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casacion Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 49).

Con motivo de la huelga de trabajadores de la empresa denominada Compañía Colombiana de Tejidos, S. A. (Coltejer), declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo, este organismo administrativo suspendió mediante resolución número 0651 de 19 de abril de 1967, por el término de cuatro meses, la personería jurídica del Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer, y ordenó la congelación de los fondos pertenecientes a dicha entidad, los que, por lo demás, ya se encontraban congelados por disposición de la Dirección Regional del Trabajo de Antioquia a causa de una investigación administrativa sobre el manejo de tales fondos. El mismo ministerio, en resolución número 1194 de 14 de julio del mencionado año, levantó la sanción impuesta al Sindicato, a partir de esta última fecha, pero se abstuvo de decretar la descongelación de los fondos por cuanto continuaba vigente la ordenada por la Dirección Regional del Trabajo, quien vino a liberarlos solamente en resolución del 26 de julio de 1968, cuando ya se había incoado este juicio. Mientras tanto la Empresa, si bien retuvo el valor de las cuotas de los trabajadores afiliados al Sindicato, se abstuvo de entregarlos a esta entidad.

Con fundamento en estos hechos el Sindicato demandó a la Empresa, en juicio ordinario de mayor cuantía, ante los jueces laborales de Medellín, porque declarasen:

"a) Que la empresa Compañía Colombiana de Tejidos, S. A. (Coltejer) 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 la empresa Compañía Colombiana de Tejidos está en la obligación de entregar, o mejor de pagar al Sindicato 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".

"c) Que la empresa Compañía Colombiana de Tejidos. S. A. está en la obligación de pagar al sindicato demandante los perjuicios" causados con la retención.

La Compañía contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, 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 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 esas 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 la aproveche o perjudique una u otra solución".

Resolvió el negocio en primera instancia el juez tercero laboral de Medellín, quien condenó a la Empresa a entregar al Sindicato las cuotas deducidas con anterioridad al 19 de abril de 1967 y las que lo fueron con posterioridad a esta fecha hasta el 14 de julio del mismo año,

una vez decretado el cese de la congelación dispuesta por la Dirección Regional del Trabajo de Antioquia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al decidir la apelación interpuesta por las partes, reformó la anterior providencia en los siguientes términos:

"1o. Condénase a la Compañía Colombiana de Tejidos, S. A. (Coltejer) a entregar al Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer el monto total 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".

"2o. Condénase igualmente a la Compañía a entregarle a la organización sindical anotada, la cantidad de ciento setenta y tres mil novecientos siete pesos con diecisiete 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".

"3o. 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 anual (6%), sobre el monto total de las obligaciones declaradas en los ords. 1o. y 2o. de esta providencia, a partir del 21 de julio de 1968 y hasta que se efectúe la solución total de lo adeudado".

Contra este fallo la Empresa interpuso recurso de casación, acusándolo, con fundamento en la causal 1a. del art. 87 del C. P. L., de violación directa, por interpretación errónea, del literal c) de la regla 2a. del art. 380 del C. S. T.

Para la casacionista "efecto necesario de la suspensión de la personería jurídica es que el organismo no puede ejercer ninguna de las funciones que le corresponden como persona moral. Esto es, la persona jurídica desaparece para la vida legal durante el período de la suspensión. El Ministerio del Trabajo le da a esta sanción el contenido exacto que debe tener cuando dice en la resolución número 651 que durante la suspensión 'el Sindicato no podrá ejercer ninguna de sus funciones legales'. Y ello es así porque se trata de la interpretación lógica y normal de lo que se entiende por suspensión de un derecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la suspensión como 'censura eclesiástica o corrección gubernativa que en todo o en parte priva del uso del oficio, beneficio empleo o de sus goces o emolumentos'. En el caso de la suspensión de la personería la privación se refiere a la totalidad de las funciones legales. El organismo no existe a los ojos de la ley durante el lapso de la suspensión. Sería necesario que la ley misma hiciera las excepciones relativas a los derechos subsistentes".

Ceñida a esta interpretación, la recurrente no comparte la de la sala sentenciadora, según la cual la suspensión no trae consigo la pérdida de "toda capacidad jurídica para adquirir y aún para ejercer todo derecho durante el tiempo de la sanción", por lo que considera que "el derecho a las cuotas de sus afiliados no lo perdió el Sindicato en ningún momento".

Se estudia el cargo:

No comparte la Corte el concepto extremo de la casacionista de que por virtud de la suspensión el sindicato "no existe a los ojos de la ley", como tampoco el del sentenciador de instancia de que esa suspensión no supone la pérdida de "toda capacidad jurídica para adquirir y aún para ejercer todo derecho".

La verdad es que no siendo la sanción provista en el literal c) de la regla 2a. del art. 380 del C. S. T. de extinción de la personería del Sindicato, sino de simple suspensión, no es dable que produzca la expiración de la persona jurídica como sujeto de derechos sino que solamente difiere el ejercicio de estos. Suspender es "detener o diferir por algún tiempo una acción", conforme a la segunda acepción del *Diccionario*. Quiere esto decir que la suspensión que dispone la norma que se dice violada no priva a la asociación a que se impone de su personalidad jurídica esencial, esto es, de su capacidad de derecho, sino que sólo suspende su capacidad de obrar, ya que la suspensión nunca recae sobre esa capacidad esencial sino sobre su ejercicio. De ahí que, y valga el ejemplo, la suspensión por acto jurisdiccional de uno administrativo acusado de nulidad no obsta para que este produzca todos sus efectos durante el lapso de la suspensión, una vez declarada su validez, pues la suspensión se limita a retardar las consecuencias de un acto que no por haber sido suspendido deja de ser válido y crear la situación jurídica que a él corresponde. De esta guisa, si la Res. No. 0651 que dispuso la suspensión de la personería del Sindicato demandante tuviese virtualidad suficiente para impedir que desde su fecha se causasen los derechos derivados de una situación jurídica anterior, cual es la que autorizaba la deducción y pago de las cuotas sindicales, querría decir que en cuanto afecta-

ba una situación jurídica *en curso* tendría, ella sí, un efecto *retroactivo* lesivo de derechos consumados, lo que no ocurre con la resolución No. 1194 que levantó la sanción, la que no afecta ninguna situación jurídica creada y en curso sino que simplemente retrae las cosas, con efecto *retrospectivo,* a la situación que tenían antes de la suspensión.

Por estos motivos, si bien el Tribunal deduce de la norma que se supone violada efectos que ciertamente está lejos de tener, la conclusión a que llega al aplicarla al caso concreto es sin embargo correcta.

Ni debe pasarse por alto, finalmente, que la empresa recurrente incurre en el error de técnica de citar como quebrantada solamente una regla cuya violación no es sino el medio que pudo llevar a la de las que establecen el derecho que la casacionista niega al Sindicato, sin que citara también como vulneradas estas últimas contra lo reiteradamente enseñado por la Corte sobre la forma como debe presentarse en estos casos el cargo.

Este por tanto no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en este juicio el diez y siete de enero del año en curso.

Se 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 Trujillo.

Vicente Mejía O., Secretario.

PRESCRIPCION

Para que el reclamo cumpla el efecto de interrumpir la prescripción debe fijar límites en sus o extremos, es decir, debidamente, el derecho a que tal reclamo se refiere, en forma de que no quepa duda sobre su identificación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 49).

La señora María Cuadrado de Gretter demandó en juicio ordinario de mayor cuantía, ante los jueces laborales de Bogotá (repartimiento), a la empresa Cementos Boyacá, S. A., para el reconocimiento y pago del reajuste de la cesantía que le correspondía al ingeniero Gordon Frank Gretter, su esposo, e indemnización moratoria, en su condición de cónyuge y heredera universal.

Son hechos en que funda la acción: Gordon Frank Gretter prestó servicios a la Empresa como asistente técnico, en el municipio de Nobsa, Boyacá, desde el 1o. de marzo de 1956 hasta el 8 de noviembre de 1962, fecha esta última en que falleció cuando se hallaba de vacaciones en los Estados Unidos. Su último salario en dinero fue de $.6.500.00 mensuales. En 1959 la Compañía le pagó, además, como sobrerremuneración, la cantidad de $ 50.000.00. Gozaba también de salario en especie representado por la renta de la casa que habitaba en Nobsa, que la demandante estima en la suma de $ 1.400.00 mensuales. La Compañía no tuvo en cuenta, sin embargo, al liquidar la cesantía, ni la sobrerremuneración ni el salario en especie. La señora de Gretter reclamó el respectivo reajuste en carta de 15 de julio de 1965, pero la Empresa, en carta número 00643 de 15 del mismo mes de julio, contestó que había hecho la consignación del caso. Esta consignación tuvo lugar ante autoridad incompetente, y solamente por $ 42.311.11 según la misma Empresa, suma inferior a la debida.

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la actora y alegó la excepción de prescripción.

El juez del conocimiento, que lo fue el primero laboral de Bogotá, declaró no probada la excepción y condenó a la Empresa a pagar a la demandante $ 8.908.28 por concepto de reajuste de cesantía. La absolvió del pago de indemnización moratoria.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que conoció del recurso de apelación interpuesto por las partes, revocó el proveído del funcionario *a quo*, declaró probada la excepción de prescripción, y consecuencialmente absolvió a la demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Contra esta sentencia interpuso la actora recurso de casación.

Para que la Corte "case totalmente la sentencia impugnada, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción y absolvió a la Empresa de las pretensiones de la demanda", y en su lugar "confirme los numerales primero y tercero de la sentencia de primera instancia, revoque el numeral segundo de la misma y condene a Cementos Boyacá, S. A., a pagar a María Cuadrado vda. de Gretter los salarios caídos solicitados en la demanda", censura el fallo de segundo grado, con fundamento en la causal 1a. del art. 60 del Dcr. 528 de 1964 (87 del CPL), de violación por interpretación errónea del art. 489 del CST, en relación con los arts. 127, 249 y 65 de la misma obra.

Para sustentar el cargo la recurrente impugna la interpretación que de la norma citada hace el Tribunal, "casuista y formalista" en su concepto, pues esta corporación entiende "que el reclamo debía individualizar cada uno de los derechos por su nombre propio y técnico, so pena de resultar ineficaz", lo que la llevó a desestimar la reclamación que la demandante hizo para el pago de las sumas de dinero causadas "por servicios prestados por su esposo a Cementos Boyacá y su posterior muerte al servicio de la misma sociedad y la información ' sobre el seguro de vida y demás prestaciones sociales del señor Gretter ". Según la

casacionista basta para que el reclamo sea eficaz para interrumpir la prescripción que en él se indique "el objeto de la reclamación en forma tal que el destinatario del reclamo pueda entenderlo, tal como sucedió en el caso de Cementos Boyacá", pues que "se pueden indicar los derechos con palabras distintas a las sacramentales y lograr comprensión, máxime cuando se trata no de un documento técnico como sería una demanda sino de un simple reclamo escrito del trabajador".

La Empresa no hizo oposición al recurso.

Se estudia el cargo:

La carta reclamo a la que la impugnante atribuye efecto interruptor de la prescripción, presentada a la Empresa por el apoderado de la demandante y visible a fl. 42 del expediente, dice así:

"En cumplimiento de un imperativo de orden moral, me permito significarles que la señora María Cuadrado vda. de Gretter, cónyuge sobreviviente del señor Gordon Frank Gretter, quien falleció al servicio de esa importante Compañía ha requerido mis servicios profesionales en el sentido de hacer efectivo el pago, ya sea en forma privada o bien por la vía judicial, de sumas de dinero que la señora de Gretter estima se causaron en su favor como consecuencia de servicios prestados por su esposo a Cementos Boyacá S. A., y su posterior muerte al servicio de la misma sociedad.

"Como yo no tengo interés ninguno en causar a ustedes las molestias, gastos y demás contingencias que todo pleito trae consigo, a condición de que se respeten los derechos de mi mandante, con todo comedimiento me permito invitarlos a que en el curso de la próxima semana, a partir del día miércoles, celebremos una entrevista encaminada a buscarle una solución amistosa y equitativa, con fundamento en ley, a las aspiraciones de la señora de Gretter, en la seguridad de que de mi parte haré cuanto esté a mi alcance para lograr tal finalidad.

"Subsidiariamente, les solicito una información sobre lo ocurrido con el seguro de vida y demás prestaciones sociales del señor Gretter, pues su esposa me informa que recibió sobre el particular algunas cantidades de dinero pero que dichos valores no estuvieron de acuerdo con la ley".

Este documento acredita el hecho que en él consta, sin que sobre existencia de este haya controversia. El disentimiento del casacionista con la decisión del Tribunal se contrae a los efectos del art. 489 del CST, en cuanto para él no es menester la enunciación específica de los derechos que el trabajador reclama para que el acto tenga la consecuencia interruptoria de la prescripción que la norma le asigna, mientras que el Tribunal entiende que sí es necesaria dicha enunciación.

En varias decisiones la Corte ha fijado el sentido y alcance de la norma citada, entre ellas en la de 28 de julio de 1969, dictada en el ordinario de Diego López Zapata contra Leonidas Lara e Hijos, la última, en la cual expuso: "Tal precepto (el del art. 489) manda que 'el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, acerca de *un derecho debidamente determinado*, interrumpe la prescripción por una sola vez...'. Etimológicamente, como es sabido, 'determinar' significa fijar los términos, es decir, los límites o extremos dentro de los cuales se comprende o contiene enteramente una cosa. Lo que aplicado a la norma examinada equivale a decir que para que el reclamo cumpla el efecto de interrumpir la prescripción debe fijar en sus límites o extremos, es decir, debidamente, el derecho a que tal reclamo se refiere, en forma de que no quepa duda sobre su identificación. Desde luego, sin que ello demande entrar en detalles que sólo podrían derivarse de exactas operaciones matemáticas o de revisión minuciosa de pruebas". Este es el sentido que, sin mayor esfuerzo, se desprende del texto, ya que cuando él se refiere a *"un derecho debidamente determinado"* explícitamente está exigiendo la individualización de ese derecho en forma que no pueda confundírsele con otro distinto, lo que, por lo demás, no puede ser de otra manera, pues que siendo varios los derechos que la ley consagra en favor del trabajador, cada uno de ellos emanado de una situación jurídica prefigurada por distintos elementos fácticos, para que el patrono sepa a cuál se refiere el reclamo del trabajador es indispensable singularizarlo. No se trata por tanto de exigir el uso de palabras sacramentales, sino de la determinación del derecho, como claramente lo pide la ley, porque el fenómeno de la prescripción no se consuma respecto de derechos y obligaciones genéricos sino concretos o específicos.

La interpretación que la sala sentenciadora le ha dado al precepto para aplicarlo al caso a que se refiere el casacionista es, por consiguiente, correcta, coincidiendo con la que ha venido profesando la Corte porque fluye del texto mismo de la disposición legal.

Por lo tanto el cargo no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el seis de mayo del presente año.

No hay lugar a condena en costas.

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 O., Secretario.

EMPRESA

Según el art. 194 del C. S. del T., "se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: abogado asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 79).

Ante el Juzgado del Trabajo de Tunja y por medio de apoderado, el señor *Norberto Espitia Castiblanco* demandó a la empresa *"Textiles Samacá S. A."*, anteriormente "Compañía de Samacá", con domicilio en Bogotá y representada por su gerente Jorge Acevedo Díaz con el objeto de que se declare que la demandada está obligada a reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, equivalente al 75% sobre el promedio de los salarios por haberle prestado sus servicios por más de veinte años, pago que deberá operar desde el mes de noviembre de 1958, cuando cumplió los 55 años de edad requeridos por la ley, así como también el valor de las prestaciones sociales que resulten probadas en el curso del juicio, los salarios caídos por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y por último, a cubrir las costas del juicio en caso de oposición.

Apoya el actor las anteriores peticiones en los siguientes hechos: Que ingresó al servicio de la "Compañía Samacá" —fábrica de hilados y tejidos— en el año de 1917 y quedó cesante en 1951, habiendo tenido solamente un año de interrupción en sus servicios, —el de 1924—, por haber sido llamado a prestar el servicio militar. Que el salario que devengó en el último año osciló entre veinte y treinta pesos semanales. Que en el año de 1954 la Compañía Samacá se transformó en la empresa de "Textiles Samacá S. A.", "quedando responsable esta sociedad, como sucesora, de todas las obligaciones, especialmente las de carácter laboral, a cargo de la anterior". Que cumplió el demandante 55 años de edad en el mes de noviembre de 1958. Que la demandada tiene un capital superior a los 5 millones de pesos. Que con fecha 10 de diciembre solicitó el actor a la demandada el reconocimiento y pago de la pensión, pero aquella se negó a efectuarlo y así se lo comunicó en nota de gerencia.

La empresa demandada al dar por conducto de su apoderado contestación a la anterior demanda negó los hechos en ella expuestos y expresó que jamás estuvo ligada al demandante por contrato de trabajo y que entre la empresa a la cual dice el actor sirvió y "Textiles Samacá S. A." no operó el fenómeno de sustitución patronal, razón por la cual la demandada no esta obligada al pago de las prestaciones solicitadas. Que el contrato que existió entre la empresa Compañía Samacá S. A. y el señor Espitia Castiblanco" fue oportunamente cancelado por dicha sociedad, mediante el pago de todas las prestaciones e indemnizaciones respectivas". Y para terminar, propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada, de prescripción, transacción y conciliación, cosa juzgada, pago, inexistencia de obligaciones, falta de título y de causa en el actor, inepta demanda y toda excepción perentoria que se desprenda de lo probado en el juicio.

Agotados los trámites de rigor, el juzgado del conocimiento dictó sentencia en la cual dispuso:

"1o. Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada.

"2o. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la sociedad "Textiles Samacá S. A.', antes "Compañía de Samacá', con domicilio en Bogotá D. E., y representada por su gerente Jorge Acevedo D., mayor y de la misma vecindad, a pagar al demandante Norberto Espitia Castiblanco, mayor de edad y vecino de Samacá, una pensión vitalicia de jubilación a razón de ($ 120.00) ciento veinte pe-

sos mensuales, a partir del 10 de diciembre de 1969 en adelante, sin perjuicio de los reajustes a que haya lugar y sin derecho a ninguna deducción por parte de la empresa demandada, dado el mayor tiempo servido.

"3o. Absuélvase a 'Textiles Samacá S. A.' de los demás cargos de la demanda. Y

"4o. Condénase en costas a la parte demandada. Oportunamente liquídense".

La empresa demandada por medio de su apoderado interpuso contra la sentencia anterior el recurso de apelación el que fue decidido por el *Tribunal Superior de Tunja* en providencia de fecha 12 de abril de 1962 mediante la confirmación de la sentencia recurrida y con imposición de costas a la parte apelante.

Por haber sido interpuesto en oportunidad y admitido el recurso extraordinario de casación, por la parte demandada, su apoderado formuló la correspondiente demanda en la cual se señala en los siguientes términos el alcance de la impugnación:

"Con fundamento en la causal de casación que enseguida indico y que apoyo en las razones que luego aduciré, acuso la sentencia de segundo grado por violación, en formas directa e indirecta, de disposiciones legales sustantivas del Derecho del Trabajo y pido que, como consecuencia del acogimiento de los cargos que contra ella voy a formular y que darán sin duda a la H. Corte la certidumbre de la violación, se infirme totalmente la sentencia recurrida, y en su lugar se absuelva a "Textiles Samacá S. A.' de todas las peticiones de la demanda que dio origen a este juicio".

A continuación el recurrente formula cuatro cargos, siendo concebido el primero en los siguientes términos:

"El Tribunal fallador violó, por infracción directa, el art. 194 del C. S. del T., en relación con el art. 260 de la misma obra, disposición esta última que, como consecuencia lógica pero equivocada de la violación del primer precepto señalado, aplicó indebidamente al caso de autos, al condenar a la sociedad demandada a pagarle al actor pensión de jubilación".

En la demostración del cargo dice el impugnador que el Tribunal dio por demostrado, por aparecer real y plenamente así, que las sociedades "Compañía Samacá S. A." y "Textiles Samacá S. A." son dos personas jurídicas distintas. Agrega que el fallador acepta un hecho del mismo modo probado, consistente en que la primera de dichas sociedades se extinguió jurídica y legalmente, y que la segunda nació con personalidad propia, diferente e independiente. De donde, manifiesta el recurrente, que no podía decirse, como equivocadamente lo afirma el ad quem, "que entre las dos sociedades existe identidad o unidad de empresa". De ahí concluye el recurrente, que entendiéndose que se trata de dos personas jurídicas distintas, no podía aplicarse al caso en cuestión el art. 194, pero al aplicarlo incurrió en su violación directa y consecuencialmente incurrió en indebida aplicación del art. 260, "del cual destacó, —dice—, aunque, quizás innecesariamente dado su texto clarísimo, que la pensión de jubilación se causa, en las condiciones y con los requisitos en él previstos, por servicios a una *misma Empresa*".

Se estudia:

El Tribunal considera que la condena que hizo el a quo en la sentencia apelada, está ajustada a derecho, pero llega a su confirmación "por razones jurisprudenciales y legales de otra clase". Y fue así, como luego de analizar la providencia de primer grado, expresó: "...Lo dicho lleva al Tribunal a compartir la tesis expuesta por la parte recurrente cuando sostiene que en el presente caso no ha habido sustitución. Lo que sucede simplemente es que el derecho debatido y las pruebas aportadas a los autos, demuestran la continuidad de la Empresa a cuyo servicio estuvo veinte años el demandante". Acto seguido procede el sentenciador a transcribir el texto del art. 260 del C. S. del T. y luego dice: "Para los expositores, la jubilación es idéntica en su naturaleza jurídica a la cesantía y por lo tanto el derecho a percibirla surge al retiro, es decir cuando el asalariado deja de percibir remuneración de carácter laboral de su patrono y llene los requisitos exigidos por la ley. Aplicando lo anterior al caso de autos —continúa el ad quem—, tenemos que Norberto Espitia Castiblanco prestó sus servicios por veinte años a la Empresa "Compañía Samacá S. A." y que tiene la edad requerida por la ley para recibir el auxilio de jubilación que reclama".

Y si en verdad al analizar el sentenciador las escrituras de constitución de las dos sociedades, para concluir en que "...a todo lo largo del instrumento referido se habla del aporte de la totalidad de todos los bienes de Compañía Samacá S. A. a la pretendida nueva entidad "Textiles Samacá S. A.", e indicar, que "el objeto social de la antigua persona moral es el mismo,

solo existe un cambio en la razón social", menciona y hace alguna referencia al art. 194 del C. S. del T., lo cierto es que su decisión se apoya única y exclusivamente en el art. 260 ibídem, razón por la cual no dio aplicación alguna al primero mencionado, que se dice en el cargo, violó por infracción directa.

Así, pues, las consideraciones del ad quem, sobre las cuales apoya su decisión condenatoria y que lo llevaron a la transcripción del art. 260, hace relación a que se trata de "una misma empresa" que es el fenómeno contemplado en dicha disposición y no al consignado por el art. 194 acusado.

Ahora bien, si el sentenciador, por lo explicado anteriormente, no dio aplicación alguna al art. 194 del C. S. del T., sino que apoyó su determinación en el 260 de la misma obra, la acusación respecto de la primera disposición es inocua, totalmente ineficaz para el logro de los fines que persigue el recurrente. Y habiendo entendido el Tribunal que en el caso de autos se trata de *una misma empresa,* como claramente lo dice en la providencia acusada, no puede afirmarse, como se hace en el cargo que se estudia, que hubiera aplicado indebidamente, el art. 260, porque esta es, precisamente, la disposición que regula el caso así entendido.

De otro lado es necesario dejar en claro que el impugnador en la sustentación del cargo, posiblemente por inadvertencia, pone a decir al Tribunal sentenciador cosas que no dijo, como quiera que si sus consideraciones lo han llevado a sostener que se trata de una misma empresa, mal podía afirmar que se trata de empresas distintas, "diferentes e independientes".

Pero aún sobre el supuesto de que el tribunal hubiera tomado en consideración el art. 194, la acusación estaría mal dirigida por la vía directa, porque esta supone la aplicación o inaplicación de la norma materia de la acusación a una situación de hecho sobre la cual haya acuerdo entre el recurrente y el sentenciador, acuerdo que desde luego no existe, como quiera que este parte de la base de que las pruebas aportadas indican que se trata de una misma empresa, mientras que el impugnador considera que se trata de dos compañías con personalidad propia, diferente e independiente, y si como se afirma en la sentencia recurrida, a tal conclusión se llegó, mediante el estudio de los elementos probatorios, la acusación ha debido formularse por error de hecho, para intentar demostrar que el tribunal apreció mal las pruebas que lo llevaron a la conclusión que se estima equivocada. Y si la acusación como ha sido formulada no puede tener prosperidad en relación con la norma en referencia, la misma suerte debe correr la que hace relación al art. 260 que se estima indebidamente aplicado "como consecuencia lógica pero equivocada de la violación del primer precepto señalado", que no se demostró.

El cargo examinado, pues, no puede tener prosperidad.

El segundo cargo lo presenta el recurrente así:

"El Tribunal violó en su fallo, por interpretación errónea, el art. 194 del C. S. del T. y como consecuencia tan lógica como equivocada de tal violación, aplicó indebidamente, violándolo así mismo, el art. 260 de la misma obra, al condenar al pago de la prestación jubilatoria en favor del demandante".

Y en la demostración dice el impugnador: "Si se considera que el Tribunal incurrió en violación del art. 194 citado, no por haberlo infringido directamente como de manera principal acabo de proponerlo en el cargo precedente, sino por haberlo interpretado erróneamente, por no haber entendido el sentido correcto, real y obvio de la disposición y haberle dado un alcance que no tiene, este segundo cargo debe entenderse propuesto subsidiariamente del anterior. Con este carácter y por tales circunstancias, —continúa el recurrente—, debe concluirse en que la interpretación errónea del mencionado art. 194, indujo al Tribunal a aplicar indebidamente el art. 260. A esta conclusión se llega reparando que el Tribunal acepta la existencia de dos sociedades como personas distintas, y, no obstante, quiso y decidió que eran una sola empresa".

Se estudia:

La decisión del sentenciador que se acusa, como se expresó en el cargo anterior, fue tomada por este con prescindencia del art. 194, acusado en este cargo por interpretación errónea, como violado. En efecto, el Tribunal consideró en su providencia la existencia de una misma empresa circunstancia por la cual dio aplicación a la norma del art. 260 del C. S. del T., que es, se repite, para el caso así entendido, la pertinente. Y si en verdad, en el cuerpo de la sentencia recurrida se menciona el art. 194, es cierto también que por el ad quem no se dio aplica-

ción alguna a tal texto legal, como quiera que su decisión se apoyó y fue tomada con antelación a la mención del artículo acusado por interpretación errónea, con fundamento en lo que dispone el 260 del Código. Y si el Tribunal entendió lo anteriormente expresado y lo tomó como base de su determinación condenatoria, la acusación del art. 194 carece totalmente de eficacia y la que reza, con la aplicación indebida del 260, como consecuencia de aquella otra violación, no puede tener prosperidad, por ser, se repite, la norma aplicable según tal interpretación.

Por lo expuesto, el cargo no puede tener prosperidad.

El tercer cargo ha sido formulado en los siguientes términos:

"El Tribunal violó, por vía indirecta, al aplicarlo indebidamente al caso de autos, el art. 260 del C. S. del T., en relación con el 194 de la misma obra, violación que proviene de haber incurrido el fallador en manifiesto error de hecho, por errónea interpretación de las pruebas que a continuación señalo, y como consecuencia de la cual dio por probado, sin estarlo, que las sociedades 'Compañía de Samacá S. A.' y 'Textiles Samacá S. A.' constituían una misma empresa".

Y a continuación el recurrente señala las pruebas que considera fueron erróneamente interpretadas por el sentenciador y en la demostración del cargo expresa a la letra:

"Todo lo anterior demuestra plenamente este hecho: Que la primera sociedad, 'Compañía de Samacá S. A.', no es sino un socio apenas de la nueva sociedad, 'Textiles Samacá, S. A.', como lo son los demás socios, pero nunca que la antigua y la nueva sociedad sean una misma empresa. No obstante ser esto cierto y probado, el Tribunal incurrió en el manifiesto error de hecho de dar por probado que las dos sociedades constituyen una misma empresa, o, en otras palabras, que la segunda es la continuidad de la primera y que únicamente hubo un cambio de razón social, aplicando indebidamente al caso de autos, y violándolo, por este ostensible y flagrante error de hecho, el prementado art. 260, todo ello por haber interpretado erróneamente las pruebas antes citadas".

Se estudia:

Como se ha expresado ya en relación con los dos cargos anteriores, el Tribunal no dio aplicación al art. 194 del C. S. del T., circunstancia por la cual no puede ser vinculado a ningún concepto de violación, lo que no sucede en relación con el 260 ibídem que fue la norma aplicada en la sentencia para producir la condenación por jubilación, por estimar que se trata en los autos de una misma empresa. De suerte que el estudio de este cargo se limitará al art. 260 que estima el recurrente fue aplicado indebidamente por haber incurrido el fallador en manifiesto error de hecho en relación con las pruebas que ha señalado.

Con reiteración ha sostenido la Corte que la apreciación de las pruebas hechas por el sentenciador es intocable así la Corte no esté de acuerdo con ellas, "salvo el caso excepcional de error grosero por lo evidente". O en otras palabras, que la libertad de que goza el tribunal sentenciador para evaluar los medios de prueba sometidos a su consideración, solo tiene el límite que le demarca lo absurdo de la conclusión a que lo lleve un error de apreciación probatoria, entendiéndose por conclusión absurda la que repugna a la razón natural. Por eso si las conclusiones a que llega el sentenciador son el resultado de un razonamiento lógico, la Corte debe respetarlas. De ahí por qué para que el error de hecho pueda tener entidad en el recurso de casación, debe tener el carácter de evidente u ostensible que la ley exige, características que debe demostrar el recurrente.

En el caso en estudio el recurrente ha relacionado o singularizado las pruebas que estima han sido erróneamente interpretadas por el sentenciador, sin destacar lo ostensible del error, ni demostrar en qué consistió. El Tribunal al estudiar la escritura de constitución de "Textiles Samacá S. A.", encontró que "Compañía Samacá S. A.", representada por su gerente Acevedo Díaz, entra a constituir una sociedad anónima y encuentra que "a todo lo largo del instrumento referido se habla del aporte de la totalidad de todos los bienes de Compañía Samacá S. A. a la pretendida nueva entidad "Textiles Samacá S. A.", y que, "el objeto social de la antigua persona moral es el mismo, solo existe un cambio en la razón social", de donde concluye que de tales circunstancias puede deducirse "que existe la identidad de empresa entre la extinguida persona jurídica Compañía Samacá S. A. y la nueva Textiles Samacá S. A. Al producir el recurrente la acusación por error o errores de hecho, no ha demostrado en qué consistió o consistieron los cometidos por el sentenciador, circunstancias en las cuales le es imposible a la

Corte proceder a indagar sobre el expediente para determinar en qué consistieron esos presuntos errores en que pudo haber incurrido el sentenciador, y que el impugnador pretende.

Pero con el objeto de dar mayor claridad a la cuestión debatida, transcribe la Sala a continuación la proposición que fue aprobada por la Junta Directiva de "Compañía Samacá S. A." y que dice: "La Asamblea General de Accionistas de la Compañía Samacá, enterada de la difícil situación por la cual atraviesa la sociedad, debido a la falta del indispensable capital de trabajo para mover sus fábricas, autoriza a la Junta Directiva para incorporar los bienes activos a una sociedad que se funde con similar objeto social, provista de capital de trabajo suficiente y a la cual tengan ingreso preferencial los actuales accionistas de la Compañía Samacá. Es entendido que la nueva sociedad deberá tomar a su cargo el pasivo y todas las obligaciones sociales de la Compañía y que en caso de emitir acciones privilegiadas dará preferencia de suscripción a los actuales accionistas de la Compañía Samacá a prorrata de las que posean". Esto demuestra que la nueva sociedad está constituida por la misma empresa económica, con la misma finalidad inicial y con el mismo objeto. De tal suerte que la interpretación de las pruebas hecha por el Tribunal, que lo llevaron a adoptar la decisión conocida, no es errónea ya que antes por el contrario se ajusta al propósito expresado por la Asamblea General de la Compañía Samacá S.A.

En estas circunstancias, el cargo formulado no puede tener prosperidad.

El cuarto y último cargo lo formula el recurrente así: "El Tribunal violó, por vía indirecta y como consecuencia de un manifiesto error de hecho consistente en haber dejado de apreciar las pruebas que en seguida anoto, el art. 15 del C. S. del T. en armonía o relación con las disposiciones 20 y 78 del Decr. 2158 de 1948, normas estas que, por causa del error dicho, no se aplicaron al caso debatido, debiendo aplicarse. Como consecuencia de estas violaciones, violó, igualmente, por aplicación indebida al caso de autos, el art. 260 de la citada obra, al condenar a mi representada a pagar pensión de jubilación al actor".

Y como pruebas dejadas de apreciar por el ad quem señala el impugnador las siguientes: "Copia del acta de conciliación No. 102 suscrita el 19 de diciembre de 1951 por el actor y los representantes de "Compañía Samacá S. A.," con y por ante Inspector del Trabajo comisionado al efecto por el Ministerio del ramo (fl. 8 fte.) y recibos otorgados por el actor, con fechas marzo 24 y abril 5 de 1962 a favor de la citada sociedad, en desarrollo y cumplimiento de la conciliación consignada en el documento antedicho".

Y como demostración del cargo dice el recurrente: Que con esos documentos, que fueron presentados oportunamente para demostrar las excepciones de conciliación y pago, estas quedaron probadas. Y que con el paz y salvo otorgado y reiterado en favor de la sociedad se estableció la liberación total de las obligaciones a cargo de la empresa y a favor del demandante, surgida de la relación laboral que los vinculó, como quiera que en virtud de la conciliación y pago se extinguieron.

Dice que estas pruebas no solamente no fueron apreciadas sino que ni siquiera fueron objeto de examen por el sentenciador, al revisar la providencia del a quo. Y concluye así el impugnador: "...No sobra recordar al respecto, que la conciliación no es por su naturaleza jurídica otra cosa que una transacción celebrada con y por ante funcionario Administrativo Judicial, y su fuerza probatoria, no discutible en este caso ya que la prueba fue legalmente producida y en ninguna forma impugnada, la consagra en forma expresa y por demás absoluta el art. 78 del C. P. del T.". De donde debe infirmarse el fallo acusado y absolverse a "Textiles Samacá S. A." de todas las pretensiones demandadas.

Se estudia:

La demanda inicial comprendía además de la pensión de jubilación, pretensiones relativas a las prestaciones sociales que se establecieran o demostraran en el curso del juicio y también, los salarios caídos por el no pago oportuno de ellos.. El Juzgado absolvió por estos últimos conceptos y el Tribunal confirmó la determinación del a quo al respecto. Y si en verdad el sentenciador no se refirió en forma expresa a los elementos de prueba reseñados por el acusador en este cargo, ello obedeció, sin duda, a que tales documentos se contraen específicamente a las prestaciones sobre las cuales recayó absolución por el Juzgado, determinación que el ad quem confirmó. En efecto, el fenómeno conciliatorio contemplado en el acta No. 102, que cita el impugnador, cobija los siguientes conceptos: cesantía, vacaciones, horas extras, dominicales, auxilio por enfermedad (profesional y

no profesional), preaviso, salarios caídos, zapatos y overoles y certificado médico. Y sobre ellos según reza el acta, hubo amplia deliberación hasta llegar a acordar una suma determinada, la que fue pagada en parte en esos mismos momentos, ya que el resto fue cancelado de conformidad con los recibos que obran a los fls. 9 y 10 del expediente, pruebas estas que igualmente considera el recurrente no fueron tenidas en cuenta por el tribunal.

En relación con las prestaciones contempladas en dicho documento, desde luego la conciliación y pago eximen a la demandada de toda obligación, sobre el particular. Y el "paz y salvo" otorgado y reiterado de que habla el acusador, solamente tiene operancia en relación con las prestaciones materia de la conciliación, mas no con aquellas, como la pensión de jubilación, que no fueron en dicha diligencia mencionadas, y por lo mismo ni fueron conciliadas ni cubiertas por la suma acordada y pagada por la empresa demandada. De otro lado por la época de la mencionada diligencia, el derecho a pensión del trabajador aún no había nacido, como quiera que no había cumplido el requisito de la edad, luego no era materia conciliable. Por esta razón no figuró entre las prestaciones relacionadas en el Acta No. 102, y no habiendo figurado en ellas de manera específica, no puede decirse, como se afirma por el recurrente, que la empresa demandada hubiera quedado liberada de cumplir con la obligación jubilatoria.

Por lo expresado, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte 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.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SIMULTANEIDAD DE CONTRATOS DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Aprobación: Acta No. 79).

Elsa Marina Padilla, por medio de apoderado, *demandó a las sociedades "Daniel Gómez T. y Cía." (Fábrex)* y *"L'Atelier Cortinas Ltda.",* representadas por Fernando Reyes Elicechea, para que fuesen condenadas solidariamente o en la forma que se estime conveniente, al pago de $ 36.000.00 por concepto de salarios causados y no pagados; $ 1.500.00 por vacaciones; $ 3.000.00 por cesantía; $ 3.000.00 por primas de servicios; los derechos ultra y extrapetita que aparezcan probados; "salarios caídos" a partir del 25 de julio de 1963; las indemnizaciones a que haya lugar y las costas del juicio en caso de oposición.

La demanda refiere estos hechos.

Elsa Padilla trabajó al servicio de la Fábrica de Muebles Exposición, Daniel Gómez y Cía. Ltda., cuya razón social actual es "Daniel Gómez T. y Cía.", como auxiliar de contabilidad, en virtud de contrato escrito firmado el 25 de julio de 1960, con un sueldo de $ 750.00 mensuales, el cual fue elevado a $ 1.465.00 a manera de reconocimiento a su capacidad y eficiencia en el trabajo. Este contrato tuvo una duración de tres años y terminó por voluntad de la empresa, la cual le reconoció algunos derechos por valor de $ 5.127.50.

La demandante, en la empresa citada, "llevaba los libros de contabilidad —auxiliares— de cuentas corrientes, gastos generales, existencias, socios, proveedores, gastos generales de fabricación, materias primas; el libro diario, por más de un año y registro de contratos..." y haciendo un gran esfuerzo, inclusive en horas que no eran las reglamentarias, por orden del gerente de "L'Atelier Cortinas Ltda.", Fernando Reyes Elicechea, "sacaba los balances mensuales, hacía las declaraciones de renta, liquidaciones de impuestos, estados financieros, llevaba los libros auxiliares de cuentas corrientes, socios, proveedores, materias primas, existencia, kárdex, liquidaciones de comisiones, sueldos, salarios, registro de controles, gastos de fabricación gastos generales". La Sociedad "L'Atelier Cortinas Ltda." asignaba para gastos por llevar esta contabilidad, la suma de $ 250.00 cada mes, que no se le entregaron a la demandante, y como esta estima que su trabajo vale $ 1.000.00 mensuales, la Sociedad le debe $ 36.000.00 por tres años de servicio, lo mismo que las demás prestaciones señaladas en la demanda, pues a la terminación del contrato aquella empresa no le hizo reconocimiento alguno por esos conceptos.

Agrega la demanda, que la señorita Padilla, en varias ocasiones, reclamó el pago de su salario, porque en el contrato celebrado con Fábrex, no se obligó a llevar la contabilidad de "L'Atelier" y que su trabajo "se realizó al tiempo y en las mismas oficinas de Fábrex y L'Atelier".

Cita como fundamentos de derecho, los arts. 249, 64, 66, 127, 143, 186 y 306 del C. S. T.

En su contestación, el apoderado de la parte demandada admite los hechos relativos a la celebración del contrato escrito con Fábrex, a la fecha en que ello tuvo lugar, a su duración y al salario devengado, pero agrega que la suma mencionada en la demanda como recibida por la demandante, corresponde al valor total de sus prestaciones. Niega los demás hechos, se opone a las declaraciones solicitadas, y termina con esta explicación:

"Las relaciones contractuales entre la demandante y mi representado se desarrollaron sobre la base de que la trabajadora prestaba sus servicios como contabilista en las dos empresas, o sean "Daniel Gómez T. y Cía.", (Fábrex) y "L'Atelier Cortinas, Limitada", y en razón de esta circunstancia le fue fijado el salario".

El Juzgado Quinto del Trabajo de Bogotá, a quien correspondió el conocimiento de este negocio, declaró que entre Elsa Marina Padilla

y la sociedad L'Atelier Cortinas Limitada, existió un contrato verbal de trabajo, ejecutado entre el 25 de julio de 1960 y el 24 de julio de 1963, y, como consecuencia de esta declaración, condenó al pago de $ 21.600.00 por salarios insolutos; $ 900.00 por vacaciones; $ 1.800.00, por auxilio de cesantía y $ 1.716, 60 por prima de servicio. Absolvió a esta sociedad de indemnización moratoria, y a la empresa "Daniel Gómez T. y Cía." (Fábrex) de todas las solicitudes del libelo. Condenó a la primera en un 80% de las costas, y a la demandante en las causadas por la acción contra "Daniel Gómez T. y Cía.".

Apelaron los apoderados de las partes, y el *Tribunal Superior de Bogotá*, en providencia del 22 de julio de 1964, revocó la de primera instancia en cuanto a la declaración sobre existencia del contrato de trabajo con "L'Atelier Cortinas Ltda." y consiguientes condenaciones y, en su lugar, la absolvió de todas las súplicas de la demanda. Confirmó la absolución de "Daniel Gómez T. y Cía." (Fábrex) y aclaró el punto sobre costas a cargo de la demandante, indicando que esta tiene la obligación de pagar, en su totalidad, las de primera instancia. Decidió, además, que las de segunda son a cargo de la parte vencida. Salvó el voto el Magistrado Rafael Suárez Poveda.

El apoderado de la demandante interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido y, tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo el estudio de la demanda que lo sustenta. El escrito de oposición fue presentado extemporáneamente.

Alcance de la impugnación.

Persigue que se invalide la sentencia recurrida y, en su lugar, sea confirmada la de primera instancia, adicionándola en el sentido de condenar en costas a la empresa "Daniel Gómez T. y Cía. Ltda." y a "L'Atelier Cortinas Ltda.", y, además, "en salarios caídos" a la primera.

Para el efecto, formula once cargos, ocho por vía directa y tres por vía indirecta, de los cuales la Sala hará un estudio conjunto, dentro de cada uno de los conceptos de violación señalados, porque, en general, los ataques indican como violadas las mismas normas con base en la causal primera del art. 87 del C. P. del T.

Primer cargo. "Directamente por falta de aplicación de los arts. 22, 23, 24, 27 y 37 en relación con los arts. 144, 249, 253, 306, 195 y 186 del C. S. del T.".

Empieza el casacionista la demostración de esta censura transcribiendo el siguiente pasaje de la sentencia recurrida:

"En efecto que L'Atelier se benefició del trabajo realizado por la señorita Padilla es cuestión que no puede ponerse en duda. ¿Pero cómo llegó a beneficiarse esta sociedad? La respuesta es sencilla: a través de la empresa Fábrex a la cual pagaba determinada suma por servicios prestados. No aparece en parte alguna del expediente el más leve indicio de que la señorita Padilla hubiese sido contratada, directamente, en forma verbal o por escrito para prestar sus servicios a L'Atelier. La obligación de llevar los libros de esta empresa se patentiza como impuesta por Fábrex, su real contratante".

Copia el impugnador, a continuación, algunos pasajes del salvamento de voto, en los que el magistrado disidente afirma la coexistencia de contratos de trabajo con las dos sociedades demandadas, y observa que la obligación de llevar los libros de L'Atelier fue impuesta por Fábrex, o más bien, por Fernando Reyes, que era el representante legal de ambas empresas, creando así las circunstancias que dan lugar a la presunción que establece el art. 24 del C. S. del T., no aplicado por el Tribunal. Cita una certificación de Fábrex sobre los servicios que le prestó la demandante, inclusive como contadora de la firma "L'Atelier Cortinas Ltda." a partir del 25 de julio de 1960 y concluye que si las sociedades son distintas, aunque tengan el mismo gerente, la argumentación del *ad quem* cae por su base.

Segundo cargo. "Directamente, por interpretación errónea del art. 26 del C. S. T., en relación con los arts. 24, 22, 23, 27, 37, 144, 249, 253, 306, 195, 186, 189 y 65 todos del C. S. del T. por falta de aplicación".

Se refiere al texto del art. 26 del C. S. T., y luego de transcribir el mismo aparte de la sentencia que consignó en la demostración del ataque anterior, agrega:

"El Tribunal le dio una equivocada interpretación a tal precepto, entendiéndolo en un sentido que él no tiene y al dar por establecido que si bien es cierto que hubo una prestación personal de servicio por parte de la Padilla a dos sociedades Fábrex y L'Atelier existiendo un solo contrato escrito de trabajo con la primera de dichas sociedades, la demandante quedó vinculada con L'Atelier, sin decirlo al citado contrato, y atribuyéndole el Tribunal la facultad de que adiciones verbales que no aparecen demos-

tradas en autos, pudieran modificar un contrato escrito de trabajo. Puesto que se puntualizan las obligaciones de la demandante con su patrono Fábrex y no con L'Atelier..."

"Si no hubiera habido errónea interpretación el Tribunal habría declarado la existencia de un contrato verbal de trabajo entre la actora y L'Atelier y uno escrito entre la misma y Fábrex...".

Tercer cargo. "Directamente por falta de aplicación del art. 144 en relación con los arts. 22, 23, 24, 27, 37, todos del C. S. del T.".

Observa el casacionista que la sentencia admite la prestación de servicios personales por parte de Elsa Padilla a favor de la sociedad L' Atelier Cortinas Ltda. y que en uno de sus pasajes, dice: "De los testimonios anteriores se deduce que la demandante firmó contrato escrito con la empresa Fábrex para prestar sus servicios como 'Auxiliar de contabilidad', lo cual esta corroborado por la documental de fls. 5, pero que desde el comienzo de la relación debió llevar la contabilidad de la empresa L'Atelier que con la primera tenía sus oficinas en un mismo local y se manejaba como si fuera una sola en algunos aspectos. Es decir, que aunque ejecutaba labores para las dos firmas sólo una le pagaba".

Luego es indudable —continúa el cargo— que la demandante prestó servicios personales a L'Atelier mediante contrato verbal.

Cuarto cargo. "Directamente por interpretación errónea el art. 24 en relación con el art. 37 y los arts. 144, 249, 253, 306, 195, 186, 189 y 65 todos del C. S. del T.".

Vuelve el impugnador sobre el hecho de los servicios personales de la demandante en beneficio de la sociedad L'Atelier y comenta que el Tribunal interpretó erróneamente o desconoció los arts. 24 y 37 "al involucrar la prestación de servicios de la actora como secuela del contrato escrito con Fábrex, siendo que allí no se estipula tal obligación".

Quinto cargo.- "Directamente por interpretación errónea del art. 55 del C. S. del T., en armonía con los arts. 22, 24, 26, 23, 27, 144, 37, 249, 253, 306, 195, 186, 189 y 65, todos del C. S. del T. por falta de aplicación".

En su demostración, el acusador copia los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

"El contrato de trabajo, según el art. 55 del C. S. del T. como todos los contratos, debe ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no solo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

"Dadas las circunstancias específicas de este contrato, el que se discute, en este juicio, podría pensarse que la obligación de la actora se satisfacía con llevar la contabilidad de Fábrex, pero los diferentes testimonios llevan a la Sala a una conclusión distinta, que es precisamente la de que la trabajadora desde la iniciación de su labor comprendió y ejecutó de buena fe llevar no solamente la contabilidad de Fábrex sino también la de L'Atelier con la advertencia que ya antes se ha anotado, de que se trataba de un solo contrato. Así lo entendió la trabajadora y así lo ejecutó, pero como ello implicaba un mayor trabajo, se verificaron sucesivos reajustes de salario que la misma actora percibió y que sirvieron de base para sus prestaciones sociales, luego no hay duda de que en realidad se aceptó por las partes una modificación al pacto contractual y aunque se dice que la actora para poder hacer ese trabajo debiera laborar horas extras no hay sólo (sic) elemento de convicción en el acervo probatorio que dé respaldo afirmativo a esa tesis, luego deberá concluirse que la demandante atendió su trabajo dentro de la jornada normal. Así, pues, si la buena fe es la que debe estar presente no sólo en el momento de suscribirse el contrato, sino también en la ejecución del mismo, no hay duda alguna de que las partes procedieron de buena fe sin engaños, ya que si en verdad se agregó el recargo de trabajo para la actora por esa misma causa le fue aumentado el sueldo aceptado y recibido por ella".

Arguye el casacionista que estas consideraciones del *ad quem* conducen al absurdo de que dentro de las obligaciones contractuales expresamente definidas en el contrato escrito, el patrono, unilateralmente, pueda modificarlas asignándole nuevos cargos al trabajador. Que la actora debía llevar los libros de Fábrex, de acuerdo con el convenio, mas no los de otra sociedad, y que los constantes reclamos que aquella hizo sobre la compensación de los servicios prestados a L'Atelier, indican que no aceptaba esa labor adicional, como lo entiende el Tribunal al interpretar equivocadamente la norma citada.

Sexto cargo.- "Interpretación errónea del art. 37 del C. S. del T. y 38, en relación con los arts 22, 23, 24, 26, 27, 144, 37, 249, 253, 306, 195, 186, 189 y 65, todos de la misma obra, por falta de aplicación.

Afirma la censura que el Tribunal interpretó erróneamente los arts. 37 y 38, referentes al contrato verbal, al aceptar la prestación de servicios personales para dos sociedades distintas involucrados en un solo contrato escrito que inicialmente fue para una sola sociedad, pues si se pactan obligaciones precisas para las partes, la patronal no puede exigirle al trabajador el cumplimiento de oficios a favor de otra persona jurídica, como ocurrió, en el presente caso.

Séptimo cargo.- "En subsidio, invoco la violación de los arts. 730, 721, 645, 606, 607, del C. J. por falta de aplicación, en relación con los arts. 22, 24, 26, 23, 27, 144, 37, 249, 38, 253, 306, 195, 186, 189, 65, todos del C. S. del T.".

Se refiere el impugnador, específicamente, a las normas enunciadas del Código Judicial, y afirma que el Tribunal no las aplicó, porque como se demostrará en el siguiente ataque, que considera como parte integrante de este, tal omisión trajo como consecuencia que no se diera por establecido el contrato verbal de trabajo entre la señorita Padilla y L'Atelier, con las consiguientes obligaciones relativas a salarios, cesantía, vacaciones, primas y mora.

Cargo séptimo A.- "Directamente por aplicación indebida de los arts. 39, 55, en relación con los arts. 37, 38, 24, 22, 26, 23, 27, 144, 249, 253, 306, 195, 65 por falta de aplicación, todos del C. S. del T.".

En este, que el casacionista entiende como complemento del anterior, repite el argumento de que el *ad quem* admite que hubo prestación de servicios para la empresa L'Atelier pero los considera involucrados en el contrato escrito celebrado con Fábrex, atribuyéndole buena fe al comportamiento de esta empresa, pese a que con un solo contrato puso a la demandante a trabajar al servicio de dos sociedades distintas.

Octavo cargo.- "Se viola directamente, por interpretación errónea del art. 39 del C. S. del T., en relación con los arts. 22, 23, 25, 26, 27, 37, 38, 144, 249, 253, 306, 195, 186, 189, 65".

Este ataque, en su enunciación y en su desarrollo es una repetición de los que, en forma inmediata, le preceden.

La Sala considera:

Como se ve, por las argumentaciones del acusador, apoyadas en algunos pasajes de la sentencia recurrida, el Tribunal después de una valoración de los elementos probatorios, concluye que se trata de un contrato celebrado entre Elsa Marina Padilla y la sociedad "Daniel Gómez T. y Cía." (Fábrex) cuyo objeto fue el de prestar los servicios de contadora no sólo en beneficio de esta empresa sino también de "L'Atelier Cortinas Ltda.", cuyos libros se llevan conjuntamente con los de la primera, en un mismo local y dentro del mismo horario de trabajo, circunstancias que no dan lugar al fenómeno de la coexistencia de contratos que discute y sostiene el recurrente. Es decir, que se plantea una cuestión de facto que sería necesario estudiar mediante un análisis de la prueba, a fin de saber si el sentenciador incurrió en error de hecho o de derecho en la estimación probatoria, examen que resulta inadmisible dentro de los conceptos de infracción directa e interpretación errónea que alega el acusador. Por tanto, los cargos se rechazan.

Noveno cargo.- Señala violación indirecta de los arts. 22, 23, 24, 26, 37 y 38, del C. S. T., por falta de aplicación, en relación con los arts. 144, 249, 253, 306, 195, 186, 189 y 65 de la misma obra, por los errores evidentes de hecho que la Sala sintetiza así:

No dar por demostrado, estándolo, que entre Elsa Padilla y la sociedad Fábrica de Muebles Exposición Daniel Gómez T. y Cía. Ltda. (Fábrex) existió un contrato de trabajo escrito, e independientemente de este, otro verbal entre la misma trabajadora y la empresa L'Atelier Cortinas Ltda.; que según la prueba pericial (fls. 48 y 49) la remuneración del trabajo en L'Atelier era de $ 600.00 mensuales; que el contrato verbal y el escrito ejecutados en beneficio de las citadas sociedades, coexistieron, y su duración fue del 25 de julio de 1960 al 24 de julio de 1963. Que L'Atelier adeuda los salarios, cesantía, vacaciones, primas de servicio e indemnización moratoria, y que Fábrex retuvo la suma de $ 250.00 que mensualmente le consignaba L'Atelier para el pago de su contabilidad.

Afirma que hubo apreciación errónea de los testimonios de Cecilia Bocanegra (fls. 52 y 53), Alvaro Gutiérrez (fls. 54 a 58) y Pedro Elías Rodríguez (fls. 58 y 59) lo mismo que del contrato escrito (fl. 5).

Cita algunos apartes de dichos testimonios, y comenta que esta prueba analizada por el Tribunal, no niega la existencia del contrato verbal de trabajo entre la demandante y la empresa L'Atelier, sino que la confirma. Luego el *ad quem* incurrió en error manifiesto al declarar que no existió esa relación de trabajo entre las partes.

Por otra parte, el señor Fernando Reyes, gerente de L'Atelier, al absolver la pregunta 9a. del pliego de posiciones, confiesa los servicios que a esta Sociedad le prestó Elsa Padilla del 25 de julio de 1960 al 24 de julio de 1963, y el perito fija en $ 600.00 mensuales la remuneración correspondiente. Procede entonces —agrega el casacionista— el pago de salarios insolutos, cesantía, prima de servicio, vacaciones e indemnización moratoria, derechos contemplados en las disposiciones que señala el cargo y que el fallador no aplicó, como consecuencia de error de hecho al estimar equivocadamente los testimonios citados y dejar de apreciar la confesión del patrono, la prueba pericial y la inspección ocular.

Décimo cargo.- En éste, presentado como subsidiario del anterior, acusa violación indirecta del art. 39 del C. S. T., por aplicación indebida, y de los arts. 144, 22, 23, 24, 26, 27, 37, 38, en relación con los arts. 144, 249, 253, 306 y 65 de la misma obra, por falta de aplicación. Todo como consecuencia de "el evidente error de hecho y de derecho de haber estimado mal algunas pruebas y dejado de darle el valor legal a otras".

Repite el casacionista, en la demostración de esta censura, el argumento de que el Tribunal admite el servicio personal de la demandante a la Sociedad L'Atelier, afirma que hubo errónea apreciación de las declaraciones de Cecilia Bocanegra, Alvaro Gutiérrez y Pedro E. Rodríguez; transcribe algunos apartes del salvamento de voto, y concluye que el error de hecho consistió en concederle más valor a los testimonios que al contrato escrito de la actora con Fábrex, y aceptar que esta podía imponerle la obligación de trabajar para otra sociedad.

Undécimo cargo.- Se presenta este cargo, también con carácter subsidiario, y en él se acusan los arts. 65 y 39 del C. S. T., indirectamente, por falta de aplicación, proveniente de error de hecho en la apreciación de los testimonios de Cecilia Bocanegra, Alvaro Gutiérrez y Pedro E. Rodríguez.

Arguye que el documento de fls. 5 establece la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre Elsa Padilla y Fábrex, y en la inspección ocular (fls. 41 a 42) consta que L'Atelier le entregaba a Fábrex una suma de dinero que esta última retuvo, creando así las circunstancias que dan lugar a la sanción moratoria, por mala fe.

Termina el acusador solicitando que, invalidada la sentencia, se hagan las declaraciones de la demanda, o se confirme la de primer grado, condenando en costas a la parte demandada.

Se considera:

Ya se vio, por las transcripciones que el casacionista hace del fallo acusado, en la demostración de los primeros cargos, que para el *ad quem* el asunto debatido no revela una coexistencia de contratos entre Elsa Marina Padilla y las sociedades Fábrex y L' Atelier, sino un solo contrato, celebrado con la primera, por medio del cual se comprometió a realizar labores de contabilidad, en beneficio de la segunda, con un salario que varió durante la ejecución del contrato, y fue tomado como base para la liquidación y pago de los derechos correspondientes.

Según el contrato escrito (fl. 5), firmado entre Fábrica de Muebles Exposición, Daniel Gómez T. y Cía. Ltda., (Fábrex), representada por Fernando Reyes Elicechea, y Elsa Padilla, el 25 de julio de 1960 en Bogotá, la trabajadora se obligó a desempeñar las funciones de auxiliar de contabilidad, y, concretamente, al manejo de los libros auxiliares, con una remuneración mensual de $ 750.00.

No se desprende, con toda claridad, de los términos de esta convención, que su objeto comprendiera el deber de llevar los libros de contabilidad tanto de Fábrex como de L'Atelier, pero desde la iniciación de los servicios, estos se prestaron en la contabilidad de ambas empresas. Manifiesta el gerente, en posiciones, refiriéndose a este punto: "desde el mismo momento en que la señorita Padilla hizo la solicitud del puesto, se le aclaró ampliamente que su trabajo consistiría en llevar los libros de contabilidad de Fábrex y L'Atelier, bajo el control del Jefe del Departamento y en el local donde funcionan conjuntamente las dos sociedades, siendo L'Atelier totalmente dependiente de Fábrex, ya que utiliza sus vehículos, sus oficinas, sus equipos, sus instalaciones, ya que su capital y actividades y el reducido número de empleados (no pasan de diez) no le permite subsistir independientemente. Sus ventas y en general los negocios que atiende dependen en un todo de la organización del capital, de los locales y de los servicios de Fábrex".

La testigo Cecilia Bocanegra, expone: "Conozco a Elsa Marina Padilla hace año y medio; empezamos a trabajar en Fábrex Daniel Gómez T. y Cía., no tengo parentesco con ella, cuando yo entré al Departamento de contabilidad ella estaba trabajando allá como auxiliar de contabilidad; ella llevaba los libros auxiliares de Fábrex y L'Atelier; ella creo que tenía como remuneración $ 1.350.00; estos libros los llevaba en la mis-

ma oficina de las dos firmas; yo entré en febrero de 1963... con el cargo de secretaria... allá en Fábrex todo se lleva como si fuera una sola cosa, tanto la contabilidad como ventas, lo de personal, obreros, no está separado, son dos sociedades distintas, pero para efectos del trabajo no están separadas...".

Alvaro Gutiérrez (fl. 54) dice: "Conozco a Elsa Marina Padilla desde julio de 1960, parentesco no tengo ninguno con ella; la conocí cuando solicitó enpleo en Fábrex y empezó a trabajar allá; ella firmó contrato escrito únicamente con Fábrex; ella entró a trabajar como auxiliar de contabilidad; el señor Jiménez que era el contador en ese tiempo, le mostró los libros que tenía que llevar, libros de cuenta y razón de L'Atelier y los libros auxiliares de Fábrex; yo estaba presente cuando el señor Jiménez le dijo esto a ella; yo no oí respecto a remuneración que fuera a tener una diferente a la pactada con Fábrex; sólo oí que le dijo que tendría $ 700.00 iniciales y a los sesenta días le aumentaron a $ 1.00.00; desde el momento que empezó a trabajar hasta la fecha de su retiro trabajó con Fábrex y L'Atelier,, pero únicamente firmó contrato con Fábrex y sólo figuró en nómina con Fábrex...".

Y Pedro Elías Rodríguez (fl. 58) declara: "Conozco a Elsa Marina Padilla porque fue compañera de trabajo en L'Atelier Cortinas Ltda., no tengo parentesco con ella; yo soy el administrador de L'Atelier Cortinas Ltda., y la conocí trabajando allá. Yo la conocí a ella directamente en Fábrex porque es una sola compañía; Elsa Padilla trabajaba en Fábrex Departamento de Contabilidad y yo en el Departamento de Cortinas que no quedaba en el mismo sitio de Fábrex; yo se que ella desempeñaba labores en L'Atelier porque nos comunicábamos por teléfono, nos llamábamos para cuestiones internas de la Fábrica, relacionados con el almacén, con contabilidad, con el pago de personal, no sé con quién tenía firmado contrato ella; tampoco sé si le pagan sueldo Fábrex o L'Atelier, o ambos, tampoco sé; tal vez la vi trabajando allá unos dos años; cuando ella llegó yo ya estaba trabajando allá ..".

De la prueba a que se acaba de hacer referencia copiando de ella los pasajes pertinentes, se desprende que en el Departamento de Contabilidad de Fábrex y bajo el control y dirección de esta sociedad, se llevaban no solo sus propias cuentas, sino también las de la empresa L'Atelier. Esto explica por qué a la demandante, en el momento de iniciar la ejecución del contrato celebrado con Fábrex, se le asignaron oficios relativos a la contabilidad de L'Atelier y por qué esta empresa pagaba a Fábrex la suma mensual de $ 250.00 pesos para compensar los servicios que le prestaba, por medio de sus empleados, en el manejo de sus cuentas. Era, entonces, una necesidad permanente de Fábrex la de atender a su contabilidad y también al manejo de los libros de la empresa L'Atelier, con la cual parece que había en el hecho cierta dependencia o subordinación, y si esos oficios constituían una necesidad permanente de aquella sociedad, lógicamente hay que entender que al celebrar el contrato con la demandante, su intención fue crear para esta la obligación de llevar las cuentas de ambas empresas. No lo entendió así la trabajadora, para quien del contrato solo resultaba la obligación de trabajar en la contabilidad de Fábrex, y el señalamiento, por tanto, de nuevos cargos, como el referente al manejo de los libros de L'Atelier, consentido por esta, configura el fenómeno de la coexistencia de contratos contemplado en el art. 26 del C. S. T. Tesis que el *ad quem* no comparte, exponiendo razones que esta Sala encuentra acertadas. Porque si del contrato primitivo no se desprende para la trabajadora sino la obligación de llevar la contabilidad de Fábrex, la asignación de funciones relativas al manejo de las cuentas de L'Atelier, implica una modificación del acuerdo inicial de voluntades y no el origen de un nuevo contrato con un patrono diferente. Además, si llevar las cuentas de la empresa L'Atelier,, es un cargo que estuvo fuera de la intención de las partes en el momento de contratar, el aumento del sueldo inicialmente pactado hasta alcanzar la suma de $ 1.465.00, puede aceptarse como una compensación por el nuevo oficio que Fábrex le señaló a la demandante al iniciar la ejecución de su contrato. No aparece que el Tribunal hubiera incurrido en el error ostensible de hecho que se le atribuye. Los cargos no prosperan.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas por no haberse 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.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD COMERCIAL

Reiteradamente ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia que "siendo solemne la manera como surge a la vida (la sociedad comercial) y ad solemnitatem la prueba de su existencia, según el art. 464 C. de Co., aquellos requisitos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución".

Y como regla general, bien sabido es al respecto que cuando la ley erige en solemne un contrato, la formalidad se exige so pena de nulidad o ad sustantiam actus; y que además, cuando se trata de este requisito, llamado también ad solemnitatem o ad validitatem, ningún medio de prueba distinto al que la solemnidad exige sirve para demostrar un acto de tal naturaleza, como lo dice expresamente el art. 61 del C. de P. L.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Aprobación: Acta No. 82).

Carlos Chacón del Castillo demandó en juicio ordinario laboral, ante los jueces del trabajo de Bogotá, a la sociedad denominada *Eudoc Limitada*, con el fin de obtener el pago de una pensión vitalicia de jubilación en cuantía mensual de $ 1.432.50. Alegó el demandante los siguientes hechos: sirvió a la mencionada empresa, en forma continua e ininterrumpida, durante 29 años, 5 meses y 12 días, en lapso comprendido entre el 1o. de mayo de 1927 y el 12 de septiembre de 1956, devengando en el último año un sueldo mensual de $ 1.500.00, pero recibió también primas extralegales por valor de $ 3.000.00, lo que representa una doceava parte de $ 250.00 que se acumula al sueldo fijo; haber llegado a los cincuenta y cinco años de edad; y tener la firma demandada un capital de $ 800.000.00, por lo cual ha concedido jubilación a otros antiguos trabajadores suyos.

Contestó la empresa el libelo oponiéndose a la acción y a todas sus pretensiones; negando, por no ser ciertos, sus hechos fundamentales; y proponiendo las excepciones perentorias de falta de título y causa para pedir; falta de obligación en la demandada; y prescripción extintiva.

La primera instancia del juicio se clausuró con fallo del Juzgado Tercero Laboral Municipal de Bogotá, absolviendo a la demandada de las súplicas del actor, providencia esta que al ser instada en apelación por el mismo, fue confirmada integralmente por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia fechada el 30 de agosto de 1968. En ambas instancias fue condenado el demandante a pagar las costas litigiosas.

Recurrida en casación la sentencia del Tribunal por la parte vencida, se concedió, se admitió y se sustentó el recurso, con firme oposición de la contraparte.

Consta la demanda que sustenta el recurso extraordinario de un solo cargo, formulado con base en el art. 60 del Decreto Legislativo 528 de 1964, en armonía con el art. 23 de la ley 16 de 1968 y el art. 40 de la ley 153 de 1887, con el cual se propone el recurrente la invalidación total del fallo acusado, la revocación de la sentencia de primer grado y en su lugar la condenación a la parte demandada a pagar al actor Carlos Chacón del Castillo la pensión de jubilación impetrada en el libelo de demanda "haciendo previamente la declaratoria de confeso solicitada por la parte actora en la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia". Subsidiariamente pretende la misma condenación al pago de la pensión de jubilación, pero en su cuantía mínima, en los términos del art. 2o. de la ley 7a. de 1967.

El cargo único contra la sentencia se funda en la violación, por vía indirecta, del art. 260 del C. S. T., en relación con los arts. 195 ibídem, 51, 56 y 145 del C. P. T. y 645 del C. J., violación a que llegó el sentenciador como consecuencia de los errores de hecho y de dere-

cho en la apreciación de pruebas, que se puntualizan así:

a) Haber apreciado mal la prueba documental que se acompañó al libelo de demanda, que obra a fls. 1 a 40 del expediente;

b) Haber dejado de apreciar los documentos que obran a los fls. 41 a 42 vto., 43 a 45 y 46, respectivamente, documentos que también se acompañaron a la demanda con que se inició el juicio:

c) Haber apreciado mal los testimonios de los señores Lucas Rincón Garzón (fls. 69 a 75) y Hernando Antonio Gama Rodríguez (fls. 80 a 86), en relación con el acta de inspección ocular practicada en la primera instancia, por lo que mira a las pensiones de jubilación que viene pagando la empresa demandada, cual quedó demostrado plenamente en dicha inspección ocular (fs. 94 a 99) y también con relación a los documentos que obran a los fls. 110 a 129, documentos que fueron presentados al juicio por la parte demandada;

d) Haber dejado de apreciar el acta de inspección ocular practicada en la primera instancia, en la parte relativa a la declaratoria de confeso solicitada en dicha diligencia por la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 del Código de Procedimiento Laboral y en vista de los resultados que se obtuvieron en dicha inspección ocular (fls. 94 a 99) y en vista también de los documentos que fueron presentados por la parte demandada y que obran a los fls. 110 a 129 del expediente;

e) Haber apreciado mal los documentos que obran a los fls. 118 a 129; y

f) Haber incurrido en error de derecho al apreciar el acta de inspección ocular practicada en la primera instancia, en la parte relativa a la constancia que allí dejó el juzgador *a quo* con relación a la escritura pública número 1115 de 23 de marzo de 1957 de la Notaría Séptima de Bogotá, que en dicha diligencia exhibió el apoderado de la parte demandada (fl. 96).

El recurrente se adentra luego, para demostrar el cargo a la sentencia, en larga exposición que tiende a poner de realce los errores de hecho y el de derecho que imputa al sentenciador y que determinaron la violación de las normas legales señaladas en su planteamiento.

Para decidir, se considera:

El art. 23 de la ley 16 de 1968, aplicable al recurso, que vino a modificar el inciso segundo del numeral 1o. del art. 60 del Decr. 528 de 1964, dispuso que "el error de hecho será causal de casación laboral solamente cuando provenga de *falta de apreciación de un documento auténtico* (subrayado); pero es necesario que se alegue por el recurrente sobre el punto, demostrando haberse incurrido en tal error y siempre que este aparezca de manifiesto en los autos".

Del texto legal transcrito se infiere el propósito del legislador de reducir drásticamente la causal de casación laboral por error de hecho a sola la falta de apreciación de documento auténtico, lo que excluye, sin lugar a dudas, tal como lo ha venido entendiendo reiteradamente la Sala Laboral de la Corte en sus dos secciones, toda posibilidad de acusar errores de este tipo cometidos por el sentenciador en la apreciación o falta de apreciación de medios probatorios distintos de la prueba documental y en esta misma en los que pudiera incurrir al apreciarla. Así, solo cuando se deja de lado, sin examinarlo, el documento que ha sido ritualmente aducido al proceso, cuya autenticidad aparezca establecida por cualquiera de las formas legalmente reconocidas, se da entonces la manera de denunciar el error de hecho cometido por el juzgador al dejar de apreciarlo, siempre que el error imputado revista los caracteres de notoriedad o evidencia que la ley y la jurisprudencia advierten.

Algunos han visto en tan notable restricción introducida a la casación laboral la idea de volver a la concepción original de este instituto jurídico, en el cual se consideró siempre como consustancial, según su etiología, que los medios de impugnación enfrentaran apenas los errores de derecho *(quaestio juris)* cometidos por el fallador, velando de esta forma exclusiva por la pureza en la interpretación y aplicación de la ley sustancial, de modo que solo por evolución gradual llegó a admitirse la incursión del recurso extraordinario en el dominio de los hechos. Contra esta suposición puede alegarse, sin embargo, que la restricción, de haber sido tal el pensamiento legislativo, debió extenderse también a la casación civil y que la restricción se concibió con el más limitado alcance pragmático de poner freno o remedio al ejercicio excesivo del recurso en materia laboral, previniendo las deplorables consecuencias de la justicia ineficaz o tardía a que diera lugar la proliferación del recurso fundado en supuestos y múltiples erro-

res de hecho a través del total de los medios instructorios.

Más sea esta o aquella la razón que inspira la reforma, el juzgador de hoy, enfrentado a una situación *de jure condito,* no tiene más deber que aplicarla sin reservas ni paliativos, ya que sus alcances son bastante claros en la definición legal, sin prestarse a equívocos ni ambigüedades de interpretación.

Ya en el *sub lite,* el recurrente, sin reparo alguno del opositor en este punto, edifica su cargo en el vacío cuando, al contravenir la letra y el espíritu del art. 23 precitado, identifica los errores de hecho que atribuye al *ad quem* con una equivocada apreciación de pruebas documentales (literales *a* y *e*), o con la indebida estimación de la prueba testimonial (literal *c*) y de la inspección ocular (literal *d*). La fundamentación del cargo con base en supuestos errores de hecho vinculados a las anteriores probanzas no está sujeta, según lo antes visto, al examen de la Sala, la que debe limitarse a las cuestiones de hecho comprendidas en el literal b) (falta de apreciación de los documentos de fls. 41 a 42 vuelto, 43 a 45 y 46) y al error de derecho denunciado en la apreciación del acta de inspección ocular del fl. 96.

Las censuras al fallo, fundadas en la falta de apreciación de la prueba documental a que se refiere el literal b) de su demanda, intenta demostrarlas el recurrente así: "El juzgador de segunda instancia dejó de apreciar, en su sentencia recurrida, los documentos visibles a los fls. 41 a 42 vto., 43 a 45 y 46 del expediente, respectivamente, documentos que también obraron en el juicio desde un principio, por haberse acompañado al libelo de demanda, sin que fueran objetados o redargüidos de falsos por el señor apoderado de la parte demandada, y con los cuales se demuestra también la prestación del servicio indicado en dicha demanda, que el demandante trabajó hasta el día 12 de septiembre de 1956, fecha esta en la cual el demandante Carlos Chacón del Castillo le hizo entrega del empleo que desempeñaba, en la ciudad de Cali, señor Victoriano Santacruz Toirán, cual consta en el "Acta de entrega y recibo" que recoge el documento visible a los fls. 43 a 45; y que el señor Chacón del Castillo cumplió cincuenta y cinco (55) años de edad el día 8 de febrero de 1959, como se evidencia del documento que obra al fl. 46.

La falta de apreciación de las citadas pruebas constituye un manifiesto y ostensible error de hecho, que contribuyó igualmente a la violación indirecta del art. 260 del C. S. del T.".

Y los ataques a la sentencia, en razón de un error de derecho cometido en la apreciación del acta de inspección ocular, tipo de yerro que se mantiene incólume para efectos de su impugnación en la casación laboral, los funda el recurrente en los conceptos siguientes:

En la inspección ocular practicada en la primera instancia manifestó el señor apoderado de la empresa demandada que "la sociedad Eudoc Limitada fue constituida el 23 de marzo de 1957, según aparece de la escritura que pongo a disposición del señor Juez para que se tome nota de ella y se dejen las constancias pertinentes en el acta de esta diligencia" (fl. 94).

Con base en la referida petición, el juzgador a quo dejó la siguiente constancia en el acta correspondiente a dicha inspección ocular: "Con relación a la solicitud del Dr. Pacheco, se deja constancia de que la Sociedad Eudoc Limitada fue constituida por escritura pública número 1.115 de 23 de marzo de 1957, de la Notaría Séptima de Bogotá, según consta en el instrumento público que fue presentado en esta misma diligencia" (fl. 96).

El juzgador de segundo grado valoró la supradicha constancia, en su sentencia recurrida, así: "Por otra parte con la copia de la Escritura 1115 examinada por el Juez en la diligencia de inspección ocular, se comprueba que la sociedad *Eudoc Limitada,* demandada por medio de este juicio, sólo se constituyó el 23 de marzo de 1957, es decir, con posterioridad a la fecha en que según confiesa la parte demandante en el hecho 1o. del libelo, ya no prestaba sus servicios" (fl. 168).

Mas resulta que la referida constancia es ineficaz para demostrar la existencia de la Sociedad *Eudoc, Limitada* , por cuanto que "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil", cual lo enseña el art. 465 del C. de Co.

Reiteradamente ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia que "siendo solemne la manera como surge a la vida (la sociedad comercial) y ad solemnitatem la prueba de su existencia, según el art. 465 del C. de Co., aquellos requisistos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución".

Y como regla general, bien sabido es al respecto que cuando la ley erige en solemne un contrato, la formalidad se exige so pena de nu-

lidad o ad substantiam actus; y que además, cuando se trata de este requisito, llamado también ad solemnitatem o ad validitatem, ningún medio de prueba distinto al que la solemnidad exige sirve para demostrar un acto de tal naturaleza, como lo dice expresamente el art. 61 del C. de P. L.

Mas no lo entendió así el juzgador de segundo grado, circunstancia que lo indujo a un manifiesto error de derecho en la apreciación de la referida constancia, con lo cual se robustecieron los motivos que determinaron la violación indirecta del art. 260 del C. S. del T., en el caso de autos".

Mas antes de penetrar en el examen de mérito del cargo por los aspectos en que resulta viable, conviene conocer los fundamentos y conclusiones del Tribunal en la sentencia impugnada. Dijo el *ad quem:*

"La correspondencia visible a fls. 1 a 40 carece de valor probatorio pues no se probó que quien la dirigió al actor tuviera la representación legal de la Sociedad demandada; ni fue reconocida en el curso del juicio; por tanto, ella no comprueba los hechos del libelo. Respecto a la prueba testimonial no cabe duda de que con ella se demuestra que el demandante prestó servicios durante un lapso apreciable a la sociedad *Eudoc Trading Limited* y a otras sociedades de otras denominaciones, mas no a la Sociedad hoy demandada.

Por otra parte con la copia de la Escritura 1115 examinada por el Juez en la diligencia de Inspección Ocular, se comprueba que la sociedad *Eudoc Limitada,* demandada por medio de este juicio, sólo se constituyó el 23 de marzo de 1957, es decir con posterioridad a la fecha en que según confiesa la parte demandante en el hecho 1o. del libelo, ya no prestaba sus servicios.

El *a quo* hizo un análisis completo y acertado del acervo probatorio y llegó a la conclusión de que el Demandante no comprobó los fundamentos básicos que exige la Ley para hacerse acreedor a la pensión vitalicia de jubilación. En efecto, no hay duda de que *Chacón del Castillo* pretó sus servicios, como ya se dijo a distintas Sociedades, que luego pudieron haber sido sustituidas por la hoy demandada *Eudoc* Limitada. Pero no está comprobado en forma plena que el tiempo servido hubiera sido de 20 años, o superior; tampoco se encuentra acreditado que el demandante hubiera laborado para la Sociedad demandada ni un solo día, cuestión que hace innecesario el estudio sobre una posible sustitución patronal, máxime cuando se ignora, porque no se comprobó en juicio, si la Sociedad *Eudoc Lmitada* sustituyó en los términos del art. 67 del C. S. del T., a las Sociedades a las cuales prestó sus servicios el demandante.

El hecho de que reconozca pensiones de jubilación a otros trabajadores y de que exhibiera y presentara el recibo que corre a fl. 117, es un indicio de que sí se operó la sustitución pero no una prueba plena de ello. Pero es más, aún aceptando en gracia de discusión que todos los hechos básicos del libelo están debidamente comprobados, que no es así, tampoco puede prosperar la demanda porque con las declaraciones de Renta y Patrimonio presentadas por la demandada, esta comprobó no estar obligada, en razón de su capital, al pago de la prestación reclamada por medio de este juicio.

En consecuencia, se absolverá a la Sociedad *Eudoc Limitada* de las peticiones que le formulara el señor *Carlos Chacón del Castillo,* confirmando en esta forma, en todas sus partes, la Sentencia de primera instancia".

Conocidos los fundamentos de la sentencia impugnada y los planteamientos del recurrente, la Sala observa:

1. Los documentos que el acusador considera dejados de apreciar por el fallador de instancia son: a) El certificado expedido por el Notario 5o. del Circuito de Bogotá, relacionado con la sustitución parcial que el señor Alfred Malvern Davies, apoderado general de "Eudoc Limited", sociedad domiciliada en Inglaterra, hiciera en el demandante Chacón del Castillo, según escritura No. 990 del 14 de abril de 1954 de la misma Notaría, a fin de que el sustituto representara a la sociedad, con las facultades allí indicadas, en el territorio de los departamentos de Caldas, Cauca y Valle. b) El acta de entrega de bienes, muebles y enseres de la oficina de "Eudoc Trading Limited" en la Sucursal de Cali, que el actor Chacón del Castillo hizo al señor Victoriano Santacruz Toirán el día 12 de septiembre de 1956. c) La partida eclesiástica de bautismo del demandante que lo acredita nacido en Bogotá el 8 de febrero de 1904.

Los dos primeros documentos, cuya autenticidad no ha sido desconocida por la parte contra quien se hacen valer, no demuestran en sí mismas nada distinto del servicio que Cha-

cón del Castillo prestara, dentro de las fechas en ellos expresadas, que no se remontan atrás del 14 de abril de 1954 ni adelante del 12 de septiembre de 1956, a sociedades cuyo nombre o razón social es diferente de la entidad demandada, pero no proyectan ninguna luz sobre el largo período de servicio anterior que alega el demandante. De estas piezas documentales no resulta, pues, que Chacón del Castillo cumpliera a las órdenes de Eudoc Limitada el tiempo necesario para ganar el derecho a la pensión que demanda, ni concurren con otras a tal comprobación de modo que el Tribunal cometiera yerro grave al dejar de apreciarlas. Puede afirmarse de estos documentos sin riesgo de equivocación, que su influencia en la decisión es escasa o ninguna, desde luego, lo mismo apreciados que dejados de apreciar, no podrían destruir los soportes de la sentencia ni incidir en las conclusiones a que llegó el sentenciador.

Sobre el tercer documento señalado como falto de apreciación, o sea la partida eclesiástica de bautismo del demandante que acredita en éste la edad legal indispensable para gozar de jubilación a la fecha en que plantó su acción, ha de observarse que el Tribunal sí debió estimarlo, al menos en forma implícita, ya que no menciona la edad del actor entre los requisitos o presupuestos de la acción jubilatoria cuya ausencia o falta de demostración indica el fallo. Pero el factor edad, que por demás no fue materia de controversia procesal, aun dejado de apreciar a través de la partida eclesiástica respectiva, tampoco es incidente en la decisión del *ad quem*, que se funda en sustancia en la falta de demostración de presupuestos o condiciones de la acción tan importantes y esenciales como el tiempo de servicio, el último sueldo anual devengado, el capital de la empresa que pueda obligarla a esta prestación especial y el hecho de que la demandada sea la persona o entidad obligada a responder por la acción.

2. El error de derecho que denuncia el recurrente aparece vinculado a la indebida apreciación por el sentenciador del acta de inspección ocular, de la cual dedujo que la sociedad Eudoc Limitada se constituyó legalmente el 23 de marzo de 1957, con posterioridad a la fecha de la demanda. El error jurídico de valoración probatoria consistió en haber tenido como prueba eficaz de tal constitución la simple constancia dejada por el *a quo* en la inspección ocular, de haber tenido á la vista la copia de la escritura pública 1115 del 23 de marzo de 1957 de la Notaría 7a. de Bogotá, con lo cual violó el principio legal que establece un requisito *ad solemnitatem* para la formación y demostración de las sociedades de comercio, que es la escritura pública.

Ciertamente —piensa la Sala— el art. 465 del C. de Co. dispone que "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil, es decir, que establece un medio solemne, *ad substantiam actus* y *ad probationem*, necesario a la vez para dar vida o nacimiento al acto o contrato jurídico, como para demostrar su existencia, en este tipo de sociedades. Debe, sin embargo, anotarse que la ley 28 de 1931 en sus arts. 40 y 41 complementa la norma anterior, en cuanto a las sociedades mercantiles, al permitir que se acredite su constitución, existencia y representación legal, por medio de certificaciones expedidas por las respectivas Cámaras de Comercio.

Si la solemnidad y la prueba son inseparables en ciertos actos y contratos que la ley ha querido sujetar, por razones de seguridad jurídica, a determinadas formalidades especiales, generalmente de carácter literal o escriturario, es indudable que para tal clase de actos y contratos la forma solemne que les da existencia se identifica con su prueba, de modo tal que ninguna otra puede reemplazarla. Por eso ha dicho bien Don Fernando Vélez al expresar que "las formalidades que se exigen para crear legalmente actos o contratos solemnes no pueden suplirse con pruebas de ninguna clase, ni aun con la confesión de la parte o partes correspondientes, por la sencilla razón de que solo puede probarse lo que tiene existencia y estos actos o contratos se miran como no celebrados o ejecutados...". (Tomo 6o., No. 586, estudio sobre el Derecho Civil Colombiano).

En el caso en que el recurrente denuncia la comisión de un error de derecho por parte del *ad quem*, ocurrió, según lo relata la inspección ocular practicada en la primera instancia, que el personero judicial de la empresa demandada exhibió una copia de la escritura pública No. 1115 de 23 de marzo de 1957 de la Notaría Séptima de Bogotá, la cual acredita, según la constancia dejada por el Juzgado en tal diligencia, la constitución en la expresada fecha de la sociedad Eudoc Limitada. La copia en mención que se dice presentada por el apoderado no fue incorporada al proceso.

Pero el Tribunal no podía apreciar, como lo

hizo en el fallo recurrido, que la sociedad Eudoc Limitada se constituyera legalmente, a través de las constancias sentadas en la inspección ocular, porque esta clase de prueba no reemplaza la forma solemne que es consustancial al acto y a su demostración. Otra cosa sería si la copia registrada de la escritura pública se hubiera agregado a la inspección ocular, para quedar así formando parte del proceso, por ser este un medio de aducción de documentos públicos o privados autorizado por el art. 597 ord. 3o. del C. J.

El error de derecho en que incurrió el Tribunal sobre este punto es, pues, evidente, aunque sin incidencia alguna en la prosperidad del recurso, porque la sentencia impugnada descansa sobre muchas otras bases que el cargo no destruye. Nada se obtiene, en efecto, con que se ignore la fecha en que se constituyó la sociedad demandada, si por otra parte, como lo manifiesta el *ad quem*, el actor no demostró haber prestado servicios a dicha sociedad si no a otras de nombre o razón social diferente; si no estableció el tiempo legal de subordinación laboral necesario para tener derecho a la jubilación; y si en autos aparece, por último, que la empresa demandada no posee el capital que la obligue a esta prestación especial. Todo lo cual pone de relieve que la resolución impugnada tiene puntos de apoyo de amplitud y profundidad que exceden en mucho los límites y fundamentos del cargo que se examina.

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.

Costas a cargo del recurrente.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Guillermo Camacho Henríquez, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 79).

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 Cúcuta* puso fin al juicio ordinario del trabajo adelantado por *Luis Francisco Gómez Arias* contra la sociedad denominada *Colombian Petroleum Company*, representada por su gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la Colombian Petroleum Company, representada por su gerente, a pagar a Luis Francisco Gómez Arias el valor de las horas extras diurnas y nocturnas comprendidas entre el 26 de marzo de 1960 y el 26 de marzo de 1963; el valor del reajuste del salario correspondiente a un 6.8% dejado de pagar, durante noviembre y diciembre de 1961, enero a diciembre de 1962 y enero a marzo de 1963; el reajuste de la cesantía y de las primas, considerando el reajuste salarial que acaba de indicarse; la indemnización moratoria, por el no pago oportuno de todos los salarios debidos; y las costas del juicio, con fundamento en los siguientes hechos:

En virtud de contrato escrito de trabajo el demandante prestó sus servicios a la demandada desde el 10 de diciembre de 1945 hasta el 26 de marzo de 1963, fecha esta en que terminó esa relación contractual por decisión unilateral de la empresa tomada en ejercicio de la facultad conferida en la cláusula de reserva. Su actividad fue la de farmaceuta y durante ese lapso devengó varios sueldos, el último de los cuales fue de mil novecientos ochenta y tres pesos ($ 1.983.00). No obstante que la jornada ordinaria estipulada era la de 48 horas a la semana, por orden superior, dada por escrito, estuvo en forma continua y permanente, a partir de mediados del año de 1955, a disposición de la empresa, "a toda hora del día y noche... para cuando fuera llamado a prestar sus servicios consistentes en abrir la farmacia y despachar las fórmulas ordenadas por los médicos" de la demandada, servicios que fueron exigidos y por él oportunamente prestados. "Además, expresamente y por razón de un acuerdo entre el Sindicato de Trabajadores de la Empresa y ella, todos los domingos y días feriados debía permanecer dos horas al frente de la farmacia", debiendo estar atento, el resto del tiempo, "a las solicitudes que le fueran hechas, sin lugar a excusarse". En estas condiciones, en los tres últimos años trabajó 12.556 horas suplementarias, entre diurnas y nocturnas, conforme a la discriminación que se hace año por año, las que no fueron pagadas, optando en cambio la empresa por el sistema de dar un día de descanso compensatorio, el que no exoneraba al trabajador de atender las órdenes de ella, lo que quiere decir que "no pagó conforme a lo que dispone el CST el tiempo extra que mi mandante permaneció a su disposición, que es en dinero exclusivamente y no compensándolo". En virtud de Laudo Arbitral, que cobija al actor por haber cumplido el requisito del art. 2o. del Dcr. 18 de 1958, la Colombian debía aumentar el salario que tenían sus trabajadores en el mes de noviembre de 1961, en un 11.80%, obligación que no cumplió sino en parte, respecto al demandante, "pues solo le hizo un aumento del 5% sobre el valor de su salario, restándole un 6.8% que nunca fue pagado". Y con fecha 26 de marzo de 1963, se le pagó al actor una suma de dinero por concepto de algunas deudas provenientes del contrato de trabajo que existió, oportunidad en la cual reclamó, dejando la anotación correspondiente al pie tanto del original como en la copia del recibo confeccionado por la demandada, de lo que consideraba se le debía todavía.

En la contestación de esta demanda, el apoderado de la sociedad se opuso a las pretensiones del actor negando la mayor parte de los hechos relacionados y manifestando que los demás deben probarse. Y posteriormente, en la primera audiencia de trámite propuso las siguientes excepciones: "1a. *Carencia de Acción.* La fundo en

que el actor era un típico trabajador de confianza con manejo de bienes y almacenista de los mismos en su calidad de responsable de las farmacias que estuvieron a su cuidado. Hacía los pedidos de drogas, recibía las facturas y productos, los incorporaba al Almacén y al kárdex, los manejaba y entregaba bajo su responsabilidad, daba cuenta del inventario y mantenía las llaves de la farmacia. 2a. *Falta de causa petendi.* La planteó así: todo individuo que guarda las llaves de una farmacia, responde por ella, pero tiene que abrirla cuando una emergencia, fuera de las horas normales, lo exija. Esto no es disponibilidad laboral; es sencillamente un deber ético y social. Cada vez que esto ocurrió, con muy poca frecuencia, al actor se le pagó el trabajo extra. El trabajo compensatorio o mejor dicho, el descanso compensatorio que figura en algunas hojas del servicio médico se refiere a días de descanso en la semana como compensación de trabajo en días feriados o festivos o dominicales. En ningún caso fueron pagas horas diurnas o nocturnas con compensación de descanso en días normales. Pero es más, el actor fuera de sus funciones como farmaceuta era al mismo tiempo farmaceuta de la fundación Barco en esta ciudad; salía a las cuatro y media p.m., de la farmacia de la Clínica de la Colombian y se trasladaba a atender la farmacia de la Fundación Barco".

Concluído el debate, el señor Juez Primero del Trabajo de Cúcuta, a quien correspondió el conocimiento del juicio, desató la controversia en sentencia de 22 de mayo de 1965, absolviendo a la empresa demandada y condenando en costas al actor, decisión que, por apelación de este, revisó el Tribunal Superior de Cúcuta, por intermedio de su Sala Laboral, una vez surtido el trámite respectivo, en fallo de 30 de junio del citado año de 1965, confirmando en todas sus partes el recurrido e imponiendo las costas de esa segunda instancia al apelante.

El mismo demandante interpuso contra esta providencia de segundo grado el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual pasa a decidirse teniendo en cuenta únicamente la demanda del impugnador, puesto que no hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el recurrente la casación total del fallo acusado y que, como consecuencia, convertida la Corte en tribunal de instancia, "se sirva condenar a la 'Colombian Petroleum Company', como parte demandada, en todas las peticiones formuladas por el apoderado de Luis Francisco Gómez Arias en el libelo de demanda".

LOS CARGOS FORMULADOS

Para el logro de este resultado y con invocación de la causal primera de casación laboral, se formulan y sustentan tres cargos, por la vía indirecta el último y por la directa los otros.

El primero y el segundo se los presenta así:

"*Primer cargo.*- Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria por infracción directa de los arts. 13 y 159 y 161 y 168 y el ord. 2o. del art. 134 y el 488 del C. S. del T., y el art. 51 del C. de P. L. en los juicios laborales.

"*Segundo cargo.- De la interpretación errónea.* Acuso la sentencia recurrida de ser violatoria por interpretación errónea de los arts. 158, 159 y 168 del C. S. del T.".

En la fundamentación del de violación directa de las normas allí enunciadas, se asevera que en los considerandos del fallo acusado se da por demostrado "que el demandante prestó servicios complementarios diurnos y nocturnos a 'Colombian Petroleum Company', sin que considere valederas las pruebas presentadas para comprobar el número de extras rendidas, durante la vigencia del Contrato de Trabajo". Pero sostiene, además, el fallador, con base en la cláusula tercera de dicho pacto, la tesis abiertamente contraria a las disposiciones que se consideran violadas, de que las estipulaciones contractuales pueden sustituir o menoscabar los derechos garantizados en el C. S. del T. sobre horas extras o trabajos suplementarios, pues dice, de un lado, que este derecho "no existe sino cuando el referido trabajo ha sido ordenado previamente por el patrono" y cuando asimismo el trabajador presenta, como prueba "indispensable", el "vale respectivo con la orden o prueba escrita"; y de otro, que si el trabajador no reclama el pago de las horas extras "junto con el salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente", hay que presumir que no ha trabajado tiempo suplementario.

Y se violan así dichas normas, porque la ley "define como trabajo suplementario el que excede de la jornada legal y los arts. 134 y 168 del C. S. L. en forma clara y precisa establecen la sobreremuneración y período de pago del trabajo suplementario que el trabajador haya prestado a su respectivo patrono y para su demostración son admisibles todos los medios de prueba estable-

cidos por la ley". Por tanto, exigir la orden y el vale del patrono para que se cause el derecho y pueda cobrarse el valor de las horas suplementarias, equivale a hacer nugatorias, en la mayor parte de los casos, "las garantías sociales que establecen como mínimo la ley" y a contrariar las voces del art. 13 del citado Código, conforme al cual "no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo".

"Finalmente —agrega el recurrente— la presunción establecida por el sentenciador de que si el trabajador no presenta la reclamación de horas extras en el tiempo en que afirma haber laborado o en el período siguiente, se considera que no ha trabajado tiempo suplementario viola directamente el art. 488 del Código de ordenamiento laboral porque este establece que el trabajador goza del derecho de reclamar el pago de horas extras rendidas hasta por un período de tres (3) años a la fecha en que los hubiere prestado".

Por último se anota: "Esclarecido este problema de fondo porque implica una violación directa de la ley debo establecer el número de horas extras que elaboró mi poderdante Luis Francisco Gómez Arias al servicio de la Colombian en el cargo siguiente, puesto que no existe duda alguna por parte del fallador de segunda instancia sobre el servicio indeterminado de trabajo suplementario".

A su vez, para sustentar la censura de interpretación errónea, sostiene el acusador que al insistir el Tribunal "en que el actor comprobó que trabajó horas suplementarias pero no aparece demostrado" el tiempo efectivamente trabajado, entendió que "solo el trabajo extraordinario o de horas extras realmente prestado es el único que establecen las disposiciones legales apuntadas, y por tanto, no tiene ningún valor la disponibilidad permanente para prestar el servicio en horas fuera de la jornada ordinaria, con lo cual quebranta por interpretación errónea los arts. 158 y 159 del C. S. del T., ordenamiento equivocado que lo llevó a negar las peticiones de la demanda en la parte resolutiva del fallo", pues como lo dijo esta Sala de la Corte, con fundamento en los citados arts., en casación de 21 de marzo de 1964, proferida en el ordinario laboral del Dr. Manuel García Núñez contra la misma Colombian Petroleum Company, "la disponibilidad o el estar a órdenes del patrono tiene el mismo significado en el Derecho Laboral Colombiano que el servicio realmente prestado".

Para resolver, la Corte considera:

1. En estos cargos se controvierte parte de la fundamentación del ad quem para denegar la pretensión del demandante sobre trabajo suplementario.

En el fallo recurrido, en efecto, no se la acoge, en primer lugar, porque no obstante la confesión contenida en el certificado expedido por uno de los altos funcionarios de la demandada (fl. 14), en el que se asevera que el demandante "atendió las llamadas que en días feriados y en horas distintas a las ordinarias de trabajo le hacían los médicos de la Empresa para despachar fórmulas a trabajadores o sus familiares, como consta en los libros de control de entrada y salida de personal", "en el expediente no existe constancia del número de horas trabajadas como tiempo suplementario; en la inspección ocular practicada por el Juez de la causa sobre los papeles presentados por la Compañía y que configuran la hoja de vida del actor (fl. 102 y siguientes), no se encuentra relación alguna sobre horas extras laborales; aparece sí prestación de servicios en días domingos y feriados, pero a su vez se informa sobre el descanso compensatorio otorgado por los diferentes lapsos trabajados".

En segundo término, porque si bien se trajeron las "declaraciones de Ventura Martínez Pérez (fl. 29), Aura María Guerrero Lindarte (fl. 34), José Fernando Peña Moreno (fl. 31), Eduardo Pacheco Pérez (fl. 34) e Ignacio Roa Duque (fl. 94) quienes aseguran que el demandante laboró tiempo suplementario y que en razón de su cargo, estuvo siempre dispuesto a abrir la Farmacia, cuya llave guardaba, en la hora que se le ordenara, bien fuera de día o de noche, en días laborables o festivos", también es evidente, de una parte, que en la cláusula tercera del contrato escrito que obra en autos, se estipuló que el "trabajador no podrá cobrar, ni la Compañía estará obligada a pagarle cantidad alguna de trabajo efectuado en horas excedentes de la jornada máxima o en las de descanso obligatorio, si no presenta vale o prueba escrita, firmada por el respectivo superior, de haberle exigido previamente dicho trabajo, con constancia de la fecha y hora en que este se realizó"; y de otra, que "la prueba testimonial en estos casos es inefectiva, ya que es indispensable demostrar en forma concreta y precisa el número de horas trabajadas con certificación del día en que esto sucedió", tal como se expresa en las casaciones de 20 y 27 de septiembre de 1950, cuyos apartes pertinentes se transcriben. "De manera pues, que el derecho al pago de horas extras no existe sino cuan-

do el referido trabajo haya sido ordenado previamente por el patrono. Por eso, en una empresa bien organizada como la Colombian Petroleum Co., se estableció en el contrato escrito la cláusula antes comentada, o sea, la que para poder cobrar dicho trabajo era indispensable la presentación del vale respectivo con la orden o prueba escrita".

Y finalmente, por lo siguiente: "Aquí podría alegarse que existe la certificación del secretario del Departamento Médico de la empresa demandada, pero desgraciadamente contra esta afirmación está la carencia de demostración del tiempo efectivamente trabajado y por otra parte, el inc. 2o. del art. 134 del C. S. del T. ordena que el pago de las horas extras debe efectuarse junto con el del salario ordinario del período en que se han causado, o a más tardar con el salario del período siguiente. Si al cumplirse dicho período el trabajador no ha solicitado el pago del tiempo suplementario que afirma haber laborado, podrá presumirse que no lo ha realizado".

De estos soportes tan solo censura el recurrente los finales, pues pasa por el alto el primero, relacionado con la falta de prueba acerca del número de horas trabajadas fuera de la jornada ordinaria. Por lo tanto, si los planteamientos que hace en estas dos acusaciones se acogieran, no por ello se alcanzaría el objetivo que persigue con su impugnación, puesto que el fallo del Tribunal quedaría descansando todavía sobre la referida primera base que lo sustenta, que se la deja intacta. Es incompleto, en consecuencia, el ataque, y por ello, desestimable.

2. Se dirá que al equiparse, en el segundo cargo, la disponibilidad para prestar el servicio en horas fuera de la jornada ordinaria con el trabajo realmente prestado, se completa la acusación. Ocurre empero que ese estar disponible a órdenes del patrono, no lo ignoró el fallador de segundo grado, pues tuvo en cuenta que los testigos por él mencionados aseguran en sus exposiciones que el demandante no solo laboró tiempo suplementario, sino que, además, "en razón de su cargo, estuvo siempre dispuesto a abrir la Farmacia, cuya llave guardaba, en la hora que se le ordenara, bien fuera de día o de noche, en días laborables o festivos". Pero consideró que esa prueba es inefectiva, ya que, conforme lo predica la jurisprudencia, es indispensable establecer en forma concreta y precisa el número de horas trabajadas. Reclamó, pues, aún para el evento memorado, la indicación por los deponentes, para la credibilidad de sus testimonios al respecto, del número de horas suplementarias alegadas.

En estas condiciones, la cuestión confrontada es de hecho y, como tal, extraña a la acusación por violación directa de las normas sustantivas laborales que regulan la materia, las que, por lo demás, aquí no se han dejado de aplicar porque el sentenciador se hubiera rebelado contra lo que ellas consagran, o porque específicamente les hubiera atribuído un alcance que contraría su propio contenido, pues, se repite, lo que concretamente ha entendido es que la prueba es ineficaz para demostrar el número de horas suplementarias laboradas, en forma efectiva o en condiciones de disponibilidad, y que las otras circunstancias antes indicadas también impiden atender favorablemente la pretensión del demandante sobre este extremo de la litis.

No se admiten, por lo tanto, estos cargos.

"Tercer cargo.- En el fallo del ad quem, motivo de los presentes reparos de casación, se considera demostrado el tiempo de servicio, que el actor prestó sus servicios en tiempo suplementario y que en razón del cargo (farmaceuta), "estuvo siempre dispuesto a abrir la farmacia, cuya llave guardaba, en las horas en que se le ordenara, fuera del día o de la noche, en días laborales o festivos", pero que no aparece el número de horas realmente trabajadas extraordinariamente, debido a lo cual no prosperaron las peticiones de la demanda.

"En este último cargo acuso la sentencia recurrida de ser violatoria por aplicación indebida de los arts. 65, 127, 158, 159, 161, 168, 249, 252 y 306 del C. S. del T., y de los arts. 51, 55, 56 y 61 del C. de P. L. en los juicios del trabajo, como consecuencia de graves errores de hecho en la apreciación de las pruebas y falta de apreciación de otras.

"Los errores ostensibles en la apreciación de determinadas pruebas y la falta de apreciación de otras —se dice en la demostración— influyó para que el sentenciador no hubiera llegado a las siguientes conclusiones y en los considerandos del fallo que hubieran determinado que en su parte resolutiva hubiera decretado las peticiones impetradas en este juicio:

"a) No dio por demostrado, estándolo que el actor Luis Francisco Gómez Arias, de acuerdo con el contrato de trabajo estuvo sometido a una jornada ordinaria de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) semanales y que devengó como último sueldo la cantidad de un Mil Novecientos Ochenta y Tres pesos ($ 1.983.00);

"b) No dio por demostrado, estándolo en el juicio que el actor que estaba sometido a la dis-

ponibilidad permanente durante las veinticuatro (24) horas del día prestó los servicios durante todo el tiempo suplementario que se establecen plenamente, con la deducción de las horas que comprende el horario fijo, en armonía con el art. 159 del C. S. del T.;

"c) No dio por demostrado, estándolo en el juicio que el demandante prestó en forma real su trabajo en horas suplementarias no solo por las pruebas que figuran en el juicio, sino porque la parte demandada se negó en la Inspección ocular a presentar los libros de 'control de entrada y salida del personal' que tiene la Compañía demandada y en los cuales figura el tiempo suplementario, debido a lo cual la Inspección ocular decretada no pudo practicarse para demostrar el hecho más importante de la demanda".

Agrega que por los errores ostensibles en la apreciación de las pruebas que singulariza, el ad quem "no dio por demostrado que realmente prestó servicios en tiempo suplementario el actor, que la jornada de trabajo en los días laborables fue de siete a doce de la mañana y de una y media a cuatro y media de la tarde, lo mismo que no dio por demostrado que el último salario devengado por el demandante fue de $ 1.983.00 y que en el Hospital de la Compañía demandada en Cúcuta durante los tres últimos años fue el *único* farmaceuta, y por tanto el demandante Luis Francisco Gómez Arias tuvo a su cargo durante todo el tiempo fuera de la jornada ordinaria el servicio de la farmacia, sin estar sometido a turnos, como en los servicios médicos que son bases fundamentales en las peticiones de la demanda".

Las pruebas que se consideran mal apreciadas son: a) el certificado expedido el 29 de diciembre de 1963 por el Secretario de la Dirección del Departamento Médico de la compañía demandada (fl. 14); b) las declaraciones de Aura María Guerrero Lindarte (fl. 33), Ignacio Roa Duque (fl. 94), Dr. Eduardo Pacheco Pérez (fl. 43 y 44) y Dr. José Fernando Peña Moreno (fl. 41); y c) el acta de la inspección ocular efectuada en Cúcuta el 3 de mayo de 1965 (fls. 102 a 107). Y la no estimada, la confesión de la parte demandada, en virtud de lo dispuesto en el art. 56 del C. P. del T., acerca de los hechos que el actor se proponía demostrar con la inspección ocular, pedida y decretada, sobre el libro de control de la Clínica de aquella.

Se sostiene que las pruebas primeramente mencionadas fueron erróneamente apreciadas, porque en el referido certificado se deja constancia que el demandante "atendió las llamadas en días feriados y en horas distintas de las ordinarias de trabajo que le hacían los médicos de la Empresa para despachar fórmulas a los trabajadores o familiares, como consta en los libros de control de entrada y salida de personal"; porque los declarantes dan cuenta del hecho de la prestación de trabajo suplementario, de cuál era la jornada diaria de trabajo y de la obligación que tenía el actor de prestar el servicio suplementario de farmacia en tiempo distinto de la jornada de trabajo, agregando el doctor Peña Moreno que Luis Francisco Gómez Arias era el único farmaceuta que atendía la farmacia del Hospital de Cúcuta y quien normalmente avisaba el lugar donde se encontraba, concluída la labor ordinaria, para acudir a prestar sus servicios, como lo hizo, al presentarse casos de urgencia y ser llamado para ello; y porque en la inspección ocular se verificó "no sólo el salario, sino las ausencias del servicio por vacaciones o trabajo compensatorio por ciento treinta y cinco (135) días que deben descontarse, además de los días feriados y festivos para determinar el tiempo en que prestó a la compañía demandada el trabajo suplementario, objeto de la presente demanda".

En lo tocante con la prueba dejada de apreciar, anota que el demandante pidió y el Juzgado decretó la práctica de una inspección ocular, la que "debía versar sobre los siguientes documentos: a) Sobre los libros de control de la Clínica de la Empresa correspondientes a 1960 a 1963; b) Sobre los archivos de correspondencia de la Empresa en el Departamento Médico, con el objeto de constatar las disposiciones que dictaba la empresa sobre trabajo extra y en especial la orden dada en 1955 o 56 o en otra época para el trabajo permanente". Los hechos, pues, que se proponía demostrar con ella eran "las órdenes dadas por el Jefe del Departamento Médico para el trabajo de tiempo suplementario y las constancias en el libro de Control de Personal del tiempo extra trabajado realmente, y a que se refieren los testimonios de Ventura Martínez (fl 29), Aura María Guerrero (fl. 33) y particularmente el certificado del Secretario del Departamento Médico expedido por Angel María Arias (fl. 14) donde hace constar que el trabajo suplementario servido por el demandante *"consta en los Libros de Control de entradas y salidas del personal"*.

Al irse a practicar en el Corregimiento de Tibú, por el funcionario comisionado, el 26 de marzo de 1965 (fl. 94), no se logró el resultado perseguido, porque el Dr. Alfredo Landínez S., Director-Médico de la Empresa, manifestó "que los Libros y documentos referentes a la Clí-

nica de la Compañía se encuentran en Cúcuta, bajo la responsabilidad del Dr. Sigifredo Hoyos. Que los datos referentes al desarrollo del contrato de trabajo del demandante, salarios, se encuentra en el Departamento de Desarrollo Industrial de la Compañía, Oficinas de Bogotá, por lo cual es imposible examinar los libros solicitados", circunstancias estas que determinaron el que dicho funcionario dispusiera no llevarla a cabo.

En vista de lo dicho el Juzgado ordenó practicar la inspección en Cúcuta juntamente con la que había pedido la parte demandada sobre la hoja de vida del actor. No obstante esto, la diligencia se limitó al objeto de la última, pues el apoderado de la empresa solo presentó la aludida hoja de vida en los tres finales años de servicio de Gómez Arias, donde "no podía exisitr la prestación del trabajo suplementario por parte del demandante, ni las órdenes para prestar este servicio en horas extras que se refieren al año de 1955 o 1956". Al no poner a la disposición del Juez los documentos sobre que debía versar la otra inspección ocular, estando obligado a ello, hizo incurrir a la empresa en la sanción establecida en el citado art. 56 del C. P. del T., la que no impuso el Tribunal, dejando así de aplicar este precepto, lo mismo que los arts. 49 y 61 de la misma obra y el 1757 del C. C., Si los hubiera aplicado se habría "comprobado el tiempo suplementario de servicios por el actor, ya realmente trabajado ora por la disponibilidad permanente dentro de la modalidad del trabajo discontinuo o intermitente, según la recta interpretación de la H. Sala Laboral de la Corte a los arts. 159 y 168 del C. S. L., y que en capítulo separado he considerado erróneamente interpretado".

Anota finalmente: "Subsanados los reparos por aplicación indebida de las normas sustantivas citadas, como consecuencia de errores manifiestos de hecho al través de las pruebas que he señalado, aparece de manifiesto la mala fe de la Empresa demandada al no reconocer y pagar no solo el trabajo suplementario trabajado sino el reajuste de Prestaciones Sociales, con lo cual se hace acreedora a las sanciones moratorias establecidas en el art. 65 del C. S. del T.".

Para resolver, la Corte considera:

1. Sea lo primero observar lo siguiente, en relación con la prueba que el recurrente considera no ha sido apreciada en el fallo acusado:

En la demanda el actor solicitó la práctica de una inspección ocular "a los libros de control de la clínica de la Empresa y que corresponden a los años de 1960, 1961, 62 y 63, para constatar las anotaciones de las entradas y salidas de mi mandante durante las horas distintas a la jornada ordinaria y el objeto de la entrada", libros que "deben reposar en la ciudad de Cúcuta o en el archivo del Hospital de Tibú", como también al "folder o récord del actor que la Empresa debe llevar y que debe poner a disposición del Juzgado para constatar todo lo relacionado con el desarrollo de su contrato de trabajo y examinar las actas de pago, salarios devengados y recibidos"; y finalmente, "sobre los archivos de correspondencia de la empresa en el departamento médico, con el objeto de constatar las disposiciones que dictaba la empresa sobre trabajos extras y en especial la ordenada en 1955 o 1956 o en otra época para el trabajo permanente".

El Juez del conocimiento atendió esta petición y dispuso que la diligencia se practicara en la tercera audiencia de trámite "sobre los documentos que se relacionan en la demanda y para indagar los hechos que allí mismo se plantean". Pero antes de que esta orden se cumpliera, el abogado del actor solicitó se comisionara al Corregidor de Tibú para que realizara la inspección, por cuanto en ese lugar se encontraban los documentos que debían examinarse, solicitud que asimismo despachó favorablemente el a quo.

Posteriormente, el Juez, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 54 del C. P. del T., decretó la práctica de "una inspección ocular sobre la hoja de vida o folder del señor Luis Francisco Gómez Arias" y ordenó se solicitara al apoderado de la demandada presentara "ante este despacho tales documentos", diligencia que no se llevó a cabo en la audiencia que para ello señaló.

Después de cerrado el debate probatorio, llegó el despacho librado al Corregidor de Tibú, sin diligenciar en lo tocante a la inspección ocular al principio mencionada, según el acta respectiva, que en lo pertinente reza: "Se encuentra presente el Dr. Alfredo Landínez S., Director Médico, a quien el suscrito Corregidor lo informa del objeto de la comisión e inspección ocular que debe verificarse. Se encuentra presente el Dr. Eduardo Peñuela Vargas, apoderado del demandante. El Dr. Landínez manifiesta que los libros y documentos referentes a la Clínica de la Compañía se encuentran en Cúcuta, bajo la responsabilidad del Dr. Sigifredo Hoyos. Que los datos referentes al desarrollo del contrato de trabajo del demandante, salarios, se encuentran en el Departamento de relaciones industriales de la

Compañía, oficinas en Bogotá, por lo cual es imposible examinar los libros solicitados. El suscrito Corregidor decide en relación con la diligencia de Inspección Ocular no practicarla, porque los libros y documentos a examinar no se encuentran en las Oficinas de la Compañía en Tibú".

Por lo anterior y porque tampoco se había practicado la inspección oficiosamente decretada, el Juzgado reabrió el debate y señaló día y hora para realizarlas ambas en una sola audiencia. Esta se inició con el examen del folder correspondiente al actor y de los documentos que comprende, denominados "Cambios en la Nómina de Pagos", el que luego se hizo extensivo a otro folder contentivo de la correspondencia relacionada con el mismo demandante, documentos todos presentados por el apoderado de la demandada y de alguno de los cuales se dispuso se tomara copia por la Secretaría, como así se hizo. Concluído este examen, que se extendió en lo tocante con el primer folder y sus anexos, al lapso comprendido entre el 26 de marzo de 1960 y el 26 de marzo de 1963, y sin que se le exigiera al representante de la empresa la presentación de los otros documentos que también debían verse para el cumplimiento total de la inspección de la parte actora, el apoderado de esta pidió la palabra y manifestó: "Considero que se han practicado las inspecciones oculares decretadas en este juicio; por tanto pido se cierre el debate probatorio y se cite para sentencia" petición que atendió en el acto el Juez.

Del relato que acaba de hacerse se desprende que la inspección ocular del demandante no se extendió a la totalidad de los documentos sobre que debía versar, conforme se dispuso en el auto que la decretó, no porque el representante de la empresa demandada se hubiera negado a suministrarlos, o porque se hubiera valido de subterfugios claramente indicativos de su ánimo de impedir o dificultar la verificación de su contenido por el personal interviniente en la diligencia. Cuando por primera vez se trató de realizar esta labor, no se logró lo perseguido, porque en el lugar que indicó el propio interesado, no se encontraban, ausencia en ese sitio que no fue ni siquiera protestada por él, a pesar de que estuvo presente en ese acto; y luego, cuando el mismo Juez inició su práctica, en su propia sede, no solo dejó perder la oportunidad de verificar si no se iban a presentar los documentos faltantes y la causa que se adujera para ello, sino que por considerar quedaban completas las inspecciones, pidió se cerrara el debate y se citara para sentencia. En estas condiciones, no puede decirse hubo renuencia de la demandada para facilitar la práctica de la inspección en referencia, en la forma completa originariamente pedida por su contraparte y decretada por el Juez, pues prácticamente lo que ocurrió fue que cuando pudo llevarse a cabo plenamente, quien la impetró desistió parcialmente de la misma.

No se puede afirmar, en consecuencia, que con aplicación del art. 56, del C. P. del T., debió el Tribunal dar por probados todos los hechos que se proponía establecer el actor con la práctica completa de la diligencia memorada y que por no haberlos apreciado así incurrió en los errores que se le imputan.

2. En el acta de la referida inspección se toma nota por el Juez de las siguientes constancias que figuran en los documentos examinados y a las cuales se refieren tanto el fallador de segundo grado como el impugnador: de que el demandante estuvo vinculado a la empresa, como farmaceuta, desde el 10 de diciembre de 1945 hasta el 10 de marzo de 1963, fecha esta en que la compañía puso fin al contrato haciendo uso de la cláusula de reserva y en que entró a disfrutar de pensión de jubilación proporcional, conforme a lo previsto en la Ley 171 de 1961, la que se le liquidó sobre la base de un sueldo promedio del último año, de $ 1.875.82; de los aumentos de sueldo que se le hicieron en julio de 1960, junio de 1961 y junio de 1962; de los traslados que se le hicieron de Cúcuta a Coveñas y a Tibú; y de las ausencias que tuvo, por razón de vacaciones y descansos compensatorios, así: 18 días de vacaciones, del 10 al 26 de enero de 1962; 6 días de descanso compensatorio, por 5 festivos laborados, del 8 al 13 de enero de 1961, y 18 de vacaciones, del 21 de enero al 7 de febrero de 1961; y de 63 días, 36 de vacaciones y 27 de descanso compensatorio por los festivos trabajados "en los años de 57 y 58", del 4 de julio al 5 de septiembre de 1960.

Por su parte, los testigos cuyos testimonios se consideran han sido mal apreciados, dan cuenta de lo siguiente:

Aura María Guerrero Lindarte, que en el año de 1955 entró a trabajar al servicio de la empresa demandada, como ayudante del farmaceuta, que lo era el actor, quien quedó desvinculado "en el año de 1960 o 1961", año que no recuerda con precisión y en el que quedó jubilado; que como farmaceuta Gómez Arias "abría y cerraba la farmacia, ayudaba a despachar fórmulas y ponerles precio y más o menos cada año hacía inventario de la farmacia"; que el horario de trabajo de dicho demandante era de "siete a doce

en la mañana y de una y media a cuatro y media en la tarde", que "al principio trabajaba los domingos y días de fiesta de nueve a once de la mañana, pero después dieron la orden de que trabajara yo los domingos y días de fiesta de nueve a once"; y que no sabe si a Gómez Arias le exigirían la prestación de servicios extraordinarios, "pero en todo caso cuando lo llamaban él iba a despachar fórmulas".

El Dr. José Fernando Peña Moreno, que como médico de planta que fue de la compañía demandada conoció al demandante como farmaceuta único de la misma; que el horario de Gómez Arias "era el mismo que contractualmente teníamos los médicos: jornada de ocho horas diarias de trabajo"; que el citado farmaceuta "trabajó horas extras por la reglamentación interna que regía o rige la prestación médica en los diversos puestos de trabajo médico de la empresa. Consistía este trabajo en la disponibilidad permanente para cuando fuese llamado por el médico de guardia de turno, concurriera a la farmacia a su cargo a cumplir con el despacho de las fórmulas médicas o de lo que necesitare retirar de la farmacia, fuera de eso, su disponibilidad mientras el médico lo necesitare"; y que en estas condiciones, el servicio indefinido durante las veinticuatro horas del día, lo prestaba "ocho horas en forma permanente en la jornada de rutina, y el resto del tiempo la disponibilidad en el sitio donde estuviera para presentarse a la Clínica de la Colombian cuando fuese llamado de urgencia o se necesitaren sus servicios para el despacho de fórmulas". Y al ser preguntado si a Gómez Arias se le reconocía un día de descanso a la semana para compensar el trabajo dominical, contestó: "Como descanso compensatorio no se le reconocía".

El Dr. Eduardo Pacheco Pérez, que conoció al actor como farmaceuta de la compañía demandada; que este tenía que estar en la farmacia "antes de la entrada de los médicos quienes por lo regular entraban a las ocho y en la mañana salían los médicos a las doce junto con los farmaceutas; en la tarde por lo general la hora de entrada era a la una y media y la salida de cuatro y media a las cinco, dependiendo esto de las necesidades del servicio; en la Clínica de Cúcuta solamente había un solo farmaceuta"; que cuando en horas fuera de servicio se necesitaba una droga, "había necesidad de apelar al farmaceuta, es decir, localizarlo en cualquier parte que se encontrara, para que viniera a abrir la farmacia pues fuera de él y del Médico Jefe, Dr. Landínez, no había otra llave para abrir la farmacia"; que normalmente Gómez Arias "avisaba el lugar donde se encontraba, siendo una de sus obligaciones atender la farmacia, lógicamente debía hacerlo"; que las "órdenes de la farmacia las daba el Médico Jefe"; que el actor "residía en su casa pues la Clínica no tiene habitaciones"; y que Gómez Arias estaba obligado, los domingos y festivos, a trabajar "en las horas de la mañana y en las horas de la tarde si se presentaba un caso de emergencia".

Por lo demás, *Ventura Martínez Pérez,* asimismo traído a cuento en la sustentación del cargo que se estudia, manifiesta que en virtud de las funciones que le correspondían en la Clínica de Cúcuta, de la empresa demandada, le anotó las entradas al demandante, quien era el farmaceuta, al establecimiento, "pero no puedo precisar el tiempo", entradas que hacía "para despachar fórmulas y por orden del médico de guardia"; que no sabe si a Gómez Arias se le comunicaría que debía estar a órdenes de la empresa a toda hora del día y de la noche, en forma permanente, para prestar sus servicios de farmaceuta, "porque esas son órdenes personales"; y que en lo tocante con el pago de horas extras, "tengo entendido que Gómez Arias recibía tiempo compensatorio".

Finalmente, conforme al certificado expedido el 29 de diciembre de 1963 por el Secretario del Departamento Médico de la compañía demandada, "en cumplimiento de instrucciones anteriores de la Dirección del Departamento", según reza su texto, el actor "atendió las llamadas que en días festivos y en horas distintas a las ordinarias de trabajo le hacían los médicos de la empresa para despachar fórmulas a trabajadores o sus familiares, como consta en los libros de control de entrada y salida de personal".

3. Despréndese de este conjunto probatorio que el demandante, en su calidad de farmaceuta de la empresa demandada, desempeñó las labores inherentes a ese cargo, durante el desarrollo de su contrato de trabajo, con una jornada ordinaria de ocho horas diarias, en los días laborales, y de dos horas al día, los domingos y festivos, menos en aquellos en que se le concedieron vacaciones y disfrutó de descansos compensatorios por razón del trabajo en días no laborables; que asimismo prestó sus servicios en horas suplementarias, al atender las llamadas que se le hacían, fuera de la jornada corriente, para que abriera la farmacia a su cargo y despachara las fórmulas expedidas por el médico de turno en la Clínica de la compañía, como consecuencia de su disponibilidad a órdenes de los facultativos del Departamento Médico para esos

fines y para cuya efectividad normalmente comunicaba el lugar donde se encontraba para que se le llamara; y que devengó una asignación mensual, en la cuantía y durante los años a que se refiere la mencionada inspección ocular.

Pero de allí mismo no se deduce el número de horas extras en que dicho actor prestó el servicio en las condiciones anotadas, pues no lo indican ni el certificado del Secretario del Departamento Médico, ni los declarantes en los testimonios analizados, y en la inspección ocular ni siquiera se hace referencia al trabajo suplementario prestado por Gómez Arias. Entonces no puede decirse que el Tribunal se hubiera equivocado en forma ostensible al sacar esta misma conclusión del acervo probatorio, en lugar de dar por probados, con estos elementos de convicción, los hechos que configuran el derecho al reconocimiento y pago de ese trabajo extraordinario y acoger, por ende, las súplicas al respecto formuladas en la demanda inicial del juicio.

4. Considera el impugnador que siendo indudable, de una parte, al tenor de la prueba testimonial, que el actor estuvo en forma permanente a disposición de los médicos de la compañía, para cumplir con sus funciones, durante las veinticuatro horas del día, a causa de orden que se había impartido; y de otra, que la jornada ordinaria fue de ocho horas diarias, el error pregonado subsiste, por cuanto hecha la deducción de estas, las restantes son las suplementarias servidas con la disponibilidad, que equivale al trabajo efectivo, y en forma real al abrir la farmacia para despachar fórmulas en las ocasiones en que se le llamó. Y como, además, también se conoce el lapso durante el cual se desarrolló el contrato de trabajo y los días en que no hubo prestación de servicios, por razón de vacaciones y descansos compensatorios, el número total de las horas extras resulta incuestionable.

Claro que el ad quem no hizo estos cálculos para deducir el extremo referido del negocio. Pero ello se explica por su exigencia de que las pruebas mismas tienen que señalar el número de horas suplementarias laboradas, en lo cual tampoco, dada la facultad que tiene para la formación de su racional convencimiento, puede imputársele error de bulto. Y de otro lado, si bien en casación laboral de 21 de marzo de 1964, la Corte expresó que "para el derecho del trabajo tiene la misma significación el servicio fielmente prestado que aquel en que el empleado, sin ejecutar continuamente la labor, se halla a órdenes del patrono", también es evidente que con posterioridad la Corporación hizo un estudio más detenido de esta cuestión, llegando a la conclusión de que "no toda 'disponibilidad', o vocación permanente, por un período más o menos largo, a prestar el servicio efectivo, puede calificarse como trabajo para enmarcarlo dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas por la ley", y que solo "significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo", cuando dicha "modalidad de mantenerse a órdenes del patrono se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia" y cuando "el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas, en determinado lugar. Pero si la 'disponibilidad' permite al subordinado emplear tiempo en alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, solo dispuesto a atender el llamado de trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio en actividades particulares, aunque no lucrativas". Esta última doctrina la sentó y fundamentó en casación laboral el 11 de mayo de 1968 (juicio de Julio Mario Llinas contra "Acerías Paz de Río, S. A."), que luego se ha ratificado y que ahora nuevamente se reitera.

En este negocio precisamente la disponibilidad no se la presenta en la modalidad que al tenor de la transcrita doctrina permite enmarcarla dentro de la jornada de trabajo, por lo que, se repite, no se puede imputar equivocación al Tribunal al no tenerla en cuenta para computar las horas extras, cuyo pago reclamó el actor en su demanda.

5. Por lo demás, no sólo por lo anterior sería imposible quebrar el fallo recurrido.

Ocurre asimismo que no obstante proponerse el recurrente con la prosperidad de su recurso extraordinario la revocatoria del fallo de primera instancia, para que se hagan las condenas impetradas en el libelo inicial del proceso, entre las cuales figuran el reajuste del salario, en la cuantía del aumento dejado de hacer, ordenado en Laudo Arbitral, que obliga a la compañía demandada, y el reajuste también de la cesantía, considerando el reajuste salarial que acaba de indicarse, en este cargo no se atacan todas las razones que dio el Tribunal para desestimarlas, consistentes en que "si no se demostró el tiempo extra trabajado *y si en autos no aparece la copia autenticada*

o el original refrendado del Laudo Arbitral que se dice sustenta las súplicas, mal pueden ellas prosperar". (El subrayado es de la Corte).

Por tal aspecto, quedó incompleta la impugnación, insuficiencia que también se presenta frente a los demás fundamentos, distintos del de no estar probado el número de las horas suplementarias laboradas, para el no acogimiento de las peticiones sobre pago de trabajo extraordinario, pues en el cargo que ahora se considera no volvió sobre estos extremos planteados en el primero, que no pudo estudiarse.

6. Finalmente hay que observar que si por lo que se lleva dicho las absoluciones relacionadas con las peticiones fundamentales de la demanda tienen que mantenerse firmes, igual suerte debe correr la atinente a la indemnización moratoria, por cuanto ella está condicionada, de conformidad con el art. 65 del C. S. del T., a que el patrono no pague o deposite, en la oportunidad allí prevista, los salarios y prestaciones debidas al trabajador.

Por todo lo expuesto, no se admite esta acusación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido con que el Tribunal Superior de Cúcuta puso fin a la segunda instancia en este juicio.

Sin costas, por no haberse causado.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía O., Secretario.

SALARIO BASE PARA LIQUIDAR LA PENSION DE JUBILACION

El trabajador con requisitos para gozar del beneficio jubilatorio tiene derecho a que se le sumen los salarios que devengó como contraprestación por sus servicios en el último año de labores, y que con el promedio de ellos se le practique la respectiva liquidación.

Dichos preceptos (arts. 17, literal b), de la ley 6a. de 1945 y 3o. de la ley 65 de 1946) hablan de sueldos, o salarios o jornales devengados, sin hacer distinción entre los que se hayan recibido de una sola entidad o de varias, de manera que debe entenderse que regulan ambas situaciones y que la intención del legislador fue la de que todas las remuneraciones percibidas por el trabajador como retribución de sus servicios en el último año fueran tenidas en cuenta para determinar el monto de su pensión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Aprobación: Acta No. 81).

José Miguel Restrepo Restrepo demandó, por conducto de apoderado, al *Departamento de Antioquia,* representado por su Gobernador, para que, con citación de la Directora del Instituto Isabel La Católica y mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenase a reajustarle en $ 250.52 mensuales, y a partir del 17 de abril de 1956, la pensión de jubilación, o, en subsidio, a pagarle la dicha pensión, desde la fecha indicada, en cuantía de $ 607.26 mensuales.

Según las voces del libelo, prestó servicios a varias entidades de derecho público por un lapso superior a 20 años y en el último tiempo lo hizo en forma simultánea para la Caja Nacional de Previsión —Seccional de Medellín— como médico de planta y con un sueldo de $ 540.00, y para el Departamento de Antioquia, en el Instituto Isabel La Católica, como médico y profesor, con remuneración de $ 375.79 mensuales. El Departamento, por medio de la Resolución No. 248 de 6 de mayo de 1958, le reconoció una pensión de $ 356.74 a partir del 17 de abril de 1956, pero para liquidarla únicamente tuvo en cuenta el salario que percibió de la Caja Nacional de Previsión, habiendo excluido el que le pagaba el instituto docente mencionado. Como al tomar parte del sueldo y no su totalidad se menoscababa su derecho, interpuso recurso de reposición, pero le fue resuelto negativamente.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor negando unos hechos y aceptando otros; alegó la excepción de declinatoria de jurisdicción y adujo como razón para su defensa la de que el Dr. Restrepo había devengado dos asignaciones del Tesoro Público con violación del art. 64 de la Constitución Nacional y que por el hecho de que la administración no hubiera reprochado oportunamente este procedimiento, no está obligada a continuar permitiendo que en forma tan visible se quebranten principios claramente establecidos de imperioso cumplimiento.

La primera instancia fue desatada por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín, en sentencia proferida el dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, condenando al Departamento de Antioquia a pagar al demandante la suma de $ 250.52 mensuales desde el 17 de abril de 1956, como reajuste de la pensión de jubilación que le fue reconocida a partir de esa fecha, con derecho a repetir contra las demás entidades obligadas en la proporción legal; declaró no probada la excepción propuesta y ordenó consultar su decisión.

En tal virtud y por apelación del apoderado del actor, subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, entidad que revocó el fallo del *a quo,* y, en su lugar, absolvió al Departamento de todos los cargos.

Contra ese pronunciamiento, hecho el dos de marzo de mil novecientos sesenta, el mismo procurador judicial interpuso el recurso extra-

ordinario que la Corte va a decidir con examen de la respectiva demanda y del escrito de réplica.

La impugnación:

Dos cargos propone el recurrente, con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. L., a fin de que se case totalmente la sentencia acusada y, en su lugar, obrando la Sala en función de instancia, se confirme la dictada por el Juzgado.

Primer cargo. Violación de los arts. 29 de la Ley 6a. de 1945 y 1o. de la Ley 24 de 1947, por interpretación errónea; de los arts. 17 de la misma Ley 6a. y 3o. de la Ley 65 de 1946, por infracción directa; y de los arts. 64 de la Constitución Nacional, 1o. de la Ley 78 de 1931, 26 del C. S. del T., 12 de la Ley 64 de 1946 y 1o. del Decr. 2767 de 1945, por aplicación indebida con independencia de cuestiones de hecho.

En su desarrollo, arguye el impugnante que el sentenciador interpretó equivocadamente los preceptos que cita, al estimar que así como ellos no autorizan la acumulación de servicios simultáneos, tampoco autorizaban la suma de los sueldos devengados simultáneamente, para efectos de calcular el monto de la pensión. Tal entendimiento es erróneo porque confunde los fenómenos de la acumulación de tiempo servido con la de los salarios devengados. Es lógico que para el cálculo del tiempo no se puedan sumar los servicios simultáneos, pues ello haría que el factor tiempo cronológico exigido como requisito para la jubilación fuera en realidad menor que el señalado por la ley. Pero el salario no es factor determinante del derecho a la pensión, sino del monto de ella. De ahí que no sea posible entender que, a pesar de haber servido durante veinte años a varias entidades oficiales, solamente pueda tomarse en cuenta lo devengado en una de ellas. Las reglas sobre determinación del salario base para la pensión no son las mismas que las relativas al tiempo de servicio. Por ello el Tribunal, al estimar que estas regulaban también aquella materia, las interpretó erróneamente.

Y, como consecuencia de esa equivocación, infringió también, en forma directa, los arts. 17 de la Ley 6a. de 1945 y 3o. de la Ley 65 de 1946, pues exigió una regla especial para que se pudieran acumular los salarios y declaró que no existía, con lo cual ignoró las normas citadas, en cuanto ordenan que se tome el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Y como para obtener ese promedio es necesario sumar toda retribución percibida de las entidades públicas en el último año y dividir por doce, resulta que sí existen normas que autoricen la acumulación de salarios. La sentencia, por lo tanto, las violó directamente al ignorarlas.

Por último, expresa el recurrente, el *ad quem* aplicó indebidamente los otros ordenamientos que cita el cargo, pues que ellos tienden a evitar que por un mismo servicio se reciba doble remuneración, o que se pretenda desempeñar funciones que materialmente no pueda realizar una misma persona. Pero la norma constitucional remite a las excepciones legales y una de ellas está contenida en el art. 26 del C. S. T., —aplicable a los trabajadores públicos que tengan contrato de trabajo, por no existir disposición especial en la legislación anterior al Código—, que estatuye que un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad en favor de uno solo. Como la sentencia acusada no desconoció que el demandante estuvo vinculado simultáneamente por varios contratos de trabajo con entidades públicas, incurrió en aplicación indebida de los arts. 64 de la Constitución y 1o. de la Ley 78 de 1931, en cuanto los aplicó para un caso de excepción; del 26 del C. S. T., al dejarlo de aplicar a un caso regulado por él; del 12 de la Ley 64 de 1946, al aplicarlo sin ser pertinente; y del 1o. del Decr. 2767 de 1945, por que al vincularlo a las demás normas hizo que se produjera respecto de él idéntico efecto.

Si el sentenciador no hubiera incurrido en las violaciones mencionadas, su decisión habría sido confirmatoria de la del *a quo.*

El opositor niega que se hayan cometido aquellas infracciones; manifiesta su total acuerdo con lo resuelto por el Tribunal y se opone al éxito de la impugnación.

Se estudia el cargo:

El Tribunal hace la exégesis de los arts. 29 de la Ley 6a. de 1945 y 1o. de la Ley 24 de 1947 para concluir que ellos permiten la acumulación de los servicios prestados sucesiva o alternativamente a varias entidades de derecho público, para efectos de computar el tiempo re-

querido para la pensión de jubilación, y que no autorizan la suma de servicios simultáneos ni de salarios devengados también simultáneamente.

Tal deducción es irreprochable, pues las aludidas normas son meridianamente claras en cuanto disponen sobre lo primero y es indudable, de otro lado, que nada proveen sobre lo segundo. La falta de autorización para sumar servicios simultáneos se explica porque, de ser posible, no se cumpliría la exigencia de la misma ley de que el tiempo que da derecho a la jubilación no sea inferior a 20 años. Y si nada dijeron acerca de la manera como debería determinarse el salario base para la liquidación fue, sencillamente, porque el legislador resolvió contemplar ese punto en otra disposición, como se verá luego. Ese silencio, por lo tanto, no puede tomarse como una prohibición para acumular remuneraciones provenientes de servicios simultáneos.

Las normas fueron, pues, rectamente entendidas, y si se las aplicó a un caso no regulado por ellas, el fenómeno no sería de interpretación errónea como lo plantea el cargo, sino de otra índole.

La esencia del fallo acusado se encuentra en la afirmación que hace el Tribunal de que no existe ordenamiento legal que autorice sumar los distintos salarios devengados por el trabajador cuando ha prestado servicio simultáneamente a varias entidades. La referencia que hace a los arts. 64 de la Constitución Nacional y 1o. de la Ley 78 de 1931 tiene apenas un carácter ilustrativo, en el sentido de que pudiera hallarse en ellos una explicación para el vacío que observa. Pero esas normas no definen la *litis* ni constituyen fundamento de la sentencia.

Mas el *ad quem*, al declarar que no existía disposición que contemplara el caso, acusó ignorancia de los arts. 17, literal b), de la Ley 6a. de 1945 y 3o. de la Ley 65 de 1946, infringiéndolos directamente, por falta de aplicación. El primero estatuye que el empleado u obrero nacional que haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, gozará de una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados. Y el segundo lo adicionó con la expresión "en el último año de servicio", es decir, que para determinar el salario que debe servir de base para liquidar la pensión ya no se tomaría el promedio de todos los sueldos devengados por el trabajador durante los veinte años, sino únicamente los percibidos en los últimos doce meses.

Para la Sala resulta indudable que la cuestión discutida en el juicio cae bajo el dominio de estas normas y que, conforme a ellas, el trabajador con requisitos para gozar del beneficio jubilatorio tiene derecho a que se le sumen los salarios que devengó como contraprestación por sus servicios en el último año de labores, y que con el promedio de ellos se le practique la respectiva liquidación. Dichos preceptos hablan de sueldos, o salarios o jornales devengados, sin hacer distinción entre los que se hayan recibido de una sola entidad o de varias, de manera que debe entenderse que regulan ambas situaciones y que la intención del legislador fue la de que todas las remuneraciones percibidas por el trabajador como retribución de sus servicios en el último año fueran tenidas en cuenta para determinar el monto de su pensión. Este criterio es el que mejor consulta las reglas de equidad, porque si a un trabajador se le ha permitido desempeñar varios cargos y ha podido hacerlo porque los horarios no eran incompatibles, no hay razón, —frente a las normas que se examinan y ante la prestación efectiva del servicio y la realidad de los pagos que le fueron hechos— para que no se acumulen esas remuneraciones con el objeto de establecer cuál fue el salario promedio realmente devengado. Como no sería justo tomar una sola de ellas, con exclusión de las otras, para reconocer una pensión cuyo valor no corresponde a lo querido por la ley, además de que no se ve claro cuál sería la línea de conducta que debe seguirse para llevar a cabo esa selección o escogencia entre los distintos sueldos.

Si aquellas entidades admitieron la prestación de los servicios y los remuneraron, no pueden ampararse posteriormente en la prohibición que contiene la norma constitucional —en caso de que el desempeño de los varios cargos no encajen dentro de las excepciones que ella permite— para abstenerse de reconocer y pagar la pensión de jubilación conforme a las reglas que la gobiernan: "Nemo auditur propiams turpitudinem allegans".

Hubo violación de las mencionadas disposiciones legales y el cargo prospera, en consecuencia.

Como el segundo ataque tiene el carácter de subsidiario y fue formulado para el evento

de que el primero no tuviera éxito, no es necesario proceder a su estudio.

Consideraciones de instancia

Para efectos de la decisión de instancia, advierte la Corte que su competencia se circunscribe al aspecto del fallo impugnado en el recurso, es decir, a lo relacionado con el reajuste de la pensión que el Departamento de Antioquia le reconoció al actor. El sentenciador admitió que la demanda estuvo bien dirigida y su competencia para conocer de ella, determinaciones con las cuales se conformó la entidad demandada al no interponer recurso de casación. A esas cuestiones, por consiguiente, no puede referirse ahora la Sala.

Aparece plenamente comprobado en el juicio —y no constituye motivo de discusión— que el demandante Restrepo prestó servicios por más de 20 años al Municipio de Medellín, al Departamento de Antioquia y a la Caja Nacional de Previsión Social y que es mayor de 50 años de edad. Sobre estas bases el Departamento le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de $ 356.74 mensuales, pero para liquidarla no tuvo en cuenta los salarios de $ 320.00 y $ 55.79 mensuales que le pagó en el último año de labores como profesor y como médico, respectivamente, del Instituto Isabel La Católica. Como dichas remuneraciones deben computarse para establecer el salario promedio que debe servir de base para la liquidación, de conformidad con lo preceptuado por los art. 17, literal b), de la Ley 6a. de 1945 y 3o. de la Ley 65 de 1946, es procedente el reajuste reclamado en la demanda. Así lo hizo el Juzgado en cuantía de $ 250.52 mensuales, y como ese guarismo es el que se obtiene después de realizar las operaciones aritméticas correspondientes, su providencia deberá ser confirmada.

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 materia del recurso, en cuanto absolvió al Departamento de Antioquia por concepto del reajuste de la pensión de jubilación impetrado en la demanda, y, en su lugar, CONFIRMA la proferida por el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

Sin costas.

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

Jorge Gaviria Salazar, Jorge Vélez García, Conjuez. *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

La pensión de jubilación no compensa servicios, sino que ella se reconoce por servicios ya prestados que confieren un derecho al trabajador de percibirla cuando ya no los sigue prestando.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.

(Aprobación: Acta No. 83).

Horacio Vélez Marín, mayor y vecino de Medellín demandó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín, para obtener el pago del auxilio de cesantía en su complemento, en subsidio de la pensión de jubilación especial, que pide como cosa principal; prima de servicios; preaviso en dinero por despido injusto, o lucro cesante en subsidio; indemnización por mora y costas judiciales.

Según los hechos de la demanda, Horacio Vélez Marín prestó sus servicios a la empresa bancaria Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Medellín, desde mayo 8 de 1945 hasta el 14 de septiembre de 1949 y desde el 22 de marzo de 1950 hasta el 1o. de 1961, fecha en que fue despedido sin justa causa; el último sueldo fue de $ 932.60 mensuales; al solicitar la pensión especial de jubilación, la empresa demandada se negó a reconocerla; la intervención del demandante en un negocio particular lícito, fue calificada en forma exagerada e injusta por funcionarios de la Caja en Bogotá, lo que lo obligó a dar explicaciones; entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario y la empresa demandada se celebró una convención colectiva de trabajo, por medio de la cual se pactó un preaviso graduado hasta ciento cincuenta días, cuando el despido no ha sido con justa causa.

Al contestar la demanda, el apoderado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, aceptó unos hechos y negó otros. Se opuso a las peticiones por las siguientes razones: al complemento de la cesantía, por haber sido cumplido el despido por causal de prohibición calificada como falta muy grave por el Reglamento de Trabajo; a la pensión de jubilación especial, porque el despido fue justo; a la prima de servicios, preaviso en dinero o lucro cesante en subsidio, porque el plazo presuntivo no puede operar en el caso que motivó el despido; y en cuanto a la indemnización por mora, por ser la Caja un Establecimiento Público Descentralizado que hace parte de las instituciones oficiales, y porque la Caja pagó por consignación la suma de $ 5.023.83, que creía deber. Propuso las excepciones de solución por consignación, y carencia de causa, fundada en el despido justificado y la inaplicabilidad legal de la indemnización por mora por tratarse de un establecimiento público.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Quinto del Trabajo de Medellín, dictó sentencia por medio de la cual condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín, a reconocer y pagar a Horacio Vélez Marín cuatrocientos catorce pesos con 48/100 ($ 414.48) mensuales como pensión especial de jubilación a partir del 2 de mayo de 1961, quedando autorizada la empresa para descontar de esa cantidad los anticipos de cesantía efectuados, en cuotas que no excedan del 20% mensual, y seiscientos veintiún pesos con 73/100 ($ 621.73) por prima de servicios. Absolvió a la empresa demandada de los demás cargos formulados; y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior de Medellín al decidir la alzada, condenó a la entidad demandada a pagar a Horacio Vélez Marín quinientos veinticuatro pesos con 58/100 ($ 524.58) mensuales como pensión especial de jubilación, a partir del 2 de mayo de 1961, quedando autorizada la empresa para descontar la suma de cinco mil cuarenta y tres pesos con 41/100 ($ 5.043.41) que el demandante recibió por liquidaciones parciales de cesantía; dos mil cuarenta pesos con diez centavos $ 2.040.10) por lucro cesante y seiscientos

treinta y dos pesos con 09/100 ($ 632.09) como prima de servicios proporcional al tiempo trabajado en el primer semestre de 1961. Absolvió a la empresa demandada de los demás cargos que le fueron formulados y declaró no establecidas las excepciones perentorias propuestas.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que fue concedido por el Tribunal Superior y admitido por esta Sala. El doble recurso se estudiará previo el estudio de las demandas y las respectivas réplicas, comenzando por el recurso de la entidad demandada, por razones de lógica.

Demanda del patrono

Pretende que se case parcialmente el fallo recurrido en la parte relativa a las condenas impuestas contra la parte demandada. Con base en la causal primera formula cuatro cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley por interpretación errónea de los arts. 3o. y 4o. del C. S. del T.

Para el recurrente los preceptos que señala como violados son muy claros en el sentido de que el C. S. del T., solamente se aplica a los trabajadores particulares, de empresas privadas, y que las relaciones laborales de quienes prestan sus servicios a la Administración Pública, a los ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores oficiales, se habrán de regir por los Estatutos especiales que se dicten; y como no se han dictado, siguen rigiendo las normas sustantivas anteriores al C. S. del T. Siendo la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, una entidad semioficial, un establecimiento público descentralizado, según constante jurisprudencia de la Corte, del Consejo de Estado, de los Tribunales Superiores y de los Juzgados, el Tribunal Superior de Medellín, —continúa el recurrente— interpretó erróneamente los arts. 3o. y 4o. del C. S. del T., al considerar que le era aplicable ese Estatuto, y concretamente su art. 267, que establece la pensión especial de jubilación por despido injusto después de 15 años de trabajo, a cuyo pago condenó el Tribunal, por lo cual violó la ley sustancial por interpretación errónea de los mencionados artículos.

Transcribe luego el acusador apartes del fallo de la Corte Suprema de Justicia de marzo 27 de 1957, por medio del cual se declaró exequible el art. 2o. de la ley 14 de 1947, y en donde se concluye que la Caja de Crédito Agrario no es una Institución de derecho privado con fines privados. Concluye así el recurrente: "Lo expuesto es suficiente para que prospere este primer cargo, porque si ya esa H. Corte Suprema de Justicia hablando no para decidir un conflicto entre particulares, sino en uso de la atribución que tiene para ser guardiana de la Constitución Nacional, definió la naturaleza jurídica de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y consideró acorde con la misma Carta la intervención del Gobierno Nacional para reglamentar sus funciones como Entidad semioficial que es, mal podría la misma Corte sostener en el presente juicio, que la Caja es una Entidad de carácter privado, una empresa particular gobernada en lo laboral por el C. S. del T. Esto significa que debe infirmarse el fallo acusado en la parte mediante la cual condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a pagar una pensión especial de jubilación al demandante señor Horacio Vélez Marín dando aplicación al art. 267 del C. S. del T. que como se dijo ya, es una norma exclusiva, al menos en la época en que se despidió al actor, para los trabajadores particulares y que no tenía entonces similar o análoga dentro de las normas laborales que regían la materia en cuanto alude a los trabajadores oficiales".

La oposición.- Para el opositor la acusación constituye un medio nuevo en casación, pues en ningún momento la demandada planteó que no fueran aplicables a la relación surgida entre las partes las normas del C. S. del T., y por el contrario, el debate se adelantó en el dominio de aplicación de dicho estatuto, y que además, el Tribunal no interpretó erróneamente los arts. 3o. y 4o., ya que no se equivocó acerca del sentido de ellos, o sea de la finalidad de los mismos o acerca de su contenido, y que la aplicación del art. 267 del C. S. del T. no obedeció al error que se le atribuye, sino a valoraciones de hechos que se le situaron por las partes en terreno no controvertido y que le imponía inequívocamente el juzgamiento de ellos conforme al C. L. Agrega que las definiciones jurisprudenciales alegadas no demuestran que a la entidad demandada deba estimársela fuera de la órbita del C. S. del T.

Se considera:

El Tribunal no hizo referencia alguna a los

arts. 3o. y 4o. del C. S. del T. para llegar a la conclusión de que dicho estatuto cobijara la relación laboral existente entre demandante y demandado. Se limitó a aplicar el art. 267 del C. S. del T. por estimar que el demandante trabajó quince años y fue despedido sin justa causa, supuesto fáctico contemplado en la norma para tener derecho a la pensión especial de jubilación. Si no tuvo en cuenta dichos artículos, no pudo desentrañar su sentido en una dirección opuesta a la que el impugnador considerara como la correcta. No habiendo fundamento el Tribunal su decisión de aplicar el art. 267 del C. S. del T., en los arts. 3o. y 4o. del mismo código, no puede hablarse de interpretación errónea, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: "La acusación por interpretación errónea sólo cabe afirmarla cuando la sentencia no consulta al verdadero entendimiento de un precepto en que se ha informado la misma". (Casación de 17 de julio de 1957).

Por lo tanto, al haberse escogido una vía equivocada para la formulación del cargo, este no prospera.

Segundo cargo

Acusa la sentencia recurrida por aplicación indebida de los arts. 3o y 4o. y 267 del C. S. del T., porque sin que mediaran errores de hecho o de derecho, se les hizo producir efectos jurídicos contrarios a los perseguidos por sus mismas normas.

Dice el recurrente que este cargo es una consecuencia lógica del anterior. Que si la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero es, como lo dijo la Corte, una entidad de servicio público, es decir, semioficial, aplicó indebidamente el Tribunal los arts. 3o. y 4o. del C. S. del T., porque en el primero de ellos claramente se estipula que dicho código regula las relaciones de Derecho Individual del Trabajo de "carácter particular", y en el segundo también se dice que las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por dicho Código sino por los estatutos que posteriormente se dicten, y en ese mismo orden de ideas se aplicó indebidamente el art. 267 del mismo código, porque también se estipula que la pensión especial de jubilación creada por esa norma rige para "todo trabajador comprendido por este título", o sea el capítulo I del Título IX del Código que trata de las "prestaciones patronales especiales". Es decir, —continúa el acusador— que el art. 267 del C. S. del T. cobija a los patronos o empresas que se determinan en ese mismo título, y como el art. 260 ibídem habla de los trabajadores que prestan servicios a una misma empresa de capital de $ 800.000.00 o superior, para quienes se crea el derecho a la pensión de jubilación total, se concluye lógicamente que el art. 267 incluído dentro de ese capítulo de prestaciones patronales especiales no podía aplicarse a los trabajadores de un establecimiento público descentralizado o entidad semioficial como es la demandada, y al hacerlo así, el sentenciador violó la ley sustantiva por aplicación indebida de las normas citadas.

Se considera:

El Tribunal estimó que el demandante tenía derecho a la pensión especial de jubilación, porque "Resultan configuradas, así, en el presente caso, los presupuestos a que alude el art. 267 antecitado, por cuanto el demandante laboró en favor de una misma y sola empresa, si bien en diferentes dependencias dentro de la organización de la misma, la cual tiene un capital presunto superior a $ 800.000.00, durante más de quince años, en forma discontinua, y fue despedido sin justa causa".

De la transcripción anterior se desprende que el ad quem estimó que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero era una empresa de carácter privado, sujeta en lo laboral a las normas del C. S. del T. Ahora bien: si la entidad demandada es como lo afirma el recurrente, un organismo semioficial o un establecimiento público descentralizado, tal calidad debió serle atribuída por una ley o leyes que le dieron el carácter de semioficial o crearon la persona jurídica conocida con la denominación de establecimiento público descentralizado. Esas leyes no fueron señaladas como violadas por el impugnador, lo que impide a esta Corporación buscarlas oficiosamente para confrontar la sentencia recurrida con ellas, y casarla en el supuesto de que la contradiga. Para desvirtuar la estimación del Tribunal sobre la calidad de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero como entidad privada, se hace necesario oponerla a las normas legales que le niegan ese carácter y le atribuyen el de oficial o semioficial, y como el recurrente no las señaló, ha quedado incompleta la acusación. La jurisprudencia citada por el acusador, contenida en

un fallo de esta Corporación en pleno, y en la cual fundamenta principalmente su argumentación, no basta por sí sola para que esta Sala considere la sentencia recurrida como violatoria de ley sustancial, pues la jurisprudencia no es susceptible de señalarse como violada en el recurso de casación.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Cargo tercero

Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, causada por apreciación errónea de pruebas legalmente producidas dentro del proceso, o sea por errores de hecho manifiestos, lo cual incidió en la parte resolutiva del fallo condenatorio. Las normas legales violadas son el art. 1o. del Decreto 616 de 1954, que modificó el art. 48 del C. S. del T. y 64 del mismo código; los arts. 58, numeral 1o. y numeral 8o. del aparte A) del art. 62 del mismo código. Las pruebas erróneamente apreciadas son: "a) Copia debidamente autenticada por el Ministerio del Trabajo del Capítulo XVI (Artículos 56 a 65) del Reglamento Interno de Trabajo de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, remitido en respuesta al Exhorto No. 173 del 7 de diciembre de 1961, procedente del Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín, (fls 64 a 67 del C. No. 1); b) Contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la demandada el 19 de mayo de 1954 (fl. 11 del C. No. 1); c) Tarjeta de personal u hoja de vida correspondiente al demandante (fls. 12 a 15 del C. No. 1); d) Copia del oficio P-26427 del 21 de marzo de 1961 mediante el cual el Departamento de Personal de la Caja Agraria formuló cargos al empleado señor Horacio Vélez Marín (fls. 19 y 20 del C. No. 1); e) Carta de despido fechada el 27 de abril de 1961, en la cual el Secretario de la Sucursal de Medellín le trascribió al empleado Horacio Vélez Marín el mensaje remitido a la Casa Principal fechado el 26 del mismo mes, según el cual el trabajador quedaba cancelado a partir del 2 de mayo "por faltas contempla ord. g art. 56 Reglamento Interno Caja sin derecho preaviso según art. 59 mismo Estatuto". f) Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Entidad demandada y el Sindicato, que debidamente autenticada por el Ministerio del Trabajo figura a fl. 68 a 71 del C. No. 1, remitida también como respuesta al Exhorto No. 173 que obra al fl. 64. g) Certificados sobre tiempo de servicios del demandante y que obran a fls. 34, 46 y 63 del C. No. 1; h) Liquidación de prestaciones sociales del demandante (fl 38 del C. No. 1); i) Copia debidamente autenticada del art. 107 del Reglamento de Sucursales y Agencias de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero remitido al Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín por el Director del Departamento de Sucursales y Agencias, en respuesta al oficio No. 795 del 7 de diciembre de 1961 (fls. 57 a 59 del C. No. 1)".

Analiza el recurrente las pruebas señaladas y la forma como a su juicio fueron erróneamente apreciadas. Y concluye así: "esta errada apreciación de las pruebas llevó pues al Tribunal a violar la ley sustantiva, concretamente los arts. 1o. del Dcr. 616 de 1954 que modificó el art. 48 del C. S. del T. y 64 del mismo Código, presceptos estos al tenor de los cuales en los casos de pago de salarios por preaviso o por lucro cesante, se liquidan sobre la asignación que estaba devengando el trabajador en el momento de la ruptura unilateral del contrato y no por el salario promedio del último año de servicios como erradamente lo dijo el Tribunal Superior de Medellín. Las pruebas que se dejan estudiadas en cuanto a su apreciación errada por el fallador de segundo grado, incidieron en la parte resolutiva de la sentencia acusada. Porque al desestimar las normas reglamentarias que establecen para la Caja Agraria la escala de faltas y sus respectivas sanciones, y el reglamento administrativo de Sucursales y agencias que fijó una expresa prohibición para los Inspectores Avaluadores, al apreciar erradamente la carta de despido y el contrato de trabajo, íntimamente ligados con los Reglamentos ya citados, violó el Tribunal Superior de Medellín las normas de carácter sustantivo que establecen las causales para dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo, a saber los arts. 58 (numeral 1o.), y numeral 8o. del aparte A) del art. 62 del C. S. del T. por cuanto que esas normas fundamenta la demandada su derecho en el despido del demandante, respaldada en las pruebas que se han aducido a este proceso y que fueron erradamente apreciadas, según ha quedado demostrado en este cargo. Esa violación indirecta incidió en la parte resolutiva de la sentencia acusada, por cuanto que al no aceptar el despido por causa justa del trabajador, se condenó a la parte que represento a pagar al actor diversas prestaciones sociales cuyo derecho solamente nace en casos de despido injusto, como son pensión de jubilación especial por haber prestado servicios en forma discontinua durante más de quince años y menos de veinte, lucro cesante y prima de servicios proporcional al pri-

mer semestre de 1961, siendo de advertir la enorme contradicción en que incurrió el fallador entre la parte motiva y la resolutiva, porque en la primera juzgó aplicable una indemnización por preaviso y en la resolutiva condenó por lucro cesante, siendo estas dos indemnizaciones de naturaleza jurídica distinta".

Aun cuando el impugnador no dice claramente en qué consistió el error de hecho, del análisis que hizo de las pruebas se desprende que le atribuye al sentenciador no haber dado por demostrado que existió justa causa para despedir al demandante; haber dado por demostrado que la indemnización por despido injusto es la pactada en la convención colectiva, y no haber dado por demostrado que el salario para liquidar la indemnización por despido injusto fue de $ 654.00 y no el de $ 932.60 tomado como base por el Tribunal.

Se considera:

Como el recurrente se refiere a las pruebas en forma separada, alegando respecto a cada una la forma errónea en que según su criterio fue apreciada por el ad quem, se seguirá por la Sala el mismo sistema, para mejor desarrollo del estudio del cargo.

a) Para el Tribunal no se acreditó que el Reglamento de Trabajo hubiese sido publicado en el lugar del trabajo, mediante fijación de dos copias en lugares visibles, o por habérsele entregado al trabajador bajo recibo firmado por él, una copia de dicho reglamento. El impugnador dice que este punto no fue materia de debate o controversia, y que como se presume que toda persona cumple con la ley mientras no se demuestre lo contrario, es obvio que la demandada no tenía por qué probar esa publicación, por lo cual ha debido dársele valor probatorio a los artículos del Reglamento de Trabajo aportados como prueba. Ahora bien: la copia del capítulo XVI del Reglamento de Trabajo fue remitida al Juzgado del conocimiento por la División de Asuntos Individuales, autenticada por la Secretaría. No aparece allí ninguna constancia sobre su publicación. De manera que no la apreció erróneamente el sentenciador al estimar que esa copia no acreditaba tal hecho. Tampoco estaba obligado a presumir que la empresa demandada cumplió con el requisito de la publicación, pues tal presunción no está consagrada en la ley, y como la defensa se fundamentó en la violación de normas del Reglamento de Trabajo, bien podía exigir la prueba de la publicación a quien lo aducía en su favor.

b) Contrato de trabajo. —Con base en que en el contrato de trabajo se estipuló que la Caja podía terminar la relación laboral por las causales previstas en el Reglamento de Trabajo, y que las partes declararon que el contrato se regía por dicho Reglamento, dice el recurrente que tales estipulaciones indican que el trabajador tenía conocimiento de ese Estatuto. A juicio de la Sala el Tribunal no apreció erróneamente esta prueba al no deducir que el trabajador conocía el Reglamento de Trabajo, pues el hecho de que manifestara someterse a sus normas no indicaba necesariamente que las conocía, ni que se hubieran cumplido los requisitos exigidos por el art. 120 del C. S. del T., que el ad quem echó de menos.

c) Carta de despido. —Afirma el impugnador que este documento fue apreciado erróneamente, por cuanto el sentenciador consideró que el despido se produjo de conformidad con el ord. 6o. del art. 55 del Reglamento, y en él se invocó el ord. g) del art. 56 y el art. 59 de dicho Estatuto. No es cierta la acusación, pues el Tribunal, refiriéndose al hecho que le imputaba la Caja al Trabajador, dijo que "Fue considerada por esta como una falta muy grave, suficientemente justificativa, por tanto, el despido del trabajador, sin previo aviso, de conformidad con los arts. 55, ord. 6o., 56 literal g) y 59 del Reglamento Interno del Trabajo". Es decir, se refirió a los arts. del Reglamento invocados en la carta, y al 55, ord. 6o., alegado en la contestación de la demanda (fl. 6 vuelto).

d) Convención colectiva de trabajo. —Respecto a esta prueba dice el impugnador: "Como el Tribunal al estudiar la Convención Colectiva dijo que por el despido injusto el trabajador tenía derecho a la indemnización por falta de preaviso consagrada en la Cláusula Octava de la Convención Colectiva del Trabajo", apreció erradamente este documento porque repetimos, la indemnización de 150 días de que trata esa cláusula se refiere a los casos en que la Caja aplique la cláusula de reserva a un trabajador sindicalizado. Considera la Sala: la cláusula octava de la convención colectiva dice: "...Estabilidad y ascensos. Cláusula de Reserva. Amplíase la indemnización a que hubiere lugar cuando la Caja haciendo uso de la Cláusula de Reserva prescinda del preaviso en tiempo para pagar en dinero los salarios correspondientes a aquel, así...". Claramente se observa que la indemnización pactada se refiere al caso de que

la terminación del contrato tiene como causa el uso de la cláusula de reserva, y no cuando es sin justa causa. De manera que al decir el Tribunal que la indemnización debida era la contemplada en la convención colectiva vigente entre las partes, incurrió en error de hecho evidente, pues el demandante no fue despedido con fundamento en la cláusula de reserva, sino que la terminación del contrato se produjo unilateralmente y sin justa causa. En este caso procede la condena de acuerdo con la indemnización señalada en la ley, y así se decidirá en el fallo de instancia que se dicte por la prosperidad del cargo en este punto.

f) Sostiene el impugnador que el Tribunal apreció erradamente la copia del Reglamento de Sucursales y Agencias con el Reglamento Interno de Trabajo de la Caja, pues exigió para el primero los requisitos de publicación a que se refiere el art. 120 del C. S. del T. Ahora bien: es cierto que el ad quem estimó que no se habían cumplido los requisitos de publicación del art. 120 C. S. T. respecto al Reglamento de Sucursales y Agencias, asimilándolo así al Reglamento de Trabajo. Pero esta equivocada calificación no incide en la decisión tomada sobre la causa del despido, pues también consideró que no se había demostrado la publicación del Reglamento de Trabajo, el cual hace referencia al otro Reglamento para efecto de las sanciones y despido. Y como no ha sido desvirtuada esta última apreciación, queda en firme la conclusión del ad quem, quien además estimó que no se había demostrado que la falta se cometió dentro de las zonas asignadas por la Caja al demandante para desempeñar sus funciones, soporte del fallo que tampoco ha sido desvirtuado.

g) En relación con los certificados sobre tiempo de servicios y la liquidación de prestaciones sociales, dice el acusador que fueron erradamente apreciadas en cuanto a la determinación del último sueldo devengado por el demandante, lo mismo que la tarjeta de personal de fl. 12, pues en ellos claramente se especifica que Horacio Vélez Marín devengó como sueldo básico $ 545.00 y prima de antigüedad $ 109.00, y que el Tribunal estimó como último sueldo el de $ 932.60, que resultaba de agregarle al sueldo mensual certificado por la Caja, el valor de otros factores que de acuerdo con el art. 127 del C. S. del T. constituyen salario. Dice que la cantidad de $ 932.60 es un salario promedio para la liquidación del auxilio de cesantía, y no el salario que estaba devengando el trabajador en el momento de la cancelación del contrato. La Sala considera que si el Tribunal estimó que las primas y otros elementos constituían salario al tenor del art. 127 del C. S. del T., ha debido señalarse esta norma como violada. Al no hacerlo así, la acusación es incompleta.

En consecuencia, de lo expuesto, únicamente prospera el cargo en lo referente a que no es la indemnización pactada en la convención colectiva a la que tiene derecho el trabajador demandante, y no prospera en lo demás.

Cuarto cargo

Acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, que hace consistir en la falta de apreciación de algunas pruebas presentadas por la parte demandada, lo que indujo al fallador a errores de hecho manifiestos, que tuvieron como consecuencia práctica la violación de normas legales y la consiguiente condena en contra de la parte demandada, lo que no hubiera acaecido si el Tribunal tiene en cuenta dichas pruebas. Analiza el recurrente las pruebas no apreciadas y concluye así: "...Si el Tribunal Superior de Medellín hubiera apreciado estas pruebas hubiera deducido lógicamente las siguientes conclusiones: Que en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero existe un Reglamento de Trabajo en el cual se considera como falta muy grave la violación de las obligaciones especiales que incumben al trabajador, lo que acarrea a este su despido sin preaviso, si se hubiera apreciado el art. 107 del Reglamento de Sucursales y Agencias cuya copia debidamente autenticada figura a los fls. 57 a 59 del C. No. 1, se hubiera concluído también que en la Caja Agraria existe una reglamentación administrativa de obligatorio cumplimiento para los Inspectores Avaluadores, cargo este que desempeñó el actor al servicio de la demandada; que en el contrato de trabajo el trabajador había aceptado que su contrato podía cancelarse por cualquiera de las causales establecidas en los arts. 61, 62, 63 y siguientes del C. S. del T. y que ese contrato se gobernaba también por el Reglamento de Trabajo de la Institución; y finalmente que en el despido del señor Vélez Marín se cumplieron extrictamente las disposiciones contenidas en el art. 64 del Reglamento Interno de Trabajo y en la Cláusula *novena* de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 2º de marzo de 1960. Esa falta de apreciación de tales pruebas, significó la violación de las normas sustantivas que se contienen en el numeral 1o. del art. 58 y en el nú-

meral 8o. del aparte a) del art. 62 del C. S. del T. y esa violación indirecta de la ley por falta de apreciación de pruebas que condujo al fallador al error de hecho consistente en que el despido del demandante había sido injusto por no estar demostrada la falta grave ni su calificación como tal, ni la sanción que acarreaba la comisión de esa falta, tuvo como lógica conclusión incidencia en la parte resolutiva del fallo acusado ya que se condenó a la parte demandada al pago de prestaciones sociales que solamente se causan, cuando de empresas particulares se trata, en aquellos casos en que un trabajador ha sido despedido sin justa causa: así la pensión de jubilación especial por servicios discontinuos durante más de quince años y menos de veinte y así la prima de servicios proporcional al primer semestre de 1961. Dígase lo mismo para la condena a lucro cesante dando errónea interpretación al art. 64 del C. S. del T.".

Se considera:

El recurrente señala como pruebas no apreciadas por el Tribunal la carta de despido (fls. 28 y 41 del C. No. 1); la copia debidamente autenticada del capítulo XVI (arts. 57 a 65) del Reglamento Interno de Trabajo (fls. 64 a 67 del C. No. 1) y el contrato de trabajo suscrito entre las partes (fl. 11 del C. No. 2). Sin embargo, el ad quem sí apreció dichas pruebas y el mismo impugnador así lo reconoce al señalarlas como erróneamente apreciadas en el cargo anterior.

Requiere el rigorismo del recurso extraordinario que se señalen exactamente, cuando se trata de violación de la ley a través de errores de hecho, cuáles pruebas fueron apreciadas erróneamente y cuáles no fueron apreciadas, y que constituye una falta de técnica atribuirle al sentenciador la comisión de un error por no haber apreciado una prueba, cuando en realidad sí lo hizo. Por esta razón no se estudiará el cargo en cuanto señala como no apreciadas las pruebas a que se ha hecho mención, que sí lo fueron por el ad quem.

Respecto a los documentos que obran a fls. 19 y 20, 21 y 22 y memorado J. L. 14851 del 21 de abril de 1961 del Departamento Jurídico para el Departamento de Personal, dice el recurrente que ellos demuestran que la Caja cumplió la tramitación establecida por el art. 64 de su Reglamento de Trabajo en armonía con la cláusula novena de la convención colectiva suscrita el 2 de marzo de 1961. Ahora bien: en el supuesto de que dichos documentos demostraran lo aseverado por el impugnador, tal hecho no tendría incidencia alguna en las decisiones del ad quem, pues este no las fundamentó en la ausencia del procedimiento señalado en la convención colectiva para el despido, sino en otros hechos que no han sido desvirtuados. En consecuencia, no prospera el cargo.

Recurso del trabajador demandante

Pretende que esta Corporación infirme parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto dicha providencia descuenta del valor de la indemnización por despido injusto, el monto de cinco meses de pensión, y en cuanto absuelve por concepto de indemnización por mora: que revoque las absoluciones que por tales extremos contiene la sentencia de primer grado, y que en su lugar, condene a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín, a pagar a Horacio Vélez Marín cuatro mil seiscientos sesenta y tres pesos por indemnización de perjuicios, la indemnización total por mora o en subsidio mil ochenta y ocho pesos con tres centavos por tal concepto y las costas del juicio.

Con fundamento en la causal 1a. formula tres cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar los arts. 64 y 267 del C. S. del T., por interpretación errónea.

Transcribe el recurrente los apartes de la sentencia recurrida en los cuales el ad quem estima que del lucro cesante debe descontarse lo que el demandante reciba por concepto de la pensión especial de jubilación; y los arts. 64 y 267 del C. S. del T., y luego dice: "...La primera disposición transcrita habla del pago de salarios como indemnización de lucro cesante en caso de despido ilegal. La jurisprudencia ha entendido que de dicha indemnización deben descontarse los valores que el trabajador perciba en el mismo lapso a título de salarios, pero de ninguna manera se puede entender que de tal indemnización se puedan deducir las sumas que el trabajador perciba por otro concepto, como son las mensualidades de una pensión de jubilación. Ha entendido la jurisprudencia que la indemnización de perjuicios por lucro cesante obedece a la reparación del daño sufrido por el trabajador al ser colocado en situación de no percibir la remuneración de sus servicios, pero es natural que si se demuestra que en realidad

recibió esa remuneración de otro patrono, debe mermarse la indemnización en cuanto al daño no fue sufrido. La pensión de jubilación no es una remuneración por servicios que se presten, luego no puede entenderse el art. 64 en el sentido de que la indemnización allí consagrada se compensa con cualquier suma que el trabajador reciba por otro concepto. Cuando se produce el despido ilegal de un trabajador que ha prestado servicios por más de quince años y ha cumplido cincuenta años de edad, no solamente se le priva de recibir salario por sus servicios, sino que se trata de impedir que el trabajador reciba su jubilación. El primer efecto debe indemnizarse de acuerdo con el art. 64 del C. S. del T., y el segundo produce la pensión sanción de que trata el art. 267 de la misma obra. Con la interpretación de la sentencia acusada, se llegaría a la absurda conclusión de que un patrono que tuviera un trabajador jubilado por otra empresa, podría despedirlo ilegalmente sin pagarle indemnización alguna, pues diría que ella estaba compensada con la pensión que el trabajador recibía. La correcta interpretación de las normas citadas y transcritas es la de que la indemnización por lucro cesante se compensa con lo que el trabajador reciba durante el tiempo faltante para vencerse el plazo pactado o presuntivo, por concepto de salario, pero de ninguna manera con sumas que reciba por otros conceptos. De lo anterior resulta que la sentencia acusada contiene una interpretación errónea de las normas, que la condujo a reducir la indemnización a que tenía derecho el demandante, por lo cual debe casarse la sentencia acusada, en tal punto, revocarse la absolución de fallo de primer grado y condenar a la demandada al pago de toda la indemnización, o sea, al salario de cinco meses".

Se considera:

El Tribunal, luego de establecer que el demandante tiene derecho a una indemnización por despido injusto de 150 días de salario, se expresó así: "...Pero, de hecho, como la empresa demandada debe pagarle al demandante la pensión especial de jubilación de que aquí se trata, precisamente desde la fecha de la desvinculación, el expresado lucro cesante queda reducido a $ 2.040.10, en armonía con la conocida jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual, 'Del valor del lucro cesante a que se refiere el art. 64 del C. S. del T., debe descontarse el valor de los salarios que devengue el trabajador con otro patrono (o con el mismo, agrega la Sala) durante el tiempo que haga falta para completar el plazo pactado o presuntivo (o el correspondiente preaviso, vuelve a agregarse) del contrato cuyo rompimiento dio lugar precisamente a la indemnización por lucro cesante' (Cas., 30 abril 1956, D del T., vol. XXIII, núms. 136-138, pág. 213)".

Como puede observarse, el Tribunal estimó que las sumas devengadas por conceptos de la pensión de jubilación eran asimilables a salarios para descontarlos de la indemnización por lucro cesante. Erró el sentenciador al hacer esta asimilación, pues como lo anota el recurrente, la pensión de jubilación no es una remuneración por servicios prestados. La jurisprudencia citada por el ad quem es acertada, pues teniendo como finalidad la indemnización por despido injusto resarcir el daño que sufre el trabajador al no percibir su salario, ese daño se ve disminuído si durante el término que falta para vencerse el plazo contractual, recibe salarios de otros patronos. Pero la pensión de jubilación no compensa servicios, sino que ella se reconoce por servicios ya prestados que confieren un derecho al trabajador de percibirla cuando ya no los sigue prestando. Y concretamente, respecto a la pensión especial del art. 267, no solo se adquiere el derecho por los servicios prestados sino también porque el despido injusto priva al trabajador del derecho a disfrutar la pensión plena. Y como la indemnización por despido injusto tiene como causa el incumplimiento del plazo del contrato de trabajo, no hay razón alguna para que de esta se ordene descontar el valor de la pensión que adquirió el trabajador como sanción al patrono por haberle impedido el disfrute de una prestación. En consecuencia, el Tribunal erró al interpretar en la forma ya vista los arts. 64 y 267 del C. S. del T. Como el cargo prospera, en el fallo de instancia se ordenará el pago completo de la indemnización por despido injusto, sin deducción alguna, pero teniendo en cuenta la prosperidad parcial del cargo tercero de la demanda del patrono.

Cargo segundo

"La sentencia acusada violó los arts. 64 y 267 del C. S. del T., por aplicación indebida, sin que mediaran errores de hecho o de derecho, ya que les hizo producir efectos distintos a los queridos por las normas".

Como este cargo persigue los mismos fines

que el anterior, que prosperó, se hace innecesario su estudio.

Tercer cargo:

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida el art. 65 del C. S. del T., sin que mediaran errores de hecho ni de derecho, ya que le hizo producir efectos distintos a los queridos por la norma".

Transcribe el recurrente lo pertinente del fallo recurrido y luego dice: "...La sentencia acusada encuentra que el despido no fue justificado, pues la parte demandante no demostró que los hechos hubieran ocurrido dentro de la jurisdicción de trabajo del demandante, ni que la falta atribuída estuviese contemplada en el reglamento de trabajo como causal de despido justificado. Luego la misma sentencia halla que la causal alegada como justificativa del despido no existía dentro de lo probado en el proceso. No es pues el caso de que alegada determinada causal contemplada por la ley o por el reglamento, no logre establecerse exactamente que los hechos encajen en ella, lo que podría tomarse como motivo de duda justificada. Lo que ocurrió fue que se alegó para el despido una causal cuya existencia no se demostró en el juicio, o sea, que se alegó una causa de terminación que no existe. En tales condiciones no puede pensarse en la buena fe de la parte demandada, ya que ello conduciría a que alegada una causal imaginaria, no contemplada por la ley ni por el reglamento, se podría alegar que no se incurría en mora por el pago de las consecuencias del despido injusto. Ello abriría la puerta a los despidos injustificados y a la mora al mismo tiempo. El fallo de segundo grado hizo que la norma no produjera sus efectos naturales, pues impidió la indemnización en un caso en que la misma sentencia no encuentra que se hubiera intentado demostrar la existencia de la causal alegada. Por tal motivo se aplicó indebidamente el art. 65 del C. S. del T., ya que si se le hubiera dado el efecto querido por la norma se habría condenado a la indemnización pedida. Aunque existiese verdadera duda sobre la obligación de pagar jubilación y prima, la parte demandada incurrió en mora por cuanto el contrato terminó el primero (1o) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1961) según fue admitido en la contestación de la demanda, y la demandada solamente consignó el cinco (5) de junio del mismo año, según se desprende de la copia que aparece al fl. 32. Ninguna duda podía tener la demandada en cuanto al pago de la cesantía si creía que no debía jubilación, por lo cual ha debido pagar a la terminación del contrato y solamente lo hizo cuarenta días más tarde, por lo cual ha de pagar la indemnización por ese tiempo. Como la sentencia también absuelve por la totalidad de la indemnización, aplicó indebidamente la norma, porque hizo que ella produjera efectos de cumplimiento de la obligación desde el momento en que terminó el contrato, cuando de acuerdo con el art. 65 el cumplimiento solamente se entiende desde que se hace la consignación".

Se considera:

El Tribunal, al referirse a la indemnización por mora, dijo lo siguiente: "...En cuanto a la súplica indemnizatoria por mora en el pago de los conceptos demandados, basta considerar, para confirmar la absolución impartida en el fallo, que tanto en lo relativo a la pensión de jubilación sanción, como a la prima de servicios del último semestre, la empresa abrigó dudas fundadas sobre la existencia de tales obligaciones y, por lo mismo, hay que abonarle la buena fe con que obró al abstenerse de pagar estos conceptos, buena fe que, según la jurisprudencia y la doctrina, es incompatible con la sanción consagrada por el art. 65 del C. S. del T.".

Como puede observarse, el sentenciador aplicó correctamente el art. 65 a un supuesto fáctico que encontró demostrado, la buena fe del patrono. Si esa buena fe no existió, como lo alega el impugnador, es una cuestión de hecho, ajena a la violación directa de la ley, como lo sería también determinar la fecha en que se hizo la consignación de otras prestaciones que no se pedían en el juicio. En consecuencia, no prospera el cargo.

Consideraciones de instancia

Ante la apreciación del Tribunal de que la terminación del contrato de trabajo por parte de la entidad demandada se produjo sin justa causa, que no fue desvirtuada en el recurso, el demandante tiene derecho a la correspondiente indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo prevista en el art. 64 del C. S. del T. No habiéndose fijado término al contrato de trabajo este se presume celebrado por seis meses, con prórrogas sucesivas por el mismo período, al tenor de lo dispuesto en el

art. 47 del C. S. del T. Como la última relación laboral se inició el 22 de marzo de 1950, cuando el 21 de mayo de 1961 se dio por terminado el contrato, el término se había prorrogado hasta el 22 de septiembre del mismo año, o sea, que faltaban 141 días para vencerse. La indemnización equivale a los salarios correspondientes a dicho período, que a razón de un sueldo mensual de $ 932.60, o sea el que tomó el Tribunal para condenar, y cuya cuantía no fue desvirtuada en el recurso, asciende a $ 4.383.22. Al pago de esta suma se condenará a la entidad demandada, pues habiendo prosperado el cargo primero de la demanda del trabajador, no se ordenará deducción alguna por concepto de la pensión de jubilación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en cuanto condenó a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a pagar a Horacio Vélez Marín la suma de dos mil cuarenta pesos con 10/100, ($ 2.040.10), por lucro cesante, y en función de instancia revoca la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a dicha entidad de la petición sobre lucro cesante, y en su lugar condena a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, Sucursal de Medellín a pagar a Horacio Vélez Marín la suma de cuatro mil trescientos ochenta y tres pesos con 22/100 ($ 4.383.22) por lucro cesante. No se casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Jorge Gaviria Salazar, Ricardo Silva, Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá octubre veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).

(Aprobación: Acta No. 50).

Carlos Llano Llano demandó a la empresa "Laboratorios Industriales Farmacéuticos Ecuatorianos S. A." (LIFE), para que fuese condenada a pagarle sumas diversas por concepto de salarios insolutos (comisiones pendientes sobre ventas), reajuste de auxilio de cesantía, primas de servicios, indemnizaciones por "falta de preaviso" y por mora en el pago de las obligaciones laborales pendientes, además de la pensión jubilatoria especial por despido injusto después de diez años de servicios, para que su pago se haga efectivo a partir de la fecha en que el actor cumpla sesenta (60) años de edad.

Como hechos sustentatorios de la demanda el actor expuso, en síntesis: 1) Sirvió a la sociedad demandada desde el 1o. de enero de 1951 hasta el 28 de febrero de 1965 en la distribución de los productos de esta, con una retribución en forma de salario básico y comisión sobre ventas; 2) El 28 de febrero de 1965 se produjo la desvinculación del trabajador a solicitud de la Empresa; 3) La Compañía debe al demandante comisiones a más de las prestaciones e indemnizaciones y la pensión pedidas en la demanda.

La sociedad demandada se opuso a las pretensiones del actor, aceptó algunos hechos y negó otros, y sostuvo que el retiro se efectuó por mutuo acuerdo entre las partes.

El juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral Municipal de Medellín, en sentencia de diez y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho, desató el litigio con absolución total para la demandada. Apelada esta decisión por el actor, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en fallo de diez y nueve de abril de mil novecientos sesenta y nueve, reformó la resolución del a quo para condenar a la parte demandada al pago de seis mil doscientos ochenta y siete pesos con veintinueve centavos ($ 6.287.29) por concepto de preaviso y de una pensión restringida de jubilación "a partir de la fecha en que el actor demuestre haber cumplido 60 años de edad".

Contra este fallo del ad quem interpuso en tiempo la parte demandada recurso de casación, el que se concedió y admitió y luego se sustentó en forma legal, con oposición de la contraparte. La Sala, en consecuencia, entra a decidir el recurso extraordinario con base en la demanda y en la réplica correspondientes.

LA DEMANDA DE CASACION

Se propone el recurrente la casación parcial de la sentencia impugnada, en cuanto condenó a la Empresa por conceptos de indemnización de preaviso y de pensión especial jubilatoria, para que la Corte, como tribunal de instancia, confirme la sentencia del a quo, con absolución total para la demandada. Y con miras a conseguir su propósito, formula tres cargos, basados en la causal primera del art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, que se estudian y deciden en su orden.

Primer cargo.

El recurrente empieza por examinar el contenido de los arts. 260 y 267 del C. S. del T., que consagran la pensión ordinaria de jubilación y la pensión restringida o "pensión sanción", respectivamente, observa que el último fue derogado expresamente por el art. 14 de la Ley 171 de 1961 y sustituído por las normas del art. 8o. de la misma Ley, con cambio de algunos elementos de hecho configurativos de la institución que había consagrado el art. 267 del Código, y anota, tanto en relación con este precepto como con el sustituto, que "el elemento esencial, especificativo de la pensión-sanción, está constituido por el despido injusto por parte del trabajador, que constituye una de las formas de terminación del contrato de trabajo". Entra luego a estudiar los arts. 61, 48, 62 y 63 del

C. S. del T., sobre terminación del contrato laboral y luego dice: "pero el contrato de trabajo bien puede terminar por otra causal que no constituya acto unilateral de una de las partes y que por estar expresamente prevista por la ley, no puede considerarse como injusta. Tal es, por ejemplo la terminación del contrato por expiración del plazo, o terminación de la obra o labor contratada, o por el mutuo consentimiento del trabajador y su patrono". A continuación expresa que si se fuera a calificar cuál fue la forma de terminación del contrato de trabajo con base en la pura renuncia presentada por el trabajador en la carta de 22 de febrero de 1965, habría que concluir que el contrato terminó por decisión unilateral y sin invocación de ninguna de las causales para darlo por terminado en forma justa conforme a los arts. 62 y 63 del Código, ni tampoco en virtud de cláusula de reserva. "La renuncia intempestiva del trabajador significaría un rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo que lo liga con la sociedad demandada", añade, pero a renglón seguido manifiesta que "las dos partes se pusieron de acuerdo en que el trabajador escogiera esta forma unilateral de terminación del contrato de trabajo. El acuerdo fue precedido de una negociación convencional de carácter amistoso, en virtud de de la cual el patrono aceptó el ofrecimiento de renuncia que tantas veces había formulado el trabajador, pidiéndole que lo hiciera y reconociéndole en cambio una indemnización extralegal relativamente cuantiosa". Para establecer este aserto analiza parte de las respuestas dadas por el actor y por el representante de la entidad demandada al interrogatorio libre que les fue formulado en el curso de la segunda instancia, y transcribe tales respuestas.

Después de algunos comentarios sobre la estimación por el Tribunal de estas pruebas y luego sobre la aplicación del art. 1.513 del C. C. al caso del despido injusto, concluye:

"Sinembargo el Tribunal considera de manera equivocada y por demás puramente imaginaria, que el acuerdo de voluntades entre el patrono y el trabajador para que este último presentara renuncia de su cargo, obteniendo ventajas compensatorias, constituye de derecho, un acto jurídico viciado de nulidad, por supuesta e imaginaria coacción. El error del Tribunal lo llevó a aplicar imaginariamente el art. 19 del C. L., en virtud del cual se remitió a la aplicación de los principios de derecho común, consagrados en el art. 1.513 del C. C., en virtud de los cuales la amenaza de un mal irreparable y grave vicia de nulidad relativa el acto así celebrado .

"Viola por tal el Tribunal el conjunto normativo implicado por los dos textos legales citados *de manera directa* y por *aplicación indebida* (subraya el recurrente) ya que ellos gobiernan fenómenos de hecho de carácter distinto". Señala adelante como violados también, de manera consecuencial y directa por indebida aplicación, el art. 1.741 del C. C., el art. 8o. de la Ley 171 de 1961 y el art. 48 del C. S. del T. y por falta de aplicación el art. 61, literal c) del mismo Código.

El opositor replica, en síntesis, que "se ha acusado la sentencia por aplicación indebida de unos artículos del C. C. que no constituyen su soporte y que ni siquiera fueron estudiados por el sentenciador para producir su fallo. Por otra parte es claro que el recurrente tuvo que analizar las pruebas que obran en el informativo, así como el modo erróneo a juicio del sentenciador (sic) como fueron apreciadas por el Tribunal, para luego en forma ilógica plantear un cargo por violación directa a través de aplicación indebida que fundamenta como ya dije en un error de hecho en la apreciación del Tribunal de los interrogatorios libres y la carta de renuncia del demandante; a mi juicio el cargo está mal planteado".

Se estudia el cargo:

Como se ve claramente en la introducción de la censura, el recurrente, aparte de realizar un examen de algunos preceptos legales relativos a la pensión de jubilación, ordinaria y restringida, y a las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo y a la cláusula de reserva, adelanta el análisis de los elementos de prueba constituidos por la carta de renuncia enviada por el actor en juicio a la empresa demandada el 22 de febrero de 1965 y a los interrogatorios libres respondidos por el actor y el representante de dicha empresa y los hechos que de estas pruebas se desprenden, o sea, que la renuncia presentada por el trabajador fue convenida entre las partes, por lo cual se trata de una terminación del contrato por mutuo consentimiento. En tales circunstancias, califica de equivocada la apreciación del Tribunal sobre coacción por parte del patrono para obtener la renuncia del trabajador. Y termina con la acusación de que fueron violadas, como consecuencia de este error, las normas que cita el cargo. Pero el acusador estima que tal quebranto ocurrió por vía directa, en el concepto de aplicación indebida de unos preceptos y falta de aplicación de otro, de suerte que se coloca en una

situación contradictoria, pues no obstante encaminarse en sus planteamientos iniciales a establecer una relación de causalidad entre los errores de hecho del Fallador y la violación de las disposiciones legales, al concretar el concepto de tal violación afirma que esta ocurrió directamente.

Tal presentación del ataque lo hace inoperante, por fundamental falla técnica, pues como es sabido y lo reitera a diario esta Sala, el quebrantamiento de las normas legales por vía directa excluye toda cuestión de hecho como determinante de la violación, ya que ella sólo es factible en virtud de un enfrentamiento inmediato de la conducta o del criterio del sentenciador con el mandato o el sentido del precepto legal.

Por esta razón el cargo no prospera.

Segundo cargo

Se refiere, como el anterior, a presuntos errores de hecho originados en la apreciación por el Tribunal de la carta de renuncia del trabajador, de fecha 22 de febrero de 1965, y de otros elementos probatorios que obran en los autos, que habrían determinado la violación de los arts. 1.513 y 1.471 del C. C., 19 y 48 del C. S. del T. y 8o. de la Ley 171 de 1961 por vía indirecta, en el concepto de aplicación indebida. Pero al finalizar expresa el recurrente que ha hecho el planteamiento de la censura en la forma adoptada no obstante lo preceptuado por el art. 23 de la Ley 16 de 1968, que restringe el error de hecho apreciable en casación sólo a la falta de estimación de documento auténtico, "para demostrar la enorme inconveniencia de la reforma adoptada, que quiso acercar la casación colombiana a sistemas de casación europeas. con la menguada finalidad de descongestionar la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que bien pudiera haberse obtenido por otros medios, sin sacrificar la original excelencia del sistema jurídico colombiano".

Se estudia

Deliberadamente el casacionista ha hecho un planteamiento de la censura con fundamento en equivocada apreciación de pruebas por el fallador, cuando, como él mismo lo reconoce, el mandato del art. 23 de la Ley 16 de 1968 restringe la crítica en la valoración probatoria del Sentenciador a la falta de estimación de un documento auténtico. Por consiguiente, sin entrar a calificar la razón de los conceptos del recurrente respecto de la reforma legal que comenta, es forzoso concluir que el cargo es ineficaz por formularse fuera de los cauces legales.

Tercer cargo

Realiza, como en los dos cargos anteriores, un análisis de los elementos probatorios constituídos por las respuestas a los interrogatorios libres dados por el representante de la entidad demandada y por el actor en la segunda instancia, y por la carta de renuncia del trabajador, fechada el 22 de febrero de 1965, y expresa que el Tribunal "en presencia de la supuesta prueba de confesión que formula el demandante en el interrogatorio libre a que fue sometido en el curso de la segunda instancia, en su propio y exclusivo beneficio, resolvió nada menos que restringir el alcance probatorio de la prueba documental, que se identifica con la carta de renuncia del trabajador". Dice que la respuesta del demandante "constituye una simple afirmación unilateral desprovista de todo valor probatorio" no obstante lo cual "el Tribunal la considera suficiente para destruir el alcance de convicción que se deriva de la prueba documental y que acredita la terminación del contrato por voluntad del trabajador".

Considera que "la indebida apreciación de la prueba documental constituye un error de hecho, que desvirtúa un documento auténtico", que lo es porque "fue producido por la persona a la cual se le atribuye" y que esta "equivocada apreciación del documento", hizo que el Tribunal no encontrara acreditada la renuncia y la supliera artificialmente por un supuesto despido injusto, que permitió aplicar los arts. 8o. de la Ley 171 de 1961 y 48 del C. S. del T. "también de manera artificial". Y finaliza: "La sentencia del Tribunal viola, pues, de *manera directa* (subraya el recurrente) y a consecuencia del apuntado error de derecho, el art. 61 del C. de P. L. Esta violación medio, lo lleva a violar indirectamente y por indebida aplicación los arts 8o. de la Ley 171 de 1961 y (sic) del C. del T., e igualmente y de manera recíproca, el ordinal c) del art. 61 del C. del T., por falta de aplicación".

Se estudia el cargo:

Plantea el cargo, como ha quedado visto, la violación directa del art. 61 del C. de P. L. y la violación por vía indirecta de los arts. 8o. de la Ley 171 de 1961 y 48 y 61 del C. S. del T., los dos

primeros en el concepto de aplicación indebida y el último por falta de aplicación. Pero ocurre que el primer quebrantamiento, por vía directa, lo hace derivar de un presunto "error de derecho", pecando así técnicamente, pues el error de derecho, en el sentido que se contempla en el art. 60 del Decreto-Ley 528 de 1964, excluye el quebranto directo, ya que supone una falla de apreciación probatoria en relación con una prueba solemne y, como se anotó al decidir sobre el cargo primero, la vía directa excluye toda cuestión probatoria. Por otro lado, el segundo quebrantamiento, presentado por vía indirecta, parte de la base de una equivocada apreciación del documento constituido por la carta de renuncia de fecha 22 de febrero de 1965, planteamiento que es inaceptable, como observa el opositor, pues el art. 23 de la Ley 16 de 1968 excluye de la fundamentación de una censura por error de hecho el equívoco en la estimación del documento auténtico al reducir el origen de dicho error sólo a la omisión de apreciación de dicho documento. Así se puso de presente al estudiar el cargo segundo.

El cargo, en consecuencia, debe desecharse.

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 del recurrente.

Publíquese, notifíquese, copiése, 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.

REFORMATIO IN PEJUS

La reformatio in pejus solamente se produce cuando la apelación la interpone "el litigante parcialmente vencido".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintitrés de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente, Abogado Asistente: Dr. Mario Barrios Monroy).

(Aprobación: Acta No. 83).

Por medio de apoderado y ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Barranquilla, el señor Miguel Angel Muelle M. demandó a la firma *"Astilleros La Isla Limitada"* representada por el señor Alfonso Montilla y a este solidariamente, con el fin de que sean condenados a pagarle las sumas de dinero que le adeudan por los conceptos de cesantía, primas de servicio, vacaciones y dominicales y festivos, las indemnizaciones correspondientes al despido injusto y al no pago oportuno de las prestaciones que reclama y, por último, las demás prestaciones e indemnizaciones derivadas del contrato y la pensión de jubilación.

Las peticiones anteriores se apoyan en los siguientes hechos:

Que el día 20 de mayo de 1946 el señor Montilla contrató al demandante para que le prestara servicios como contador general, servicios que igualmente fueron prestados a los Astilleros de propiedad de Montilla; que desde el primero de enero de 1955 el demandante sirvió en el carácter de contador en la sociedad de hecho denominada "Astilleros la Isla", de propiedad del citado Montilla; que al ser constituida posteriormente la sociedad "Astilleros La Isla Limitada" sin solución de continuidad siguió prestando a ella sus servicios de contador, pero siempre bajo las órdenes de Alfonso Montilla, lo que quiere decir que laboró al servicio de este por espacio de 17 años; que el 8 de enero de 1963 fue despedido unilateral e ilegalmente por el señor Montilla sin que hasta la fecha de la demanda se le hubiera hecho pago alguno por concepto de prestaciones sociales.

La litis fue decidida por el Juez del conocimiento en providencia de fecha 30 de mayo de 1964, en cuya parte resolutiva se dispuso: declarar prescritas las acciones promovidas contra el señor Alfonso Montilla y absolver de todos los cargos de la demanda a "Astilleros La Isla Limitada". Se abstuvo el funcionario de condenar en costas. El autor por medio de su apoderado interpuso recurso de apelación contra esta sentencia y subidos los autos al Tribunal Superior de Barranquilla, su Sala Laboral con fecha 23 de julio de 1964 decidió el recurso y dispuso: reformar la sentencia recurrida y absolver a la empresa "Astilleros La Isla Limitada" y al doctor Alfonso Montilla M. de todos los cargos formulados en la demanda. El *ad quem* por su parte se abstuvo de condenar en costas.

El demandante por medio de su apoderado interpuso contra la sentencia anterior recurso de casación, cuya demanda contiene dos cargos, el primero concebido en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia de segunda instancia proferida por el H. Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Laboral, con fecha 23 de julio de 1964, por error de hecho al ampliar desfavorablemente para el recurrente la providencia apelada, haciendo más gravosa su situación, y violando por lo tanto el principio de la 'reformatio in pejus', en razón de que el H. Tribunal se limitó a reparar una omisión de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, ampliando la absolución a los dos demandados, en tanto que el Juzgado había absuelto de los cargos de la demanda, solamente a la sociedad "Astilleros La Isla Ltda.".

Y como sustentación del cargo expresa el recurrente: "El principio de la 'Reformatio in Pejus' se encuentra claramente consagrado en el art. 494 del C. J., el cual afirma que la apelación 'se entiende interpuesta solo en lo desfavorable al apelante y por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte

que no es objeto del recurso...'. Además está consagrado en el numeral 2o. del art. 87 del C. P. T. como causal de casación. Por lo tanto, la reforma con agravación no es posible, y para que tenga lugar es necesario que la otra parte apele. Cabe anotar que el recurso de alzada fue interpuesto únicamente por la parte demandante...".

El opositor por su parte solicita que se declare infundado el cargo, porque dice que si en verdad la acusación corresponde a la realidad formal de los fallos indicados, "es lo cierto que la tal modificación no altera el contenido de lo resuelto, ni hace más gravosa la situación de la parte que apeló".

Se considera

Cuando la acusación se formula con fundamento en la causal 2a. del art. 87 del C. de P. L., no se requiere acudir a ningún otro concepto de violación de la ley, ya que lo que se debe determinar es si la sentencia de segundo grado excedió a la de primero en lo desfavorable al recurrente, pero cabe advertir que la "reformatio in pejus" solamente se produce cuando la apelación la interpone "el litigante parcialmente vencido". Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a estudiar el cargo formulado.

En primer lugar encuentra la Sala que la sentencia de primer grado fue totalmente desfavorable para el apelante señor Miguel Angel Muelle M., como quiera que en ella se declaró prescrita la acción por él promovida contra el señor Alfonso Montilla M. y se absolvió de todos los cargos que le formuló a la empresa "Astilleros La Isla Limitada", lo que quiere decir que no se configuró, por tales circunstancias, en la sentencia acusada, el fenómeno de la "reformatio in pejus", ya que no se trata de un litigante "parcialmente vencido", sino totalmente vencido. Mas haciendo caso omiso de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el agravio al apelante exige un perjuicio cierto y determinado, que debe resultar de la confrontación de las dos decisiones, la de primero y segundo grado, perjuicios que no aparece de la determinación del *ad quem* tomada en su sentencia, porque si en verdad en la realidad formal de los fallos la acusación tiene fundamento, lo cierto es que la situación del recurrente (en su caso del apelante) no se hizo en manera alguna más gravosa, como se pretende. En efecto, el Juzgado del conocimiento declaró prescrita la acción intentada por Muelle contra Montilla, o sea que se la declaró extinguida, razón por la cual, no puede posteriormente intentarse de nuevo. El Tribunal sentenciador reformó tal determinación y la sustituyó por una absolución, medida que no altera sustancial ni esencialmente el contenido de lo resuelto por el *a quo*, porque la declaración del juez, acerca de que las acciones instauradas contra Montilla estaban prescritas, significa jurídicamente que cualquier obligación que hubiera podido existir a su cargo quedó solucionada por ese medio, o en otras palabras, que a Montilla no podía imponérsele condenación alguna, por efectos de la prescripción, lo que equivale en la práctica a una absolución. Pero aún en el supuesto de que el cargo prosperara, mirando la cuestión desde otro punto de vista, no ve la Sala el beneficio que pudiera recibir el recurrente, argumento que *a contrario sensu*, sirve para afirmar que con la determinación objeto de la acusación no se hizo más gravosa su situación, porque se repite, prescrita la acción no puede nuevamente intentarse. Las dos decisiones de otra parte, son iguales en cuanto a sus consecuencias jurídicas y económicas.

Las razones anteriores hacen que el cargo estudiado no pueda prosperar.

El segundo cargo ha sido formulado así:

"Acuso la sentencia recurrida por error de hecho en que incurrió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, pues su decisión resultó contraria a lo probado en autos, con relación a que el señor Miguel Angel Muelle M. trabajó como contador del señor Alfonso Montilla M. y de la sociedad "Astilleros La Isla Ltda.", desde el día 20 de mayo de 1946 hasta el 8 de enero de 1963, hecho que fue probado ampliamente en la diligencia de inspección ocular que se practicó dentro del juicio, y que, en consecuencia, el señor Miguel Angel Muelle M., tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones solicitadas de acuerdo con elementales normas laborales...". Continúa el recurrente, dentro del cuerpo mismo del cargo, indicando cómo el sentenciador no tuvo en consideración el art. 23 del C. S. del T., y hace en relación con esta disposición algunas consideraciones para concluir en que el señor Muelle M. "se hizo acreedor a las prestaciones que solicitó en la demanda". Y por último hace relación al art. 25 ibídem y formula algunas consideraciones que se acomodan mejor a un alegato de instancia que al recurso intenta-

do, para terminar diciendo que en consecuencia el sentenciador incurrió en error de hecho al desconocer la condición de trabajador del señor Muelle M. "y al negar por lo tanto, la evidencia procesal".

Se considera

El cargo que se estudia, como el anterior, no puede tener prosperidad, por las siguientes razones:

La demanda carece de petitum, como quiera que el recurrente ha callado el propósito que persigue con los cargos que ha formulado. Esta sola consideración sería suficiente para desecharlo. Pero además vale precisar que el casacionista no señala si las disposiciones que considera violadas lo fueron por infracción directa, por aplicación indebida o por errónea interpretación; igualmente dejó de indicar las pruebas que en su opinión el sentenciador dejó de apreciar o apreció mal y en qué forma el pretendido error incidió en la resolución judicial, a más de que omitió manifestar el carácter de ostensible o evidente del error que afirma cometió el Tribunal. De otro lado el recurrente dejó de señalar las disposiciones que consagran los derechos a que aspira el recurso. Pero como si todo esto fuera poco, pasó por alto atacar, como ha debido hacerlo, otros soportes en los cuales se apoya la decisión del *ad quem*.

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 recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Ricardo Silva, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DE LA ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION

El C. de C. define esta figura jurídica; en efecto el art. 629 dice: "La participación es un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida".

Y tal como lo pregona el art. 632 ibídem, la asociación o cuentas en participación, que así se denomina indistintamente tal figura, no forma personalidad jurídica y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio. El gestor es reputado para todos los efectos, único dueño y los partícipes inactivos no tienen acción contra terceros, ni estos contra aquellos.

Cabe advertir sin embargo, que en materia laboral el art. 36 del C. S. del T. establece la responsabilidad solidaria para casos similares, buscando así evitar que los derechos de los trabajadores queden desprotegidos, para lograr lo cual debe invocarse tal solidaridad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 80).

Luis G. Coquies demandó, por medio de apoderado, a la sociedad comercial denominada "Editorial Magdalena S. A.", representada por el señor José Alejandro Martínez, ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, con el objeto de que sea condenada a pagarle los salarios correspondientes al tiempo que faltó para el vencimiento del término presuntivo del contrato de trabajo que lo ligó con la demandada, o en subsidio, el valor de los salarios de cuarenta y cinco días, por concepto de preaviso; los salarios caídos, los valores correspondientes a cesantía, vacaciones y primas; el subsidio familiar en consideración al número de hijos habidos en su matrimonio; los perjuicios morales y materiales ocasionados por el rompimiento injusto del contrato de trabajo y las costas del juicio, así como "los intereses legales".

Apoya el actor las peticiones anteriores en los siguientes hechos: Que en virtud de contrato de trabajo con la demandada comenzó a prestar sus servicios como tipógrafo el 13 de julio de 1954 y que fue despedido en forma unilateral injusta e intempestiva el 30 de abril de 1959; que el contrato fue verbal; que durante todo el tiempo de servicio recibió de la demandada como remuneración la cantidad de siete mil seiscientos ocho pesos moneda legal ($ 7.608.00); que en los cuatro últimos meses de servicio, devengó un total de mil doscientos tres pesos, lo que quiere decir que su remuneración mensual fue de trescientos pesos con setenta y cinco centavos ($ 300.75); que no recibió descanso por vacaciones ni recibió su valor en dinero; que tampoco se le pagó el subsidio familiar a que se considera con derecho; que se abstuvo también la empresa de pagarle el valor de las primas de servicio; que no se le dio el aviso previo del despido y que hasta la fecha la demandada no le ha pagado el valor de las prestaciones sociales causadas y, por último relaciona las publicaciones periódicas que se editaron en los talleres de la demandada.

Al contestar el apoderado de la Editorial Magdalena S. A. la demanda, y al referirse a los hechos en concreto, manifestó que el demandante no fue empleado de la empresa demandada, que trabajó sí a órdenes de Reinaldo Escobar Camargo, persona con quien Editorial Magdalena S. A. había celebrado un contrato de "participación", razones por las cuales no asumió la empresa la obligación de pagarle prestaciones sociales.

Surtidos los trámites de rigor, el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia con la sentencia de fecha 5 de octubre de 1961, por medio de la cual dispuso la absolución de Editorial Magdalena S. A. de todos los cargos que le fueron formulados. El a quo se abstuvo de condenar en costas. Esta sentencia en vir-

tud de la apelación interpuesta por la parte actora, subió al conocimiento del Tribunal Superior de Santa Marta, cuya Sala Laboral confirmó en todas sus partes el fallo recurrido y condenó en costas al demandante, determinaciones que tomó en providencia de 6 de abril de 1962, la que recurrida en casación por el apoderado del actor, se encuentra para recibir decisión.

El alcance de la impugnación ha sido señalado en estos términos: "Que la H. Sala, obrando como tribunal de instancia revoque la sentencia acusada y en su lugar condene a la entidad demandada, Editorial Magdalena S. A., con domicilio social en la ciudad de Santa Marta, representada por el Señor José Alejandro Martínez o por la persona que la represente en el momento, a pagar al actor las siguientes condenas correspondientes a obligaciones laborales:...". Y a continuación formula el recurrente dos cargos, concebido el primero en los términos siguientes:

"Primera causal del art. 87 del C. P. L., por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad quem, originada por error evidente de hecho, al haber estimado equivocadamente las siguientes pruebas: a) La declaración certificada suscrita por el señor Reinaldo Escobar Camargo, Juez de Menores de Santa Marta, fls. 66 y 67; b) Las posiciones absueltas por el Gerente de la demandada Sr. José Alejandro Martínez, fls. 38 a 43; c) Las posiciones absueltas por el actor, fls. 36 a 38; e) El contrato privado de "cuentas en participación" suscrito entre Alberto Fernández M. gerente de la demandada y el señor Reinaldo Escobar, fls. 20 y 21, y, por haber dejado de estimar probatoriamente o en su verdadero valor legal las siguientes pruebas: a) El certificado suscrito por el señor Reinaldo Escobar Camargo, fls. 3 y 70; b) Copia del "acta de conciliación" fl. 14; c) Las declaraciones de testigos, las cuales obran a los fls. 54 a 56, 56 a 57 y 61 a 63; actitudes estas del ad quem que trajeron como consecuencia obligada la aludida violación indirecta y la cual aparece a primera vista y que implica la infracción de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral; arts.: 1o., 3o., 5o., 14, 15, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 37, 38, 45, 46, 49, 54, 67, 68, 69, 70, 32, 33, 34, 35, 36 del C. S. del T.".

En la sustentación expresa el casacionista, que el "caso de la litis no es un caso civil ni mucho menos comercial", porque de ser así, esta jurisdicción no hubiera podido pronunciarse en ningún sentido; que el ad quem ha debido condenar conforme lo pedido en el libelo inicial, con base en la existencia del contrato de trabajo que ligó a las partes. Y acto seguido procede a demostrar, la existencia del contrato presuntivo de trabajo con apoyo en las pruebas que ha considerado mal apreciadas.

SE ESTUDIA

La cuestión fundamental que se contempla, es la de definir si entre el demandante y la Editorial Magdalena S. A., existió o no un contrato de trabajo. A fl. 20 del expediente aparece el contrato de cuentas en participación, suscrito y celebrado entre la demandada representada por el señor Alberto Fernández M. y el señor Reinaldo Escobar Camargo, pruebas que el recurrente estima mal apreciadas por el ad quem, sin que valga argüir, considera la Sala, que la cuestión comercial nada tiene que ver en este proceso, como quiera que es el C. de C. el que define y regula esta figura jurídica, lo que no obsta para que a su lado juegue papel un contrato de trabajo. En efecto, el art. 629 de este Estatuto dice: "La participación es un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida". Y tal como lo pregona el art. 632 ibídem, la asociación o cuentas en participación, que así se denomina indistintamente tal figura, no forma personalidad jurídica y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio. El gestor es reputado para todos los efectos, único dueño y los partícipes inactivos no tienen acción contra terceros, ni estos contra aquellos. Así lo ha expresado la jurisprudencia civil de la Corte, igualmente.

Cabe advertir sinembargo, que en materia laboral el art. 36 del C. S. del T. establece la responsabilidad solidaria para casos similares, buscando así evitar que los derechos de los trabajadores queden desprotegidos, para lograr lo cual debe invocarse tal solidaridad. En el caso de autos se omitió hacerlo en el libelo inicial y si bien es cierto en casación el recurrente en la demostración del cargo, habla de ella, también lo es que olvidó acusar la norma respectiva, razón por la cual no puede considerarse como materia del recurso..

De suerte, pues, que en virtud del contrato de participación en referencia, debe reputarse, para todos los efectos, como único dueño y por ende, como único responsable, al señor Escobar Camargo, de la empresa en referencia. De tal suerte que, si durante la vigencia del contrato en cuestión se celebró uno de trabajo, no es otro que Escobar Camargo el responsable de su cumplimiento y de las consiguientes prestaciones sociales que hubieran podido causarse.

Con fundamento en lo anterior, procede la Sala a examinar la cuestión atrás propuesta apoyada en las pruebas que considera el recurrente mal apreciadas y en las que estima que no lo fueron por el ad quem. El gerente de Editorial Magdalena S. A., señor José Alejandro Martínez es enfático cuando afirma en la diligencia de absolución de posiciones que el señor Coquies, demandante, nunca fue empleado de la Editorial. Que él el absolvente tenía en arriendo las máquinas de dicha editorial y que celebró en su calidad de arrendatario un contrato a precio fijo con el demandante. Agregó, además, que la editorial siempre ha estado arrendada a socios de la misma, y que en ella se han editado varios periódicos, entre otros La Unidad, cuyo propietario le pagó al señor Coquies, como empleado que fue de dicha publicación el valor de las prestaciones sociales como consta en el acta de conciliación de fl. 14, diligencia en la cual actuó como representante de La Unidad, el absolvente. Ahora bien, en la diligencia de absolución de posiciones el demandante señor Coquies afirmó que nunca el señor Reinaldo Escobar Camargo fue gerente de Editorial Magdalena S. A., luego si no lo fue no pudo obligarla en forma alguna, pero en cambio dice el demandante "sí es cierto", al contestar esta pregunta: "¿Diga si es cierto o no, que el absolvente obedecía órdenes unicamente del señor Reinaldo Escobar Camargo como también era este quien le cancelaba el valor de los trabajos que realizaba?" Esta respuesta afirmativa por sí mismo está indicando con claridad que el demandante había celebrado contrato de trabajo con Escobar Camargo, es decir, con el gestor de la asociación o cuentas en participación, que como se ha dicho, para todos los efectos debe reputarse como dueño único, de donde la conclusión a que llegó el Tribunal, no puede decirse que sea producto de mala o equivocada interpretación de tales pruebas, ya que la subordinación, elemento que tipifica el contrato de trabajo y que faculta al patrono para exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y aún más, para imponerle reglamentos, radicaba, según la confesión del demandante en cabeza del gestor y no de la Editorial Magdalena S. A.. Y la otra prueba que el casacionista considera erróneamente apreciada, es la certificación jurada del señor Reinaldo Escobar Camargo (fl. 66 y s.s) gestor que fue de la Asociación, en la cual manifiesta: "... 5o. Que el señor Coquies prestó sus servicios a la Asociación en participación desde el 13 de julio de 1954....", manifestación que viene a confirmar lo anteriormente dicho, o sea, que el demandante sirvió como tipógrafo a la Asociación, más no a la Editorial Magdalena S. A.; de donde las determinaciones del ad quem no obedecen, como se dice, a equivocadas o erróneas apreciaciones de tales pruebas. Pero hay más: Determinado como está, que si hubo contrato de trabajo, lo fue con la Asociación o cuentas en participación, y no constando, como no consta que las prestaciones sociales que pudieran causarse serían de cargo de la Editorial, tal afirmación hecha por el gestor Escobar Camargo carece de validez probatoria, ya que si el servicio se prestó a la Asociación y su gestor se reputa dueño, a este correspondía no solamente el pago de los salarios, cuestión por él aceptada, sino también el de las prestaciones sociales.

En cuanto a las declaraciones de los testigos pruebas que el recurrente considera que el sentenciador dejó de estimar probatoriamente o en su verdadero valor legal, cuestión un tanto ambigua en su presentación, encuentra la Sala lo siguiente: La rendida por Juan E. Avendaño adolece de sentido afirmativo y por su vaguedad no demuestran nada distinto de lo estimado por el ad quem. Coincide con lo dicho por Carlos Romero Hernández, cuando dice que lo vio trabajando para un señor Martínez en el periódico La Unidad y que lo vio también trabajando para Reinaldo Escobar. En cuanto a lo primero, la cuestión se aclara con el Acta de conciliación del fl. 14, en la que figura José A. Martínez cancelando a Coquies las prestaciones sociales a cargo de La Unidad. Y en cuanto a lo segundo, se tiene que esta declaración viene a confirmar lo indicado anteriormente, o sea, que el demandante trabajó para Escobar Camargo, no para Editorial Magdalena S. A., como se dice en el libelo inicial.

Encuentra, pues la Sala, que las pruebas anteriomente indicadas, fueron bien apreciadas

por el sentenciador como quiera que ellas demuestran que Coquies no trabajó para Editorial Magdalena S. A. No habiéndose demostrado la existencia del contrato de trabajo entre la demandada y el señor Coquies, se considera la Sala relevada de estudiar el segundo cargo que se apoya en el supuesto contrato laboral.

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 recurrente.

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

Jorge Gaviria Salazar, Francisco Yezid Triana, conjuez, *Edmundo Harker Puyana*.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REAJUSTE DE LA PENSION EXTRALEGAL DE JUBILACION

La vigencia de una ley nueva para las consecuencias futuras de una situación jurídica en curso, significa un vigor retrospectivo de la norma, claramente legítima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Aprobación: Acta No. 79).

José Rafael Villota demandó, por medio de apoderado, a la sucursal del *Banco de Colombia*, en Pasto, representada por el señor Carlos Portilla, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.- Que el Banco de Colombia está en la obligación de reajustar la pensión de jubilación de José Rafael Villota, en los términos ordenados por la Ley 77 del 1959, 171 de 1961 y Decreto 1611 de 1962, esto es, tomando como base para el reajuste, la pensión extralegal liquidada por el Banco, según oficio de agosto 4 de 1949 y con el número 6619;

"Segunda.- Que la liquidación así realizada da un monto de $ 203.12 moneda legal colombiana.

"Tercera.- Que el Banco de Colombia deberá pagar a mi representado, con sus respectivos intereses, la diferencia entre los $ 117.07 que venía pagándole y los $ 203.12 a que tenía derecho o sea reintegrarle la suma de $86.05 mensuales durante los meses transcurridos entre el 1o. de enero de 1960 y el 1o. de enero de 1963, esto es, tres mil ciento noventa y siete pesos con ochenta centavos de capital ($ 3.197.80 m. l. c.) más los intereses que el señor Juez liquidará de acuerdo con los corrientes que cobra el mismo Banco a sus clientes;

"Cuarta.- Que a partir del 1o. de enero de 1963 la cuantía de la pensión de jubilación de José Rafael Villota debe ajustarse a lo estatuído por el art. 7o. del la Ley 171 de 1961, esto es, a que no sea inferior al 75% del salario mínimo regional;

"Quinta.- Que el salario mínimo regional fue elevado por la Ley 1a. de 1963 en un 40% sobre el anterior esto es elevado de 270 pesos mensuales a $ 378.00;

"Sexta.- Que el 75% del salario mínimo regional equivale a $ 273.50 y que ese debe ser el monto de la pensión de jubilación de mi representado entre el 1o. de enero de 1963 y la fecha de presentación de esta demanda;

"Séptima.- Que el Banco de Colombia debe reintegrar la diferencia entre los $ 120.00 que actualmente está pagando a Villota y los $ 273.50 que le correspondían a partir del 1o. de enero de 1963, esto es, reintegrar a Villota la suma de $ 153.00 mensuales durante 8 meses, lo que da un total de mil doscientos veintiocho pesos moneda legal ($ 1.228.00) como capital y los respectivos intereses que liquidará el señor Juez;

"Octava.- Que el Banco de Colombia deberá continuar pagando la suma de $ 273.50 como pensión, ajustada automáticamente en el momento de elevarse el salario mínimo regional;

"Novena.- Que el Banco de Colombia está en la obligación de reconocer los gastos médicos y hospitalarios de mi representado desde el día en que fue pensionado y que por tanto deberá pagar como reintegro a mi representado la suma de $ 2.000.00 que este gastó en su atención médica durante los anteriores catorce años, y los respectivos intereses, liquidados por el señor Juez;

"Décima.- Que el Banco de Colombia está en la obligación de continuar prestando servicios médicos, hospitalarios, etc. a José Rafael Villota, pensionado de esa Institución;

"Undécima.- Que el Banco de Colombia deberá cubrir los gastos y costas del juicio, que se estiman en un veinte por ciento del valor de la presente demanda, o sea, la suma de $ 1.700.00 moneda legal".

Como hechos de la demanda anota, en síntesis, los siguientes: que sirvió al Banco del 23 de mayo de 1923 al 1o. de agosto de 1949, fecha a partir de la cual fue pensionado por la entidad de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 35 del contrato; que esta pensión, extralegal, cuyo monto era de $ 107.07, quedó reducida a $ 93.66, por los descuentos periódicos para el pago de la cesantía liquidada parcialmente; que a raíz de la vigencia de la ley 77 de 1959, solicitó el reajuste ordenado en este estatuto, el cual se le negó con el argumento de que aquel debía hacerse sobre las pensiones legales y no sobre las extralegales, posición que el Banco mantuvo frente a los mandatos legales que con posterioridad regularon la misma materia. Agrega que en ningún momento la entidad le ha reconocido el derecho al servicio médico y hospitalario, de acuerdo con la Ley 95 de 1946, y que, por el desconocimiento de ese derecho, tuvo que atender, durante catorce años, con sus propios medios, el tratamiento de las diversas enfermedades que ha sufrido.

La demanda no fue contestada, pero, en la primera audiencia de trámite, el apoderado del Banco propuso, como excepción perentoria, la de inconstitucionalidad de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y la de 1963, por decretar aumentos respecto a pensiones causadas, lo que implica violación del art. 30 de la Constitución y obliga la aplicación del art. 215 en guarda de la integridad constitucional.

En primera instancia, el litigio se desató por el Juzgado del Trabajo de Pasto, así:

"1. No es viable la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la parte opositora.

2. Condénase al Banco de Colombia, representado por el señor Carlos A. Portilla, de notas civiles conocidas, a pagar a José Rafael Villota, conocido de autos y dentro de los tres días posteriores a la ejecutoria de este fallo, las siguientes sumas:

Tres mil noventa y siete pesos con ochenta centavos ($ 3.097.80 m. l.), más los intereses legales, como reajuste de la pensión jubilatoria correspondiente a la época comprendida entre el 1o. de enero de 1960 y el 1o. de enero de 1963.

3. A partir del 1o. de enero de 1963 hasta el día de la ejecutoria de esta sentencia, la entidad demandada pagará al actor, la suma que resulte de elevar la pensión jubilatoria de doscientos tres pesos con doce centavos ($ 203.12) m. l., a la suma de trescientos once pesos con doce centavos ($ 311.12) m. l., es decir, un reajuste de ciento ocho pesos ($ 108.00) m.l. por cada mesada jubilatoria, más los intereses legales.

4. Condénase al Banco de Colombia a pagar al actor, mensualmente, y desde la fecha de ejecutoria de esta sentencia, la suma de trescientos once pesos con doce centavos ($ 311.12) m. l., como pensión jubilatoria vitalicia.

5. Ordénase al Banco de Colombia suministrar o prestar desde esta fecha, a José Rafael Villota, los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios que presta a sus empleados en actividad.

6. La parte demandada pagará el 80% de las costas del presente juicio".

Apeló el apoderado de la parte demandada y el Tribunal Superior de Pasto, en providencia del 6 de mayo de 1964, confirmó la de primer grado.

El mismo apoderado interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido y, tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

El recurso

Pretende que se case totalmente la sentencia recurrida y que la Corte, como Tribunal de instancia, absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda.

Para el efecto, formula un cargo "por infracción directa del art. 30 y del art. 215 de la C. N, por falta de aplicación de tales normas, y consecuencialmente por aplicación indebida del art. primero de la Ley 77 de 1959, del art. primero de la Ley 171 de 1961 y del art. tercero de la Ley Primera de 1963 en cuanto decretan aumento de la cuantía de jubilación causada con anterioridad y el art. décimo de la Ley 171 de 1961 en cuanto decreta servicios médicos a los jubilados".

Después de copiar el texto de los arts 30 y 215 de la C. N., el impugnador manifiesta que en caso semejante, pues se trataba de leyes que aumentaban la cuantía de pensiones jubilatorias, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 14 de abril de 1950, expuso: "... Una vez terminada la relación vinculatoria entre el trabajador y la empresa y de-

ducido el monto de la respectiva pensión jubilatoria, no puede alterarse por el legislador, en forma arbitraria, la obligación de una de las partes". Y que antes, la misma entidad, había hablado de una situación jurídica concreta ya que "...los hechos generadores del derecho ya habíanse cumplido y a ellos correspondía la correlativa obligación de la empresa, que al cumplirse, de acuerdo con los ordenamientos de la ley vigente en el momento en que surgió el derecho, consolidaron una situación entre las partes, con caracteres definitivos inmodificables en el futuro".

Como síntesis de sus argumentaciones, dice el recurrente: "... el fundamento del cargo reside en que si según la C. N., art. 30, las leyes que se dicten con posterioridad a la adquisición de un derecho prescrito por otras leyes, no pueden desconocer ni vulnerar, ni alterar tales derechos y obligaciones correlativas (sic). Como las leyes 77 de 1959 y 171 de 1961 y Primera de 1963 en los artículos pertinentes, alteraron, desconocieron y vulneraron la estabilidad jurídica de los derechos y obligaciones correlativas, tales leyes son contrarias al art. 30 de la Constitución en cuanto aumentan la cuantía de las pensiones jubilatorias ya causadas y son inaplicables según el art. 215 de la misma Carta".

"Al aplicar el Tribunal de Pasto tales leyes, las aplicó indebidamente y como consecuencia de haber infringido directamente, por falta de aplicación, los ya citados arts. 30 y 215 de la Constitución".

Se refiere, luego, al salvamento de voto de uno de los magistrados en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, para significar que las razones del magistrado disidente no modificaron el criterio de aquella entidad, que, en fallo del 8 de marzo de 1955, reiteró su jurisprudencia, como puede verse en los siguientes párrafos:

"El cumplimiento de las condiciones que la Ley en vigencia exija para la configuración del derecho a la pensión jubilatoria, cambia sustancialmente la naturaleza jurídica de la relación, que de abstracta, impersonal, legal y reglamentaria se torna individual y concreta, con las consecuencias propias que la teoría jurídica le asigna, entre otras, la de ser irrevocable, intangible, inmodificable por las leyes y los reglamentos".

"*La pensión causada constituye entonces* ya para el beneficiario un derecho personal, un bien que ingresa a su patrimonio, *un crédito a su favor, y como tal queda amparado por el principio constitucional del art. 30 de la carta que garantiza* la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, en el sentido de que no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. *Como la pensión adquirida es una situación ya definida o consumada, quien la debe, como quien la recibe, queda también, frente a la ley nueva bajo el amparo del principio legal de la irretroactividad que establece el art. 16 del C. S. del T.*".

Afirma el acusador, finalmente, que el ord. 3o. del art. 30 de la Constitución hace referencia al caso típico de la expropiación por motivos "de utilidad pública o de interés social", lo que quiere decir que el intérprete no puede encontrar una autorización para expropiar, sino cuando la ley, en forma expresa, así lo estatuye. Y las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 no llevan consigo esa autorización.

Consideraciones de la Corte

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra el Banco de Colombia por José Honorio Prada, en el que la Sala, en sus dos secciones reunidas, resolvió la demanda de casación, por sentencia del 22 de julio del presente año.

Por esa igualdad de situaciones en los dos procesos, basta, para negar la prosperidad del cargo en el presente caso, transcribir lo dicho por la Sala en el anterior, a lo cual no se opone la decisión sobre servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios del segundo juicio, pues se trata de un derecho consagrado en la Ley 171 de 1961, citada en el cargo que se estudia.

"Al estudiar los planteamientos hechos por la entidad demandada respecto de la inaplicabilidad de las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 por quebrantar la disposición del art. 30 de la Constitución sobre garantía de los derechos adquiridos con justo título ante los mandatos de leyes posteriores, el ad quem formula las siguientes consideraciones:

"El conflicto entre la ley nueva y los efectos jurídicos de la ley antigua deriva en este caso de la aplicación inmediata de las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 que sucesiva-

mente dispusieron el reajuste de pensiones de jubilación y nivelación de salarios así en el sector público como en el privado, en escala decreciente con arreglo a la fecha en que la pensión se causó, sin distinguir en que tales pensiones sean o no de origen legal o extralegal, como apenas era consecuente ocurriera dado su espíritu y fines.

"Cierto es que también en el derecho del trabajo es válido el principio de irretroactividad de la ley, pero no de modo absoluto en virtud y por fuerza del orden público siempre presente como limitador de la autonomía y como condicionador de los efectos jurídicos de los contratos de trabajo. Y es circunstancia de excepción en la aplicación de ese principio aquella en que la ley nueva consulta un alto interés social o busca el mantenimiento del orden público económico, como sucede aquí, según se desprende de los considerandos que informan las atrás citadas leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963, las cuales no son más que el desarrollo del mandato constitucional previsto en los arts. 16 y 17 en concordancia con los arts. 9o., 13 y 16 del C. S. del T.

"Se invoca el art. 30 de la C. N. para reseñar que la ley nueva cuya aplicación se pretende violar ostensiblemente los derechos adquiridos al modificar el quántum de la pensión de origen extralegal que viene disfrutando el demandante, pero adviértase que es esa misma norma constitucional, precisamente, en armonía con las anteriormente citadas, la que da base a su aplicación, cuando indica que debe ceder el interés particular al interés social o la utilidad pública que la nueva ley determina y es que, como anota Manuel Alonso García en su obra *Autonomía de la Voluntad en el Contrato de Trabajo* . "... lo mismo que por "interés social" se puede privar a una persona determinada de la propiedad, incluso en contra de su voluntad, también por interés social hay que pensar el contrato de trabajo excepcionalmente limitado en cuanto se refiere a los poderes de disposición sobre el mismo —sobre su contenido— con que los sujetos cuentan". (fls. 75 y 76 del C. del Tribunal). Para apoyar esta tesis, el ad quem cita a Juliot de la Morandiere en su concepto de que la irretroactividad de la ley nueva respecto de los contratos y los actos nacidos dentro del régimen de la antigua no tiene aplicación en los casos "en los que se invocan el orden público o el interés social, con lo que se limita o anula el efecto futuro de aquellos convenios de carácter privado".

"Sobre los criterios vistos el Tribunal concluye que las leyes sobre aumento de pensiones jubilatorias tienen plena aplicabilidad y, como resultado de su conclusión, confirma la condena pronunciada por el a quo.

LOS EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO

"Como lo anota el Tribunal, la definición jurídica se ha planteado por el casacionista respecto de la aplicación de las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 —leyes nuevas— a la cuantía de las pensiones jubilatorias consolidadas bajo el régimen de leyes anteriores, o de convenciones colectivas o reglamentos de trabajo —como en el caso que se debatió en el juicio definido por la sentencia acusada— vigente antes de las leyes nombradas.

"En general, como es sabido, los efectos de la ley nueva, tan estudiados y debatidos por la doctrina y la jurisprudencia, muy permanentemente tienen tangencia con el concepto de la retroactividad, es decir, con la aplicación proyectada al pretérito y, como resultado, con su afección a los denominados 'derechos adquiridos', noción tan controvertida y con tan imprecisa definición. Y es esta modalidad específica la que ha sido presentada como punto de partida para el ataque de la sentencia del ad quem, quien, en opinión del recurrente, ha admitido la retroactividad de las normas legales que determinaron el aumento en la cuantía de las pensiones jubilatorias ya definidas conforme a leyes anteriores, con desconocimiento de los legítimos derechos de los correspondientes patronos obligados.

"El Tribunal, como se ha visto, establece una atenuación del mandato constitucional sobre garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes frente a los ordenamientos legislativos posteriores (art. 30 C. N.), con fundamento en la preceptiva del mismo mandato supremo sobre la preferencia del interés social sobre el meramente privado. Y sitúa, con acierto desde el punto de vista del concepto general, las relaciones laborales y sus consecuencias, vinculados al orden público, dentro de la esfera del interés social. Pero ya en el ámbito normativo del art. 30 de la Carta, la noción del interés social se vincula al traspaso forzoso de los bienes privados, mediante retribución garantizada por la misma Constitución, por el procedimiento que se conoce como la expropiación de bienes particulares, y co-

mo una retribución al alcance absoluto de la intangibilidad de los derechos legítimos de que se ha venido tratando. De ahí que luego de consagrar el respeto de tales derechos por la nueva ley, el citado art. agrega: *"Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social,* (subraya la Sala), resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social... Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa". De manera que, según este claro texto, las leyes "expedidas por motivos de utilidad pública o interés social", son las que dan la base constitucional para la expropiación de bienes de particulares, sin que pueda oponerse a ella el mandato sobre garantía de los derechos adquiridos con justo título conforme a leyes anteriores.

"Pero para que tenga cumplimiento la aplicabilidad inmediata de las disposiciones legales en materia de derecho del trabajo, que el art. 16 del C. S. del T. consagra con fundamento en la naturaleza de orden público que estas conllevan, y que se deriva del principio proclamado por el art. 17 de la Carta sobre la especial protección que al trabajo debe el Estado, no se requiere buscar una excepción al mandato general sobre irretroactividad de la ley nueva, ni el planteamiento de tal excepción es pertinente para los resultados que pretende la disposición del Código. Y no es pertinente, porque esta misma disposición reitera la garantía constitucional de que las leyes nuevas 'no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores'. El apoyo a la efectividad del art. 16 del C. S. del T. hay que buscarlo en un claro deslinde entre los fenómenos que son regidos por la aplicación inmediata de la ley nueva y, para el efecto, la delimitación de tales fenómenos, y lo que constituyen los derechos adquiridos con justo título y su quebranto por el efecto retroactivo de la ley.

"La aplicabilidad inmediata de esta para regir situaciones o relaciones jurídicas en curso, parte de la diferenciación que se hace entre el desconocimiento del derecho adquirido, situación jurídica completa de que habla Bonnecase y la regulación por la ley nueva de las consecuencias futuras de una relación de derecho, situación o status, que nació bajo el imperio de un precepto legal anterior, pero que tiene la característica de que se proyecta, opera jurídicamente dentro de la vigencia del nuevo mandato. De ahí que la doctrina de tratadistas con la mayor autoridad científica haya sido explícita en la clarificación de dos aspectos del efecto temporal del cumplimiento de la ley, el profesor Paul Roubier, citado por la Corte en sentencia de ocho de julio de mil novecientos cincuenta y seis, de la Sala de Casación Civil (G. J. No. 2. 170 T. LXXXIII págs. 250 y ss.), para explicar la diversidad de las circunstancias a que la ley nueva puede aplicarse, separa el campo de los hechos pretéritos (facta praeterita) del de los hechos en curso o pendientes (facta pendentia) y de los hechos por venir (facta futura), y luego de pronunciarse contra la aplicación retroactiva de la ley a los primeros, hace la diferencia entre este fenómeno y la aplicación a situaciones jurídicas retroactivas, enmarcadas dentro de los *facta pendentia,* que, por consiguiente, se hallan en curso dentro del vigor de la ley nueva. Es el caso de las relacionadas con la filiación, para poner el ejemplo que el tratadista presenta. Y expresa este, en su cita por la Corte: 'Existe, a base de la opinión opuesta, una confusión entre la retroactividad de la ley y la retroactividad de la situación jurídica. Sin duda la situación jurídica de que se trata es retroactiva, pero esta no es razón para que la ley relativa a una situación jurídica de esta clase lo sea también '.

"Y Baudry Lacantinerie, citado también en la misma sentencia de la Corte, en que se definió la aplicabilidad inmediata de normas de la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, expresa: 'La ley solo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo'. Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rige y no se puede decir que vuelve sobre el pasado .

"La Corte ha acogido esta posición diferencial en varios fallos que han definido casos de la mayor trascendencia, como el citado antes y el de doce de noviembre de mil novecientos treinta y siete (G. J. No. 1929, págs. 698 y ss.) que definió la demanda contra preceptos de la Ley 10 de 1934 que determinaron, para la liquidación del auxilio de cesantía, el cómputo del tiempo servido con anterioridad a la vigencia de la Ley siempre que a la fecha de esta existiere el vínculo jurídico laboral entre empleado y patrono. La Corporación hizo entonces, siguiendo el criterio expuesto por el exmagistrado de la Corte doctor Manuel

José Angarita desde fines del siglo pasado, una clara dicotomía entre el efecto retroactivo y el efecto retrospectivo de la ley, para enmarcar dentro del primero el quebranto de los denominados por nuestra Constitución derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, y la simple acción sobre los desarrollos, las modalidades o las consecuencias de relaciones jurídicas, situaciones o status en curso. En la aludida sentencia de mil novecientos cincuenta y seis dijo: luego de acoger la terminología y el criterio anotados: 'Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de estas, no se viole algún derecho adquirido'. (G. J. No. 2170 pág. 260).

"Pero la Corte también ha dejado diáfanamente definido que la situación jurídica en curso o status que se origina conforme a la ley anterior y opera dentro de la nueva, es situación consolidada que, si bien puede regirse en sus efectos futuros por la ley nueva, no puede ser desconocida por esta, como no pueden ser desconocidos los derechos concretos que ella genera y que quedaron consolidados antes de la última ley, viniendo a constituir para ella *facta praeterita*. Es decir, son intangibles estos como 'bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente (el hecho generador del status de derecho, anota la Sala), y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entró en el patrimonio del titular'. (Garavito acogido por Tascón. Derecho Constitucional Colombiano, edición 1939 pág. 84). Pero la situación jurídica en curso no es bien que, en un momento dado teniendo vocación hacia el futuro haya ingresado íntegramente al patrimonio del titular con todas sus características y modalidades iniciales, y consecuencias futuras, para que en estas no pueda afectarse por la norma legal que se expide durante su curso.

"Estos criterios de la Corte se fijaron al interpretar normas de la mayor trascendencia que la Ley 153 de 1887 consagró sobre los efectos de la ley en el tiempo. A este respecto el art. 20 del citado estatuto mandó: 'El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto'. Sobre este precepto la Corte expresó, en sentencia de casación de veintitrés de noviembre de mil novecientos once (G. J. T. XX pág 33);

"El estado civil que nace de las relaciones de parentesco considérase en sí mismo, no ya como una mera aptitud o disposición para adquirir determinados derechos, sino como un derecho adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, derecho que no puede arrebatarse por leyes posteriores . Y luego complementó en sentencia del mismo año y en una muy posterior, de tres de abril de mil novecientos cincuenta y dos (G. J. T. XXII, pág. 410 y T. LXXI, pág. 711): 'Conforme al art. 20 de la Ley 153 de 1887, el estado civil adquirido dentro de una legislación, no puede variarse aunque la ley que lo constituyó sea abolida. De esta suerte, el simple estado civil de los hijos de una persona, adquirido dentro de una legislación anterior a 1890, no se puede variar: pero una nueva ley sí puede variar o suprimir las condiciones adherentes a este estado civil, que fue lo que hizo la Ley 95 de 1890, la cual suprimió la condición de reconocimiento expreso... El art. 20 comentado, contiene dos principios: uno, subsistencia del estado civil adquirido de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento, aunque ella sea abolida; y el otro: reserva en el sentido de que por ley nueva sí se pueden alterar las obligaciones anexas al estado civil, las cuales se regirán por la ley nueva'.

"Idéntica doctrina a la del art. 20 inspira los arts. 28, sobre derechos reales, y 32 sobre servidumbres, ambos de la misma Ley 153. Y conviene anotar que la Corte, en sentencia de Sala Plena de diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (G. J. T. LIX, pág. 81), declaró exequible el art. 28 en mención.

"Esa misma preceptiva, que viene a encajar justamente dentro del criterio de separación entre los efectos de la retroactividad de la ley y los propiamente retrospectivos, informa la normación del art. 16 del C. S. del

T., que asienta, al excluir los primeros del campo laboral, el principio de la aplicación inmediata de la ley a las relaciones jurídicas en curso, o sea, la aplicación retrospectiva, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte.

LA PENSION DE JUBILACION

"¿Cómo podría, entonces, calificarse la aplicación inmeditata de la ley nueva que modifica la cuantía de las pensiones de jubilación originadas y definidas conforme a ley anterior o a convención o reglamento vigente dentro de esta?

"La pensión jubilatoria legal o convencional dentro del sistema de carga directa patronal en donde aún no opera el régimen de los seguros sociales, una vez consolidada por cumplirse las condiciones o presupuestos que se señalan en las normas que la consagra, genera lo que la repetida jurisprudencia de esta Sala ha denominado 'el status del jubilado'. Este consiste en una situación jurídica o relación de derecho en curso que vincula a los respectivos expatrono y extrabajador, configurada por fenómenos que se produjeron dentro de un régimen legal o convencional, pero que continúan, por virtud de otros de operancia en marcha, determinando consecuencias jurídicas dentro de la ley nueva. Estos fenómenos deben calificarse como los *facta pendentia* de que habla el profesor Roubier, pues la situación o status que determinan se extiende desde el momento en que, cumplidos los presupuestos de la norma, el trabajador deja el servicio del patrono, y aquel en que el beneficiario de la pensión fallece. Ese status mantiene una relación jurídica entre extrabajador y expatrono durante la existencia de la situación de derecho que puede extenderse desde la vigencia de la ley bajo cuyo régimen nació, hasta la de las que posteriormente se expidan en el curso de la relación. Esta, a su vez, tuvo génesis en el contrato de trabajo que vinculó al gravado y al beneficiario, y debe considerarse como una emanación del mismo, por lo cual cabe al status de jubilado la aplicación del principio del art. 16 del C. S. del T., sobre efecto inmediato de la ley nueva, en cuanto a las consecuencias futuras de la relación de derecho. Tal efecto no desconoce el status o situación jurídica cuyo nacimiento se operó conforme a la ley anterior, sino que regula el ejercicio del derecho que ese status encierra hacia el futuro. Y no vulnera en forma alguna los derechos concretos o bienes jurídicos que antes de la ley nueva ingresaron al patrimonio del beneficiario al vencerse cada período de pago de la renta pensional durante el vigor de la norma antigua, o de la estipulación convencional de los interesados.

"Por estas razones, en esta materia hay que distinguir, siguiendo los lineamientos generales trazados en el examen antecedente por la doctrina y la jurisprudencia, entre el 'bien jurídico', creado por el status y que ha ingresado al patrimonio del beneficiario, que se va produciendo periódicamente, al vencimiento de los respectivos lapsos pensionales, y el status mismo en su extensión temporal, que es uno con efectos de tracto sucesivo, y que va desde el momento de la terminación del contrato y hasta la muerte del beneficiario o jubilado. Status que, sin afectar las rentas ya consolidadas y que han entrado, por tanto, al patrimonio privado, puede ser regido en sus desarrollos futuros por la ley nueva. Pero además, en cuanto a la situación jurídica misma, también en armonía con la jurisprudencia de la Corte que quedó expuesta atrás, debe decirse que ella, como status de derecho, no puede ser desconocida por esta ley, no obstante la pertinencia de la regulación de sus efectos futuros. Y se ha considerado tan firme esta garantía, que en el caso específico de la prescripción, la Corte, por jurisprudencia de esta Sala ha dicho que la ley correspondiente se hace efectiva sobre las mesadas pensionales desde el momento en que estas se hacen exigibles al gravado, pero no sobre la situación jurídica que vincula a este con el beneficiario, que termina por su muerte pero no prescribe. (Sentencia de casación, 17 de octubre de 1968. Pedro Nel Villegas Escobar contra Central Hidroeléctrica de Caldas, S. A.).

"Es pertinente destacar, como complemento, que la Corte, en sentencia de Sala Plena fechada el quince de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, al decidir sobre la demanda de inexequibilidad contra algunas disposiciones de la Ley 48 de 1962 que varió cuantitativamente las pensiones de los expresidentes de la República, definió el punto relativo a la intangibilidad de las pensiones originadas en leyes anteriores con la misma doctrina expuesta antes. Dijo en ese caso la Corte:

"V.- No es impertinente agregar que las pensiones jubilatorias, al igual que las remuneratorias y las graciosas ya causadas, son irrevocables. Donde quiera que la ley ha consagrado la

jubilación o la pensión en favor de los trabajadores o empleados que cumplan determinado tiempo de servicios, lleguen a cierta edad o reunan especiales condiciones, se acepta unánimemente que al concurrir esos requisitos surge un derecho perfecto al beneficio. Entonces el status de jubilado o pensionado, vale decir, el derecho a percibir la pensión en las condiciones contempladas por la ley bajo cuyo imperio se llenaron tales requisitos, no podrá ser desconocido por la nueva ley.

"VI.- Los doctrinantes de la materia por eso han distinguido entre la vocación jubilatoria y el derecho a la jubilación, o, lo que tiene igual significación, entre la simple expectativa de derecho y el derecho adquirido. En el primer caso, por no haberse cumplido o reunido las condiciones que la ley exige para gozar del beneficio, habrá una mera expectativa de derecho cuyos fundamentos la nueva ley puede libremente modificar para el porvenir. En el segundo evento —el de la jubilación ya causada—, una vez cumplidos todos los presupuestos o condiciones del precepto que establece el beneficio jubilatorio, su titular adquiere un derecho perfecto para disfrutarlo.

"VII.- Se ha visto que la pensión especial de los expresidentes no es jubilatoria, ni proviene de una situación jurídica contractual. Pero la circunstancia de que el régimen pensional tenga ese carácter, no implica que las condiciones de establecimiento de la situación jurídica así creada, dejen de constituir un derecho irrevocable en todo lo tocante a los efectos ya producidos, los cuales quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley nueva. Esa situación jurídica nacida al amparo de la ley entonces vigente, no se puede poner en tela de juicio frente a una nueva normación, por lo cual esta última no podría —como lo puntualiza el tratadista Ramírez Gronda— imponer, por ejemplo, condiciones distintas de edad y de servicio y obligar al pensionado a que volviera a su empleo para llenarlas.

"VIII.- El respeto a la 'efectividad de una situación jurídica que la ley previó y ampara', o a una situación jurídica creada definitivamente, noción comúnmente calificadora del derecho adquirido, no impide que el legislador pueda regular el ejercicio de ese derecho y señalar, por lo tanto, los requisitos para su posterior efectividad. Tal principio emerge con claridad de la previsión contenida en el art. 28 de la Ley 153 de 1887, en virtud de la cual los derechos nacidos bajo una ley y en conformidad con ella, subsisten bajo el imperio de otras; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en todo lo tocante a su extinción prevalecen las disposiciones de la nueva ley".

LA JURISPRUDENCIA DEL EXTINTO TRIBUNAL SUPREMO DEL TRABAJO

"Dada la circunstancia de que el casacionista apoya su ataque básicamente en las dos sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, cuyas motivaciones pertinentes fueron transcritas en la demanda y en la síntesis que de ellas se hace en este fallo, debe realizarse un examen del contenido de estas jurisprudencias.

"El Tribunal Supremo en el fallo de catorce de abril de mil novecientos cincuenta (Cas. "Santa Marta Railway Company, Gaceta del Trabajo. T. V. págs. 225 y ss.) considera que 'la ley, como es claro, puede modificar las condiciones o requisitos para obtener el beneficio de la jubilación y de igual manera aumentar su cuantía; pero es obvio que ella no opera sino para el futuro y, por consiguiente, sus efectos no deben extenderse a situaciones fenecidas en forma definitiva, con anterioridad, y bajo el imperio de leyes que señalaron la escala o tarifa correspondiente'.

"Este criterio se reitera en la sentencia de ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, citada por el recurrente. (Cas. 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A.'). Se ve pues, que el Tribunal asimila el status pensional a una 'situación jurídica fenecida definitivamente' y, por consiguiente, a un bien patrimonial consolidado en cabeza del beneficiario y, de contrapartida, también respecto del expatrono como carga inmodificable. Esta posición la asume el Tribunal después de que se apoya en los conceptos del profesor Paul Roubier, ya citado por esta Sala, que presenta en estos términos en la sentencia de 14 de abril de 1950: 'El problema de que se trata lo contempla Roubier de la siguiente manera: Dice que el desarrollo de una situación jurídica comprende tres momentos: el de constitución, el de producción de sus efectos y el de extinción. Con respecto a las leyes que gobiernan la constitución o extinción de una situación jurídica, no pueden sin ser retroactivas, aplicarse a la constitución o extinción realizadas de una situación jurídica. La ley que gobierna los efectos de una situación jurídica, no puede, sin ser retroactiva, referirse a los efectos que una si-

tuación de esa naturaleza habría producido bajo el imperio de una ley anterior, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos, *pero todos los efectos jurídicos* que en el futuro se produzcan quedarán regidos por la nueva ley'. (Subraya la Sala).

"El Tribunal Supremo, pues, considera que la ley nueva no puede regir los efectos futuros de la situación jurídica o status pensional nacido conforme a la ley anterior, y que su aplicación inmediata de la ley nueva a tales efectos le da el carácter de retroactiva, que contraría nuestros ordenamientos jurídicos superiores. Pero, como ya se ha visto, la vigencia de la ley nueva para las consecuencias futuras de una situación jurídica en curso, significa un vigor retrospectivo de la norma, claramente legítima.

"En tales circunstancias, la Sala, por medio de esta sentencia de sus dos Secciones reunidas, rectifica la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en la materia de que se ha venido tratando.

CONCLUSION

"No sobra agregar que lo dicho por esta Sala en el presente fallo, como se anotó en algunos apartes de la motivación, rectifica el criterio del ad quem en su sentencia acusada, pero esta circunstancia no da base para la quiebra de la decisión porque, como se desprende de lo expuesto en este fallo, las normas constitucionales y legales que el impugnante señala como violadas, no lo fueron, como quiera que no hay fundamento para la inaplicabilidad de las leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963, en cuanto decretaron aumentos en la cuantía de las pensiones de jubilación".

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 del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SUBSIDIO DE TRANSPORTE

Las normas al respecto fijan condiciones para tener derecho al subsidio de transporte, tales como cuantía del sueldo, valor de pasajes, número de viajes y necesidad del transporte, etc., condiciones que son de obligada comprobación por parte del actor en juicio, ya que para que se cause tal derecho es menester estar en la órbita demarcada por tales requisitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 80).

Domingo Ortega por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta al señor Alejandro Habeych G., para que se le condene a pagarle el reajuste de sus prestaciones sociales, la indemnización de perjuicios (tiempo faltante), indemnización por falta de pago (salarios caídos), indemnizaciones legales, asistencia médica, farmacéutica, hospitalaria y quirúrgica, subsidio familiar, subsidio de transporte, perjuicios morales y materiales, dominicales y días feriados, intereses legales y costas del juicio, peticiones que se apoyan en los siguientes hechos:

Que Ortega prestó sus servicios al demandado Habeych G., como cobrador de la casa comercial de este, desde el 17 de diciembre de 1956 hasta el 7 de octubre de 1960, fecha en la cual se le reemplazó por el señor Rafael Jiménez Correa; que durante los últimos tres meses de servicio devengó la suma de $ 500.00 por mes, aproximadamente; que el 27 de abril de 1958 sufrió un accidente de trabajo y que no se le suministró la asistencia médica requerida, no se le pagaron las remuneraciones correspondientes así como tampoco las indemnizaciones legales a que se hizo acreedor; que en el último mes y como consecuencia de haber nombrado el demandado otro cobrador, las entradas del demandante se redujeron a $ 320.00 por mes, debido a que al nombrado más recientemente se le daban las cuentas de mayor valor; que nunca se le dieron vacaciones y que ni siquiera se le ha pagado su valor; que a pesar de ser el demandante padre de 9 hijos, nunca se le pagó por el demandado el subsidio familiar, y tampoco le fue reconocido el subsidio de transporte, aun cuando vivía en lugar distante del sitio de trabajo; que Ortega se distinguió siempre por su buena conducta, por lo que no se justificaba la designación de otro cobrador y que hasta la fecha de la demanda, al demandante no se le ha efectuado examen médico de retiro.

En la primera audiencia de trámite Domingo Ortega por medio de su apoderado corrigió la demanda e incluyó como demandada a la señora Regina de Andreis de Habeych.

Con sustento en los medios de prueba que como tales fueron decretados, el juzgado del conocimiento con fecha 9 de marzo de 1962 dictó sentencia en la cual dispuso condenar al demandado señor Habeych G. a pagar al actor $ 336.46 por concepto de reajuste en la liquidación de prestaciones y $ 148.26 por concepto de salarios caídos y lo absolvió de los demás extremos de la demanda. A la vez absolvió de todos los cargos que le fueron formulados a la señora de Habeych y 'declaró prescritas todas las acciones que se hicieron exigibles desde el 16 de noviembre de 1957 hacia atrás'. Recurrida esta providencia, el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Laboral, en sentencia de 11 de diciembre del año citado, la confirmó en todas sus partes.

El apoderado del actor interpuso contra el fallo anterior recurso de casación, el que por haber sido concedido y admitido, se procede a estudiar. El recurrente luego de anunciar el propósito que persigue ante esta Corporación, expresa en los siguientes términos el primer cargo que formula:

"Primas de servicio.- Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación directa de las siguientes disposiciones sustantivas, independientemente considerada de toda situación de hecho o probatoria: ord. a) del art. 306 en ar-

monía con el art. 195 del C. S. T.".

Y en síntesis expresa el acusador en la extensa sustentación del cargo que tanto el ad quem como el a quo violaron las disposiciones sustantivas que cita, porque condenaron al demandado al pago de primas de servicio como si fuera un patrono con capital inferior a $ 200.000.00, cuando en verdad su capital es superior a dicha cifra. Dice que el art. 195 expresa lo que se entiende por capital de una empresa o patrono y que es a este a quien corresponde aportar la prueba respectiva, presumiéndose, en caso de no llevarla al juicio, que tiene el requerido para pagar la totalidad de la prestación demandada. Y luego se pregunta sobre la razón que pudieron haber tenido los falladores para condenar a pagar la prima de servicio más baja, cuando ha debido producirse la condenación con apoyo en el ord. a) del art. 306 del C. S. del T., lo que no se hizo.

Se estudia

Acusa el recurrente violación directa de los arts. 306 y 195 del C. S. del T., infracción que opera por ignorancia del juzgador acerca de la existencia de la ley o por rebeldía del mismo contra su mandato. De suerte, pues, que se procede a examinar si el sentenciador incurrió en violación directa de las disposiciones citadas. Bajo el epígrafe "prima de servicios" el ad quem no solamente se refiere sino que analiza la norma que consagra la primera disposición arriba citada, de donde no puede decirse que la hubiera ignorado y si además se considera, que al confirmar sobre este particular la decisión del a quo, acoge los argumentos de este, no puede decirse que se hubiera declarado en rebeldía contra su mandato, como se pretende. En efecto, el juez del conocimiento en su sentencia dice: "... En la diligencia de inspección ocular quedó demostrado que el señor Alejandro Habeych posee un capital inferior a $ 200.000.00 de tal suerte que en la liquidación de esta prestación debe tenerse en cuenta lo indicado por el inc. 1o. aparte b) del art. 306 del C. S. del T....". Al acoger la sentencia de primer grado y confirmarla, el Tribunal desde luego ha hecho suyo tal argumento, que es producto de lo demostrado en el curso del juicio. No hubo en consecuencia ni ignorancia ni rebeldía, luego no se produjo violación directa de la ley, ni ninguna violación que pudiera estudiarse con independencia de toda situación de hecho o probatoria, como lo solicita el acusador. Quiere significar esto que para que pudiera ser estimable la acusación ha debido ser formulada por la vía indirecta, por error ostensible de hecho, con indicación de la prueba dejada de apreciar o que hubiera sido mal apreciada por el sentenciador demostrando, desde luego, que tal error incidió en la decisión judicial con la que no está de acuerdo el impugnador, conforme lo exige el art. 90 del C. S. del T.

Como el cargo ha sido mal formulado, no puede tener eficacia y por ende prosperidad.

Segundo cargo

Está formulado así: "Término presuntivo del contrato de trabajo. Primera causal del art. 87 del C. P. T., por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad quem, causada en el error evidente de hecho al haber dejado de estimar las siguientes pruebas: a) posiciones judiciales absueltas por el actor, fls. 119 a 121; b) posiciones judiciales absueltas por el demandado, fls. 159 a 167, y, c) la carta del actor dirigida al demandado de fecha cuatro (4) de octubre de mil novecientos sesenta (1960), fls. 17 y 18; pruebas estas que no fueron estimadas en su verdadero valor probatorio por el ad quem y que trajo como consecuencia la infracción de hecho que aparece a primera vista de las siguientes disposiciones sustantivas de carácter laboral: arts. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 37, 38, 43, 44, 47, 49, 55, obligación 4a. del art. 57, 61 y 64 del C. S. T.".

Estima el recurrente que el sentenciador violó las disposiciones que cita, por vía indirecta, a consecuencia de evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas que singulariza, error que llevó al ad quem a considerar que el demandante presentó renuncia de su cargo, razón por la cual no condenó al demandado al pago de los salarios correspondientes al tiempo que faltó para el vencimiento del contrato presuntivo, cuando, dice, que las pruebas que relaciona establecen que el patrono fue quien provocó, de manera expresa, tal renuncia, por cuanto le disminuyó las entradas en un 50% en el último mes. Tal, en resumen, lo que expresa el impugnador en la demostración del cargo.

Se estudia

Al examinar las pruebas señaladas por el recurrente como mal apreciadas por el sentenciador, encuentra la Sala que ninguna de ellas

demuestra el hecho alegado, o sea, que el patrono hubiera provocado la renuncia del demandante. La afirmación del hecho aparece en la carta de renuncia del actor, fls. 17 y 18 y en la diligencia de posiciones por el mismo absueltas, en las cuales dice que como consecuencia de haberse nombrado un nuevo cobrador, sus entradas disminuyeron considerablemente. Pero estas afirmaciones carecen de total respaldo en las pruebas allegadas a los autos. En efecto, en las posiciones absueltas por el demandado, se afirma la renuncia del actor y en relación con ella se explica que el señor Jiménez Correa era un viejo servidor de la empresa que desempeñaba funciones de cobrador, como las desempeñaban igualmente los hijos del demandado Habeych G. No existe, como se pretende, una confesión acerca del hecho invocado por el impugnador, así como tampoco se encuentra establecido que el señor Ortega devengara $ 500.00 mensuales y menos que sus entradas se hubieran reducido en la proporción por él indicada.

No aparece de ninguna probanza el error de hecho atribuido por el recurrente al ad quem y menos que pudiera tener el carácter de ostensible, requisito exigido por la ley para que prospere una acusación de la naturaleza de la formulada. De otro lado, como bien lo dice el opositor, el contrato entre las partes fue verbal, y no se ha demostrado que el patrono se hubiera obligado a no contratar otros cobradores o a utilizar para el mismo efecto los servicios de sus familiares, de donde no hay lugar a hablar de incumplimiento por parte del patrono a lo pactado, como se pretende.

En estas condiciones el cargo formulado no puede tener prosperidad.

Tercer cargo

"Subsidio de transporte. Primera causal del art. 87 del C. P. T., por violación directa consistente en la falta de aplicación de las siguientes disposiciones laborales de carácter sustantivo: Ley 15 de 1959, arts. 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 7o., y 8o. del Decreto 1258 de 1959".

Dice el impugnador que el ad quem violó las disposiciones que relaciona, por vía directa, por no haber condenado al demandado al pago del subsidio de transporte, pago que reclama desde la vigencia de tales normas hasta la finalización del contrato. Expresa el recurrente que quien debía demostrar el pago de tal prestación era el demandado, demostración que no efectuó, y en ningún caso el demandante, como se insinúa en la providencia recurrida. Agrega que de la circunstancia de que el trabajador no hubiera reclamado su derecho y de que hubiera manifestado ignorancia de la ley sobre el particular no puede deducirse que careciera de derecho.

Se estudia

Considera la Sala conveniente transcribir lo expresado en relación con el subsidio de transporte por el sentenciador. Dice así: "Hay trabajadores que tienen derecho a subsidio de transporte cuando prueban la distancia existente entre el lugar donde trabajan y su residencia y además, el valor de los pasajes de los buses locales. Esto debe establecerse por el trabajador o demandante y ello no se ha establecido porque, según el actor, no creyó tener derecho por la forma de trabajo que hacía o sea el de comisiones, según su declaración en posiciones".

Encuentra la Sala que las normas del decreto citadas como infringidas por el acusador simplemente fijan condiciones, para tener derecho al subsidio de transporte, tales como cuantía del sueldo, valor de pasajes, número de viajes y necesidad del transporte, etc., condiciones que son de obligada comprobación por parte del actor en juicio, ya que para que se cause tal derecho es menester estar en la órbita demarcada por tales requisitos. Y esto es precisamente lo que ha expresado el sentenciador en el párrafo de su providencia que se transcribió arriba y encuentra esta Sala que lo en él manifestado corresponde a una acertada apreciación acerca de que el derecho al subsidio del transporte se conforma por determinados requisitos cuya demostración corresponde al actor.

Ahora bien: Si se tiene en cuenta que la violación por vía directa excluye el estudio de toda cuestión de hecho o probatoria, como quiera que implica acuerdo respecto de esta, entre el impugnante y el sentenciador, el cargo formulado no puede tener prosperidad, ya que tal acuerdo no existe, como se desprende de lo afirmado por el recurrente en la demostración del cargo y lo expresado por el sentenciador en la providencia acusada.

Las consideraciones anteriores serían suficientes para restarle al cargo que se estudia toda prosperidad. Pero además encuentra la Sala que el recurrente ha incurrido en otro error de técnica de casación, con capacidad para producir su desestimación, ya que pese a la reiterada

jurisprudencia sobre el particular, omitió en relación con la ley 15 de 1939 singularizar las disposiciones que estima violadas, limitándose a señalar como infringida toda la ley saliéndose así de la órbita que demarca la técnica del recurso.

Cuarto cargo:

"Salarios caídos.- Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación directa consistente en la falta de aplicación del inc. final del art. 65 del C. S. T.".

El recurrente expresa que la sentencia en este aspecto —salarios caídos—, solamente se ocupó de las obligaciones pecuniarias satisfechas por consignación ante el Juzgado, pero pasó por alto referirse al examen médico de salida que ha debido practicársele al señor Ortega y al 'certificado consecuencia de dicho examen'. Y concluye que como el demandado Habeych G. no dio cumplimiento a lo que dispone el inc. final del art. 65 del C. S. del T., ha debido ser condenado por el ad quem a los salarios caídos. Esta acusación la formula el impugnador con independencia de toda cuestión probatoria.

Se estudia:

El cargo ha sido formulado por violación directa, en la modalidad de falta de aplicación del art. 65 del C. S. del T., mas en la sustentación el recurrente resalta la falta de ejecución de un hecho, cuya demostración solamente puede efectuarse con apoyo en los elementos de prueba que obran en el proceso, es decir, por vía indirecta. Quiere significar esto que la acusación adolece de falta de técnica. Sin embargo dos aspectos pueden contemplarse como material de estudio, el referente a la consignación y el que se relaciona con la falta de examen médico de salida del trabajador. Respecto del primero se tiene: El demandado efectuó ante el juzgado del trabajo consignación por la suma que consideraba deber al trabajador y con ella puso fin a la sanción en que hubiera podido incurrir, máximo cuando la cantidad consignada no puede reputarse de írrita, como lo demuestra la circunstancia de que solamente hubo una diferencia de $ 336.46, entre la suma consignada $ 3.954.01 y la condena del tribunal. En estas condiciones, por este aspecto, no había lugar a dar aplicación a la disposición acusada (art. 65 del C. S. del T.). En relación con el segundo aspecto de la cuestión planteada, se encuentra: El último inc. del art. 65 tantas veces citado, dice: "En la misma sanción incurre el patrono cuando no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ord. 7o. del art. 57". Y la disposición a la cual remite la transcrita reza: "Son obligaciones especiales del patrono: ... 7a. Dar al trabajador que lo solicite, a la expiración del contrato, una certificación en que conste el tiempo de servicio, la índole de la labor y el salario devengado; e igualmente, si el trabajador lo solicita, hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiera sido sometido a examen médico...". Y agrega: "Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

'La misma sanción' de que habla el inciso final del art. 65 es la de pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en la práctica del examen médico y en la expedición del correspondiente certificado de salud, como lo dispone el ord. 7o. del art. 57. Pero de conformidad con esta última disposición, la obligación patronal de hacer practicar examen médico al trabajador y de expedirle el correspondiente certificado, nace de la circunstancia de que al ingreso del trabajador o durante su permanencia en el trabajo se le haya practicado tal exámen. No se estableció en el juicio que se hubiera cumplido o realizado tal condición en ninguno de los dos eventos, luego no existía por parte del señor Habeych G. tal obligación y no existiendo, mal puede pedirse indemnización por la no práctica del examen médico y la no entrega del certificado.

Pese a lo anterior, si bien es cierto que el trabajador solicitó en su comunicación fechada el 4 de octubre de 1960, que se le practicara el examen médico y se le expidiera el respectivo certificado, también lo es que el demandado autorizó al médico Guillermo Valencia P., para realizarlo y para expedir la certificación correspondiente. Además, cabe anotar que en vista de que el extrabajador no compareció ante el médico nombrado, el demandado voluntariamente se presentó ante el Inspector del Trabajo y dejó constancia de estos dos hechos: La autorización dada al médico y la no comparecencia del demandante.

Se han hecho estas consideraciones para dejar en claro que el cargo ha sido mal formulado, como quiera que se equivocó la vía de ataque, ya que por la propuesta, siendo así que se trata de una cuestión solamente demostrable con uso del material probatorio, el cargo no puede tener prosperidad.

Quinto cargo:

"Incapacidad por enfermedad no profesional. Primera causal del art. 87 del C. P. T. por violación directa consistente en la aplicación indebida de las siguientes disposiciones: arts. 199, 204 y 205 del C. S. T., en vez de haber aplicado los arts. 227, 228 y 229, ibídem".

El cargo ha sido formulado con independencia de toda cuestión probatoria y hace consistir la violación el recurrente en que se consideró por el sentenciador que el trabajador sufrió un accidente de trabajo, cuando en realidad se trata de una enfermedad no profesional, y busca con el cargo que el patrono pague "los salarios de dos terceras partes durante todo el tiempo que duró la incapacidad, que no pasó de tres meses, y la asistencia de diversa clase consagrada en el mismo estatuto sustantivo".

El cargo es absolutamente inestimable por la siguiente:Como se dice en la petición 4a. del libelo inicial, y así se afirmó y se sostuvo en el curso del juicio, fue la ocurrencia de un accidente de trabajo, para el cual se solicitaban las indemnizaciones en dinero y las asistenciales. Demostrado que tal accidente no ocurrió, ya que se trató de un incidente de carácter familiar provocado por Ortega en el cual este llevó la peor parte, el sentenciador debía desestimar la acción instaurada, como lo hizo. Y ahora, no se puede, como lo pretende el recurrente, cambiarla y buscar cosa distinta a la propuesta en las instancias y en ellas debatida. Ahora bien, si lo que busca el acusador es demostrar que la reclamación que ahora hace está contenida en el libelo inicial ha debido utilizar vía diferente a la escogida porque la cuestión así considerada solamente puede establecerse utilizando las probanzas allegadas a los autos sobre la equivocación judicial.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del demandante.

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

Jorge Gaviria Salazar, Francisco Yesid Triana, Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION

La Sala de Casación Laboral de la Corte ya ha definido cuál es la verdadera interpretación del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, en el caso de la pensión especial que consagra cuando el trabajador es despedido sin justa causa después de cumplir 15 años de servicio, continuos o discontinuos en empresas obligadas a pagar esta prestación, y ha dicho que en este evento sólo tiene aplicación cuando su tiempo de trabajo es menor de 20 años, pues si ya cumplió este requisito, la pensión sólo se causará al cumplir la edad que señala el art. 260 del C. S. del T.

Corte Suprema de Justicia.° — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Aprobación: Acta No. 85).

Ante el Juzgado Municipal del Trabajo de Itagüí (Antioquia) instauró demanda Jesús María Aristizábal contra la sociedad denominada "Manufacturas Sedeco S. A.", para que mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, dicha entidad le reconociera pensión mensual vitalicia de jubilación-sanción a partir de la fecha en que cumplió 50 años de edad y fuera condenada a pagarle las costas del juicio.

Como hechos del libelo relató el demandante que había prestado servicios a la sociedad durante el tiempo comprendido entre el 3 de febrero de 1943 y el 3 de marzo de 1964, fecha esta última en la cual la empresa lo despidió haciendo uso de la cláusula de reserva, siendo por tanto injusta su desvinculación; que en el momento del despido devengaba $ 1.347.00 de salario y que en 1967 cumplió 50 años de edad.

Admitida la demanda se corrió traslado de ella a la empresa demandada que la contestó por conducto de su apoderado general, negando los hechos y oponiéndose a las condenas impetradas.

Tramitado el juicio en legal forma, el Juzgado puso fin a la primera instancia por medio de sentencia de 11 de octubre de 1968, en la cual absolvió a la sociedad de los cargos formulados en la demanda, sin imponer costas al actor.

Apelada esta providencia por el apoderado del demandante, subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, el cual por medio de su Sala Laboral, desató el recurso en fallo de 29 de noviembre de 1968, en el que confirmó la sentencia de primera instancia en todas sus partes. No hubo costas.

El apoderado del demandante interpuso contra la resolución del Tribunal recurso extraordinario de casación que una vez concedido y admitido por la Sala Laboral de la Corte, pasa a decidirse teniendo en cuenta la demanda presentada. No hubo escrito de oposición.

El recurso:

El recurrente solicita que esta Sala de la Corte case totalmente la sentencia de segundo grado pronunciada el 29 de noviembre de 1968 y que, como Tribunal de instancia infirme la de primera instancia y haga las condenas solicitadas en el libelo inicial.

Invoca el impugnador como motivo de casación el ser la sentencia acusada violatoria por vía directa de los arts. 8o. de la Ley 171 de 1961 y 8o. del Decr. 1611 de 1962, "como consecuencia de haber interpretado el sentenciador erróneamente esas disposiciones aplicándolas indebidamente como consecuencia de restringir su alcance".

Dice en la demostración del cargo que la cuestión se reduce a determinar si la norma invocada por él debe ampararlo o no. Hace consistir la interpretación errónea de los preceptos citados en que ellos modificaron sustancialmente el art. 267 del C. S. del T. en que se apoyó el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo para sentar jurisprudencia en el sentido de sostener que esta pensión-sanción sólo se causaba por despido injusto después de quince (15) años de

servicio y antes de veinte (20), y termina diciendo luego de transcribir una sentencia de la Sala de 1965 que "como el fallo recurrido se basa en su totalidad en los conceptos ya revaluados del Tribunal Supremo, procede el cargo por interpretación errónea de las normas precitadas porque la Empresa despidió sin justa causa al demandante cuando había trabajado a su servicio más de quince años".

Se estudia:

La Sala de Casación Laboral de la Corte ya ha definido cuál es la verdadera interpretación del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, en el caso de la pensión especial que consagra cuando el trabajador es despedido sin justa causa después de cumplir 15 años de servicio, continuos o discontinuos en empresas obligadas a pagar esta prestación, y ha dicho que en este evento sólo tiene aplicación cuando su tiempo de trabajo es menor de veinte (20) años, pues si ya cumplió este requisito, la pensión sólo se causará al cumplir la edad que señala el art. 260 del C. S. del T.

Dijo la Corte:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, y después la de la Corte Suprema de Justicia definieron, respecto del art. 267 del estatuto laboral, que tal precepto 'fue dictado con el objeto de impedir que los patronos burlaran la ley al despedir a los trabajadores antes de cumplir los veinte años de servicios'; que él 'no tiene el carácter de sanción por el simple despido del trabajador, sino que sanciona la intención de impedir que el trabajador con más de quince años de servicios goce de la pensión de jubilación establecida por el art. 260' de dicho código y que, por esas razones, no puede pensarse en que la norma opere para el despido después de veinte años de servicios, es decir, que ella 'nada tiene que ver con quienes ya cumplieron el tiempo de servicio necesario para tener derecho a la pensión'.

"El art. 267 CST fue derogado por el ordenamiento 14 de la ley 171 de 1961, ley cuyo texto 8o., por otra parte, creó una pensión jubilatoria, directamente proporcional a la plena, para servicios por más de diez años y menos de quince, en caso de despido injusto, e instituyó otra especial por más de quince años de servicios, en la misma forma proporcional, y una más para el retiro voluntario del trabajador, después de los dichos 15 años, pero solo al cumplir sesenta años de edad. Entiende la Sala, y así lo ha expresado ya su otra Sección en varias providencias, que la ley 171 de 1961 mantuvo, respecto del carácter de las pensiones por despido injusto, el criterio fijado por la referida jurisprudencia de que ellas solo proceden respecto de servicios por tiempo menor de 20 años y no para el que lo supere, porque su razón fundamental —fuera del caso de retiro voluntario, a los 60 años de edad— es la de procurar la estabilidad en el empleo e impedir que el acto patronal del despido injusto haga imposible para el trabajador el completar el necesario para la jubilación plena. Tal previsión carece de objeto respecto del que ha cumplido los veinte años de servicios, ya que el dicho acto injusto no logrará impedirle ese cumplimiento, que generará el derecho a la jubilación en reuniéndose las demás condiciones de ley. Por otra parte, como se ha dicho, la pensión especial no es sancionadora solamente del despido injusto, el cual tiene otras reglas para su indemnización, por lo que, en presencia de un acto de esa clase, respecto del trabajador al que ya no se le puede impedir el requisito de los veinte años de servicios por haberlos cumplido, faltará el supuesto específico de dicha prestación.

"Esta finalidad de la pensión de jubilación en estudio es incuestionable en el texto de 1961, respecto de su primera creación, por cuanto expresamente la reguló para el tiempo servido entre más de diez años y menos de quince años; y se exhibe también "después de quince años de dichos servicios' y menos de veinte años, aunque el legislador no hubiese agregado materialmente esta expresión, como lo reclama la exégesis opuesta, porque ese es espíritu de la institución especial y su alcance propio, desde su concepción, y aún en su regulación del caso inmediatamente anterior, y porque tal es el entendimiento que se debe a la proporcionalidad que se estableció, respecto de todas las especiales, con la pensión plena. La referencia del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, así como la que contenía al art. 267 CST. indican claramente que se trata de prestación especial para tiempo menor de los 20 años que causan el derecho general jubilatorio. De otra suerte, con el alcance que la Corte estima equivocado, se disfrutaría de la plena con edad inferior a la requerida para ella, y hasta por valor superior a la misma, en nuevas figuras de jubilación que no consagran las regulaciones vigentes, ni pueden armonizarse con sus propósitos.

"Se objeta, sin embargo, y el fallo recurrido acepta estas razones, que el art. 8o. de la dicha

ley de 1961 no contiene la limitación indicada, como sí lo hizo al regular la pensión por despido sin justa causa después de 10 años y menos de 15 de labor; que al instituir sobre la de más de 15 años lo hizo expresando tan sólo 'después de 15 años de servicios', y donde el legislador no distingue no es lícito que lo haga el intérprete; que lo que se sanciona es el despido sin justa causa; que la ley hay que interpretarla en el sentido en que produzca efecto y éste no se logra al no aplicarla en los casos de 20 años o más de servicios; que esta inaplicación conduce a tener como causa justa el despido injusto en los dichos casos de 20 años o más de servicios, pues no lo sanciona; y que es ilógico favorecer a quien ha trabajado menos de 20 años y no al que igualó o superó ese tiempo de servicios, volviéndose la norma contra el que ha laborado más. Se invoca, además, la sentencia de 2 de junio de 1965 de la Corte, en el caso de Jorge Enrique Burgos contra Tía Ltda.

"Estas objeciones carecen de validez. Pues si la ley no empleó la expresión y menos de 20 años' que se exige, no fue para suprimir ese límite, correspondiente a la concepción jubilatoria especial y necesario en su finalidad y en su regulación explicadas; ni con solo no haberla empleado creó una prestación de condiciones distintas a la de la pensión plena, propósito que no se encuentra ni en su texto ni en su espíritu; ni se trata de distinguir donde el legislador no ha distinguido, pues es el ordenamiento el que carece del alcance que se le pretende y nunca se le estableció para comprenderlo; ni lo que se sanciona es simplemente el despido injusto, acto que cuenta con otras normas reparadoras, sino el impedir el cumplimiento de los 20 años de servicio, y esto destruye toda otra interpretación que extienda la norma al que no puede evitar ya aquel requisito de ley; ni se entiende por qué ello convierte en justa causa lo que no lo es; ni cabe afirmar que con la inaplicación explicada no se producen efectos, pues ellos deben contenerse siempre, en toda ley, en su campo propio, según los supuestos fácticos que generan el derecho y no en el de los que se recoge la voluntad del legislador; ni resulta perjuicio para el que trabaja más, pues de lo que se trata es de proteger al que no logrará servir los 20 años por el despido injusto, que precisamente quiere impedir el cumplimiento de ese requisito legal y no de crear una nueva prestación para el que ya la satisfizo; ni ello, finalmente, favorece de modo ilógico a quien ha servido menos, pues el beneficio legal es para que este disfrute de una pensión proporcional a la plena que le habría correspondido, si no fuera por el acto injusto, y el que ya cumplió con esa condición de ley no necesita de tal previsión, pues tendrá la prestación plena, por tiempo servido, en cumpliendo la edad pensionable. Que por ello puedan unos trabajadores —los que han servido más de 15 y menos de 20 años— disfrutar de la pensión especial, desde los 50 años de edad, mientras que otros de la misma edad tienen que esperar a los 55, y aún que la situación sea distinta respecto de un trabajador en razón de si alcanzó o no los 20 años de servicios, son consecuencias del régimen de causación por los requisitos establecidos, mas ello no autoriza el entendimiento opuesto a la finalidad de la ley y a sus regulaciones específicas.

Para la Corte, por todo lo expuesto, "el art. 8o. de la Ley 171 de 1961 instituyó un régimen especial de jubilaciones restringidas, respecto de la pensión plena que no se logrará por el despido injusto —o por el retiro voluntario, en su caso— régimen que por su propósito y por sus regulaciones literales no es aplicable al trabajador que ha cumplido más de veinte años de servicios". (Juicio de Carlos Villegas Echeverri contra Distribuidora Bavaria S. A. Sentencia de 28 de marzo de 1969).

En el caso de autos, el trabajador-recurrente sirvió a la empresa demandada por espacio de veintiún (21) años y un (1) mes, luego el Tribunal al absolver a la empresa de la pensión solicitada, no tuvo un equivocado entendimiento de la norma, sino que se conformó con su verdadero sentido y, por tanto no incurrió en interpretación errónea del art. 8o. de la Ley 171 de 1961.

No prospera el cargo.

A mérito de las razones 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.

NOMINA DE EMPLEADOS

Sólo en tratándose del capital de la empresa, y por fuerza de lo dispuesto en el art. 195 del C. S. T., se exige al patrono la presentación de la prueba que acredite su valor, equivalente al del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, en atención a que el trabajador no podría obtener esa prueba en virtud de la reserva que protege las declaraciones de renta y patrimonio y sus respectivas liquidaciones. Pero cosa distinta del capital es la nómina de empleados, cuyo valor resulta de fácil comprobación, ya sea mediante inspección ocular o por otro medio adecuado al efecto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

(Aprobación: Acta No. 51).

Floricelda Mercado Vda. de Suárez y sus hijos menores Matilde, Rogelio, María del Socorro, Yadira Esther y Luis Harrison Suárez Mercado, por medio de apoderado, demandaron al doctor *Víctor Ceballos,* para el pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, subsidio familiar, gastos de traslado, seguro de vida, gastos de entierro, los intereses y las costas del juicio.

La demanda refiere estos hechos:

El doctor Víctor Ceballos celebró un contrato con el Departamento del Magdalena para la construcción del Palacio Municipal de la población de Chiriguaná, el cual fue suscrito y aprobado el 14 de noviembre de 1959. El precio convenido fue de $ 105.857.55, asumiendo el contratista la obligación de pagar las prestaciones sociales a los trabajadores que ocupara en la ejecución de la obra. En ella prestó sus servicios, como oficial de carpintería, Luis Harrison Suárez, desde el 20 de enero hasta el 7 de febrero de 1960, en que murió, en forma violenta, en la misma población. Devengó un jornal de $ 20.00, era casado con Floricelda Mercado y de este matrimonio nacieron Matilde, Rogelio, María del Socorro, Yadira Esther y Luis Harrison Suárez Mercado, únicos beneficiarios forzosos y herederos, en la calidad de cónyuge e hijos legítimos, respectivamente. El patrono tenía una nómina mensual superior a $ 1.000.00 y no ha pagado las prestaciones que se demandan, no obstante la reclamación que se le hizo sobre el particular. Agrega la demanda que Luis Harrison, para la prestación de sus servicios, tuvo que trasladarse de Santa Marta a Chiriguaná, sin que Ceballos le pagara los gastos ocasionados por ese cambio de residencia.

El demandado, también por medio de apoderado, contestó la demanda aceptando los hechos relativos al contrato celebrado con el Departamento del Magdalena para la construcción del Palacio Municipal en Chiriguaná, pero niega que Luis Harrison hubiera sido trabajador suyo y propone como excepciones las de "falta de personería sustantiva pasiva" y la de inexistencia de las obligaciones.

En la primera audiencia de trámite fue corregida la demanda en el sentido de dirigirla también contra el Departamento del Magdalena, pues en el contrato celebrado con el doctor Víctor Ceballos, —dice el demandante— dicha entidad se obligó a pagar las prestaciones sociales que se causaran en la ejecución de la obra, en caso de que aquel no las pagara. La enmienda incluye, igualmente, la solicitud de "salarios caídos".

El Juzgado admitió la corrección e hizo los traslados correspondientes, y los demandados contestaron oponiéndose a los nuevos planteamientos del actor. Posteriormente, fue declarada la nulidad de lo actuado, por incompetencia de jurisdicción, en cuanto se hizo extensiva la demanda al Departamento del Magdalena, sin agotar previamente el procedimiento gubernativo, continuando así el debate solamente contra la persona primitivamente demandada.

El Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta decidió, en primera instancia, absolviendo de

todos los cargos, sin costas. Apeló el apoderado de la parte demandante y el Tribunal Superior de la misma ciudad, en providencia del 5 de diciembre de 1963, confirmó la del inferior. Tampoco condenó en costas.

El mismo apoderado interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir previo el estudio de la demanda que lo sustenta.

Alcance de la impugnación.

Pretende que la Corte case la sentencia acusada, y, obrando como tribunal de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, condene solidariamente al Departamento del Magdalena y al doctor Víctor Ceballos a pagar a los demandantes $ 138.00 por concepto de gastos de entierro del extrabajador Luis Harrison Suárez; $ 1.656.00 como seguro de vida, y la suma de $ 4.60 desde el 8 de febrero de 1960 hasta que se paguen las obligaciones anteriores, a título de indemnización moratoria.

Para el efecto, presenta tres cargos.

Primero.- Formula este ataque con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. de P. del T. "por violación indirecta o de medio en que incurrió el *ad quem,* originada por error evidente de hecho al haber dejado de estimar las siguientes pruebas: a) Reclamo directo elevado por la actora al ingeniero Ceballos, folios 4 y 5; b) Partida de matrimonio, fls. 6; c) Partidas de bautismo de los hijos de la actora, fls. 6 a 12; d) Copia auténtica del contrato administrativo de la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, celebrado entre el Departamento del Magdalena y el demandado Dr. Ceballos, fls. 70 a 76; f) Las declaraciones judiciales de Carlos Henríquez Peña, fl.111, Ana Vicenta Angulo, fl. 113, Manuel Antonio Fuentes, fl. 116 y Gilberto Martínez, fl. 118; y por mala apreciación de las siguientes pruebas: 1a. Certificado de inhumanación fl. 2; y 2a. las declaraciones de Guillermo Quiroz, Luis Amaris, José María Díaz Granados, Misael Zambrano, Policarpo Fuentes, Julia Pallares y Pedro Pava Ríos, lo que trajó como consecuencia necesaria la violación de las siguientes disposiciones legales de orden sustantivo laboral: arts. 22, 23, 24, 27, 29, 32, 34, 35, 37, 38, 45, 47, 127, 132, 133, 141, 144, 145, 146, 147, del C. S.T. y Decretos Nos. 2118 y 2214 de 1956, Decr. 118 de 1957".

Empieza el casacionista, la demostración de este ataque, por manifestar que para el *ad quem* la parte actora no demostró la existencia del contrato de trabajo con la demandada. Afirma que la personería sustantiva de la demandante y la calidad de representante que esta tiene en relación con sus hijos menores están demostradas con las partidas del estado civil que obran en autos. Que en la cláusula 4a. del contrato administrativo para la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, se facultó al doctor Ceballos para la contratación de sus trabajadores, y en las 7a. y 8a. se le prohibe ceder el contrato y subcontratar. Aspectos fundamentales —agrega— para complementarlos con las demás pruebas que el fallador no apreció y que interpretó equivocadamente. Que el Juez comisionado para la recepción de los testimonios, al disponer el cumplimiento de la comisión, con los requisitos legales, observó las formalidades de toda declaración, de acuerdo con el C. J. y el C. de P. del T. De ahí, que esa prueba no pueda dejarse de apreciar como lo hizo erróneamente el *ad quem.*

Se refiere —luego— a las declaraciones de Henríquez Peña, Ana Vicenta Angulo, Policarpo Fuentes y Gilberto Martínez, para significar que estos testigos vieron a Luis Harrison Suárez trabajando en la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, hasta el 7 de febrero de 1960, fecha de su fallecimiento. De donde se desprende la existencia del contrato de trabajo, con todos los elementos que lo caracterizan, porque si el salario no aparece plenamente demostrado, debe tomarse en cuenta el mínimo legal que regía en la época de ejecución del contrato.

Segundo.- Bajo el epígrafe "Seguro de vida y gastos de entierro" formula esta censura "por violación indirecta o de medio en que incurrió el ad quem, originada en error evidente de hecho al haber dejado de estimar las siguientes pruebas: a) copia auténtica del contrato administrativo de la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, fls. 70 a 76; b) Las declaraciones judiciales de Carlos Henríquez Peña, fl.11., Ana Vicenta Angulo, fl., 113, Manuel Antonio Fuentes, fl. 116 y Gilberto Martínez fl. 119; c) Absolución de posiciones del Dr. Ceballos; por mala apreciación de las siguientes pruebas: 1a. La copia del certificado de inhumación de Suárez Guerrero, fls. 2; 2a. Las declaraciones judiciales de Guillermo Quiroz, Luis Amaris, José María Díaz Granados, Misael Zambrano, Policarpo Fuentes, Julia Pallares y Pedro Pava Ríos, lo que tuvo como consecuencia necesaria la violación o infracción de las siguientes disposiciones sustantivas laborales vigentes: arts. 247, 248, 289, 290, 292, 293, 294,

del C. S. T. y art. 11 del Decr. 617 de 1954; arts. 127, 132, 133, 141, 144, 146, 145, 147, del C: S.T. Decrs. 2118 y 2214 de 1956 y 118 de 1957".

Afirma el acusador que todos los testigos que declararon en el presente juicio están de acuerdo en la afirmación de que Suárez Guerrero falleció el día 7 de febrero de 1960 cuando se hallaba al servicio del doctor Ceballos en la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, circunstancia que origina los derechos al seguro de vida y a los gastos de entierro en beneficio de la parte demandante. Que en verdad la partida de defunción no figura en el expediente, pero obra el certificado de inhumación suscrito por el empleado correspondiente del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Chiriguaná y la prueba testimonial sobre la fecha de fallecimiento de Suárez, sin que se advierta discrepancia en este punto, y el doctor Ceballos, en posiciones, acepta que fue el contratista de la obra mencionada, lo que indica la relación entre el Departamento del Magdalena y el demandado y entre este y el trabajador Suárez Guerrero.

Concluye el acusador manifestando que la nómina mensual de salarios del demandado, que el *ad quem* no encontró demostrada, se desprende del precio de la obra, $ 105.857.55, y del plazo estipulado, de cien días, para su ejecución, y que siendo esta la realidad procesal, ha debido condenar al pago del seguro de vida y de los gastos de entierro.

La Sala considera:

Los siguientes apartes son del fallo recurrido:

"Al juicio se hicieron llegar las declaraciones de Milciades Cabas y Julio César Caraballo, fls. 33 y 34, y las de Guillermo Quiroz Tirado, Luis Amaris, José María Díaz Granados, Misael Zambrano, Policarpo Fuentes, Julia Pallares y Pedro Paba Ríos, que aparecen de fls. 110 a 120. Sin entrar en análisis de tales pruebas para saber si en realidad demuestran que Suárez Guerrero fue trabajador del ingeniero Víctor Ceballos, se debe decir que ellas no tienen ningún mérito porque no se recibieron siguiendo las prescripciones que la ley da o sea que no se produjeron en audiencia pública. Así lo anota el Juez, y en realidad que ello fue lo que se dio. Por lo tanto, no pueden tomarse en cuenta para la demostración de los hechos que quisieron comprobarse con su producción. Así lo ordena el art. 42 del C. P. del T., que a la letra dice: "Las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustentación se efectuarán oralmente en audiencia pública, so pena de nulidad, salvo los casos exceptuados en este decreto".

"Al absolver posiciones el demandado negó que Suárez Guerrero hubiera estado trabajando bajo su dependencia. Enfáticamente lo niega e igual cosa se hace en la contestación de la demanda".

"Hay también el documento de fl. 2, de fecha 7 de febrero de 1960, expedido por la Oficial de Estadística del Municipio de Chiriguaná, en donde consta que Luis Harrison Suárez Guerrero murió el 7 de febrero del año expresado y que su ocupación era obrero del Palacio Municipal. Claro que esta prueba no es concluyente para establecer el cargo que desempeñaba Suárez Guerrero y la persona bajo cuya dependencia trabajaba, toda vez que dicha empleada, por razón de sus funciones, no podía dar fe de tales circunstancias, pero a lo menos es un indicio que viene a poner de presente la conducta, de poca lealtad procesal del demandado al negar que Suárez Guerrero hubiera trabajado en la construcción del Palacio Municipal de Chiriguaná, obra por él contratada. En las posiciones, se repite, se adopta la misma postura de negar el vínculo contractual entre las partes".

"Pero aún aceptando que Suárez Guerrero trabajó para el demandado, no se podría condenar a esta porque no demostró que pagara la nómina de salarios de $ 1.000.00 mensuales o mayor, respecto del seguro, requisito indispensable, según el art. 289 del C. S. del T..Y habría que agregar también que aceptando que hubo el vínculo manifestado por los demandantes, faltaría la demostración del tiempo servido para la prosperidad de las otras prestaciones".

"Si se hubieran hecho ratificar las declaraciones tomadas extrajuicio, pruebas que se levantaron aquí en Santa Marta, otras habrían sido las conclusiones en este juicio y otras, muy distintas, las respuestas dadas a las aspiraciones de los demandantes...".

Como se ve, por los pasajes transcritos de la sentencia recurrida, el fallador no niega que Floricelda Mercado sea la cónyuge supérstite de Luis Harrison Suárez, ni que los menores indicados en la demanda sean sus hijos legítimos. Tampoco niega el hecho referente a la celebración del contrato entre el Departamento del Magdalena y el doctor Víctor Ceballos para la construcción del Palacio Municipal de Chiri-

guaná. Y el reclamo directo de la viuda al doctor Ceballos de las prestaciones que ahora se discuten, no constituye prueba de sus derechos. De ahí, que la circunstancia de que en la sentencia no se haga referencia expresa a esos antecedentes en manera alguna puede interpretarse como falta de apreciación de los documentos que tienden a demostrarlos y menos puede desprenderse de ello un error ostensible de hecho, como lo entiende el recurrente.

Las declaraciones citadas en la sentencia y aludidas en el cargo como mal apreciadas, fueron recibidas por el Juez comisionado, fuera de audiencia pública, irregularidad sustancial que el *ad quem* tomó en cuenta para negarles su validez, con apoyo en el art. 42 del C. P. del T., cuyo texto transcribe como fundamento legal de su decisión.

La Sala encuentra acertado ese criterio del fallador, porque si el Juez del conocimiento, como aparece de autos, tuvo que recurrir, para la práctica de la prueba testimonial, al Juez Municipal de Chiriguaná, el comisionado, para el cabal cumplimiento de la comisión, ha debido recibir los testimonios en audiencia pública, de acuerdo con los principios fundamentales de nuestro estatuto de Procedimiento Laboral y en acatamiento del mandato del art. 42 de la misma obra. Constituye este caso una excepción al principio de la inmediación, mas no a los principios de oralidad y publicidad, cuyo campo de aplicación es la audiencia pública en la cual tendrán lugar las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la substanciación, so pena de nulidad.

En cuanto a los testimonios que el acusador señala como dejados de apreciar, caben consideraciones análogas puesto que todos fueron recibidos sin la formalidad de la audiencia pública.

Además, otro de los soportes de la decisión no desvirtuado por el recurrente, es que no se demostró que la nómina mensual de salario del demandado fuese de mil pesos o mayor, siendo carga probatoria del actor, criterio que la Sala también encuentra acertado, porque, como ya tuvo ocasión de expresarlo en fallo del siete de junio de 1963, en juicio de Aurelio Ballesteros contra la sucesión de Sagrario Fonseca, "Sólo en tratándose del capital de la empresa, y por fuerza de lo dispuesto en el art. 195 del C. S. T., se exige al patrono la presentación de la prueba que acredite su valor, equivalente al del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, en atención a que el trabajador no podría obtener esa prueba en virtud de la reserva que protege las declaraciones de renta y patrimonio y sus respectivas liquidaciones. Pero cosa distinta del capital es la nómina de empleados, cuyo valor resulta de fácil comprobación, ya sea mediante inspección ocular o por otro medio adecuado al efecto".

No incurrió, entonces, el Tribunal en el error de apreciación que se le atribuye en la censura. De ahí, que los cargos no prosperen.

Tercero.- Se refiere a la sanción moratoria y acusa por violación directa del art. 65 del C. S. del T. por falta de aplicación.

Anota el impugnador que fallecido Suárez Guerrero, terminó la relación de trabajo, y el patrono estaba en la obligación de pagar a los herederos del extrabajador las prestaciones originadas en la ejecución del contrato, sin necesidad de requerimiento previo.

Para rechazar este cargo, basta decir que el fallo de segunda instancia fue absolutorio y que en tales circunstancias el sentenciador no podría incurrir, por falta de aplicación, en quebrantamiento directo de un precepto que tiene un claro carácter de sanción para el patrono renuente a pagar los salarios y prestaciones que le deba al trabajador. El cargo, es inadmisible.

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, 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.

DICTAMEN PERICIAL

Los arts. 719 y 720 C. J ., claramente obligan a poner en conocimiento de las partes durante tres días el dictamen del perito, en ritualidad que la jurisprudencia ha estimado igualmente obligatoria en el proceso del trabajo, en virtud de su finalidad y de los derechos que pueden ejercitar los litigantes durante ese término, y con aplicación del art. 145 del C. P. T.

Sobre el particular fue constante el entendimiento del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ha sido el de la Sala de Casación Laboral de la Corte, sin que la circunstancia de que el experticio se rinda en audiencia pública y en ella misma se soliciten ampliaciones del perito y este las rinda, como aconteció en el *sub lite*, satisfaga la exigencia del traslado por tres días, que es el término legal, ni agote la posibilidad de la objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, por todo lo cual el fallador que dispuso en contrariedad de tales ordenamientos de ley, la violó directamente como se afirma en este ataque. Como salvedad puede admitirse la de que los litigantes renuncien en forma expresa al término del traslado, para sus fines, que no fue lo sucedido ni apreciado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre treinta de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Aprobación: Acta No. 85).

Uriel Tabares demandó, por medio de apoderado, a la sociedad Transportadora de Empaques Limitada, y a Pascual López, todos ellos de las generalidades que registran los autos, para que, por los trámites de un juicio ordinario de trabajo, se les condenara a pagarle solidaria o separadamente lo que le adeudan por salarios, sobrerremuneración de horas extras y trabajo en domingos y festivos, subsidio de transporte, auxilio monetario por accidente de trabajo, indemnización por la incapacidad definitiva que le ocasionó el mismo accidente, cesantía y mora, a más de la asistencia médica, farmaceútica, quirúrgica y hospitalaria por el tiempo que se requiera, sin exceder de dos años, comprendidos los exámenes complementarios, consultas etc. y a que le reembolsen las sumas que ha invertido hasta ahora por estos conceptos, petición última que condicionó a la consolidación de la incapacidad definitiva, según dictamen médico, "si bien a salvo para reclamación posterior".

Según el libelo, Tabares trabajó para Pascual López, como chofer de un camión de propiedad de este, afiliado a la empresa igualmente nombrada, desde el 30 de marzo de 1963 hasta el 1o. de junio del mismo año, día en el que sufrió un accidente de trabajo que lo ha tenido desde entonces reducido al lecho. El salario mensual era de $ 2.000.00 y le adeudan el del mes de mayo y el último día de vinculación, así como todas las prestaciones que reclama.

Los demandados se opusieron a las pretensiones del actor afirmando, en síntesis, que el trabajo de Tabares fue transitorio u ocasional y solo duró del 16 de abril al 1o. de junio indicado, sin que se hubiese convenido el valor del salario cuando se inició aquel, ya que se le dijo que si sus servicios satisfacían se le pagaría "el mismo salario de los demás choferes que trabajaran en iguales condiciones"; que mientras duró el contrato Don Pascual López le hizo préstamos en dinero a cuenta del salario y Tabares también gastó de los fletes que recibía, quedando sobregirado; que no tienen ninguna constancia del accidente, como de trabajo, pero en todo caso le suministraron drogas, hospital, servicios médicos y dinero en efectivo durante el tiempo de la incapacidad; que en razón de aquellos préstamos nada adeudan por salarios y no hubo horas extras ni trabajo en domingos y festivos; que el auxilio de transporte, los salarios por incapacidad y la cesantía fueron consignados en el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, para dar cumplimiento al art. 65 CST, a lo cual debe agregarse que Tabares y

sus familiares también han recibido dinero de López a buena cuenta de los conceptos demandados; que los servicios asistenciales los ha suministrado el dicho López y en cuanto a la indemnización por merma de la capacidad, está sometida a la demostración del accidente de trabajo y al avalúo de la Medicina Industrial. Como excepciones formularon las de carencia de acción, petición de modo indebido y antes de tiempo, compensación con dineros que el demandante debe a los demandados, pago y la "genérica".

Tramitada la controversia el Juzgado del conocimiento, que lo fue el citado de Medellín, la desató en fallo del 17 de marzo de 1965, cuya parte resolutiva reza así:

"Condénase: a la Empresa 'Transportadora de Empaques Limitada', representada por el señor Pascual López, y a este en su propio nombre, a pagar solidariamente al demandante, señor Uriel Tabares, las siguientes cantidades por concepto de prestaciones, salarios, e indemnizaciones, así:

"Doscientos seis pesos con cuarenta y seis centavos m.l. ($ 206.46) por cesantía.

"Siete mil doscientos pesos m.l. ($ 7.200.00) por auxilio monetario durante la incapacidad temporal.

"Treinta y seis mil pesos m.l. ($ 36.000.00) por indemnización de la gran invalidez proveniente del accidente de trabajo.

"Cuatro mil doscientos cincuenta pesos m.l. ($ 4.250.00) por concepto de reembolso de dineros pagados por Tabares en gastos de enfermería.

"Diez y seis mil setecientos veinte pesos ($ 16.720.00) por indemnización moratoria.

"De las sumas anteriores quedan los demandados en la facultad de deducir la de tres mil seiscientos pesos m.l. ($ 3.600.00) que ya el actor percibió (fls. 8, 14 y vto.) declarándose en tal virtud configurada la excepción perentoria de pago parcial.

"Quedan igualmente los demandados en la obligación de continuar prestando al demandante asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, hasta el 1o. de junio del corriente año, comprendidos los exámenes complementarios, como radiografías, consulta de especialistas, las prescripciones terapéuticas, como transfusiones, y fisioterapia, y el suministro de aparatos de ortopedia y prótesis que sean necesarios.

"Se absuelve: a los demandados de los cargos restantes formulados y se declaran no establecidas en el proceso las excepciones propuestas".

Por apelación de ambas partes litigantes, el Tribunal Superior del mismo lugar en sentencia del 27 de enero de 1966, aclarada el 31 del mismo mes, confirmó las condenas del primer grado, salvo la indemnizatoria por mora, extremo por el cual absolvió a los demandados.

Recurrieron en casación los apoderados de Tabares y de López y la sociedad; más habiéndoseles recibido el recurso en legal forma, el de aquel fue declarado desierto por falta de sustentación, restando definir el de su contraparte, como procede a hacerlo la Sala mediante el estudio de la correspondiente demanda. No hubo réplica.

El libelo extraordinario persigue el quebrantamiento parcial de la sentencia del *ad quem* en cuanto condenó por reembolso de gastos, para que se revoque la de primer grado sobre este punto y se absuelva en su lugar, y en lo que respecta a cesantía, auxilio monetario por incapacidad temporal y auxilio de la misma especie por gran invalidez, para que se reduzcan las condenas de acuerdo con el salario mínimo legal o, en su defecto, con el aceptado en la contestación de la demanda inicial.

Para estos efectos se formulan cinco cargos, de los cuales los tres primeros versan sobre la violación de la ley al condenar el *ad quem*, por los extremos últimamente indicados, y los otros dos sobre la misma violación al ordenar el reembolso de gastos efectuados en razón de la enfermedad del trabajador. Se les estudia en su orden lógico.

Segundo cargo. Acusa violación directa de los arts. 719 y 720 C. J., en relación con los arts. 23-3, 57-4, 249, 253 y 204, numeral 2o., literales a) y d) CST, 1757 C. C. y 145 CPT. El recurrente transcribe el pasaje de la sentencia acusada en que el Tribunal, refiriéndose a la audiencia en que fue rendido el experticio, manifestó que como la diligencia aparece firmada por los apoderados de las partes sin observación alguna, y sin interponer recurso contra la decisión judicial, es obvio deducir que ellos estuvieron conformes y que un traslado del dictamen habría sido redundante, por lo que tomó como base para liquidar las dichas condenas el salario deducido pericialmente, o sea el de $ 1.200.00. Y opone a esta apreciación del fallador los arts.

719 y 720 C. J. que obligan a dar en traslado el dictamen por tres días, para que las partes puedan pedir ampliación, explicación o aclaración o para que lo objeten, derechos concurrentes para cuyo ejercicio se fija la misma oportunidad, sin que el uso del primero entrañe la preclusión del segundo, en ritualidad constantemente exigida por la Corte, en sus Salas de Casación Civil y Laboral. El *ad quem* no ignoró la existencia de esos preceptos pero se resistió a darles aplicación, en franca rebeldía contra lo que ellos establecen, por lo cual los infringió en la forma acusada. Y a consecuencia de ello fulminó las condenas a que se refieren los otros textos enunciados en el ataque.

Se considera:

Como lo relata el acusador, el demandante afirmó en el hecho 3o. de su libelo un salario de dos mil pesos mensuales, en razón de los gastos que había de realizar para proveer a su alimentación y alojamiento en los viajes fuera de Medellín; la parte demandada negó tal hecho, el tipo mixto del salario y su cuantía agregando que "el sueldo de los choferes fluctuaba entre $ 600.00 y $ 700.00 mensuales"; el perito estimó en $ 800.00 al mes el salario básico de Tabares, sin incluir alimentación, alojamiento ni porcentajes, y en $ 1.200.00 tal sueldo "incluyendo gastos y porcentajes si tuviere derecho, alimentación y dormida", y, en una última manifestación, dentro de la diligencia en que rindió el experticio, en "$ 1.200.00 incluyendo alimentación, alojamiento y pago de ayudante". El Juzgado prescindió del traslado de este dictamen a las partes, "por cuanto en la audiencia pública el perito explicó y amplió, en la forma como le fue solicitado", y el Tribunal lo acogió, en suma de $ 1.200.00 mensuales, como lo había hecho el Juzgado, atendiendo a la constancia de este sobre explicación y ampliación del concepto pericial y agregando que la diligencia respectiva fue firmada por los apoderados de las partes sin observación alguna y sin interponer recurso, por lo cual "es obvio deducir que estuvieron conformes y que un traslado del dictamen habría sido redundante".

Sin embargo, los preceptos que destaca el recurrente, esto es, los arts. 719 y 720 C. J., claramente obligan a poner en conocimiento de las partes durante tres días el dictamen del perito, en ritualidad que la jurisprudencia ha estimado igualmente obligatoria en el proceso del trabajo, en virtud de su finalidad y de los derechos que pueden ejercitar los litigantes durante ese término, y con aplicación del art. 145 del CPT. Sobre el particular fue constante el entendimiento del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y lo ha sido el de la Sala de Casación Laboral de la Corte, sin que la circunstancia de que el experticio se rinda en audiencia pública y en ella misma se soliciten ampliaciones del perito y este las rinda, como aconteció en el *sub lite*, satisfaga la exigencia del traslado por tres días, que es el término legal, ni agote la posibilidad de la objeción por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, por todo lo cual el fallador que dispuso en contrariedad de tales ordenamientos de ley, la violó directamente como se afirma en este ataque. Como salvedad puede admitirse la de que los litigantes renuncien en forma expresa al término del traslado, para sus fines, que no fue lo sucedido ni apreciado.

En las condiciones estudiadas se configura la violación de la ley por la vía directa que presenta este cargo, por lo cual se impone su prosperidad, y en la decisión de instancia se dispondrá lo que proceda conforme a la ley. No será necesario considerar los cargos primero y tercero, que procuran el mismo objeto de la cuantía del salario, para que se reduzcan las condenas por cesantía, auxilio monetario por incapacidad temporal y gran invalidez.

Cuarto cargo:

Acusa violación directa del art. 207-1 CST, por falta de aplicación, y quebranto consecuencial del art. 204-1 ibídem, por aplicación indebida.

Para el recurrente son hechos probados en el juicio que Dolores Bedoya Tabares le prestó servicios como enfermera al demandante y que este le pagó por ellos $ 4.250.00 hechos de los cuales se dedujo que el patrono está obligado a reembolsarle al trabajador la mencionada cantidad. Pero si bien la segunda de aquellas reglas legales obliga a la atención médica, "y puede aceptarse que tal obligación incluye la atención del paciente por una enfermera", el primero de los dichos textos le confiere la facultad de contratar la asistencia médica, con la única condición de que el médico que escoja sea un facultativo graduado o legalmente facultado para ejercer la profesión. Y si la atención médica es lo principal y por extensión abarca el servicio de enfermera, lo que se predica en cuanto a la elección del médico debe decirse también respecto de la escogencia de

la enfermera. Mas en el *sub lite* quien contrató a esta fue el trabajador accidentado y no el patrono, "luego si quien tiene el derecho para celebrar el correspondiente contrato es el deudor de la prestación, imponerle a la empresa la obligación emanada del vínculo entre el trabajador y el tercero es desconocer abiertamente lo establecido en el art. 207, que no fue aplicado siendo el caso, y aplicar indebidamente el art. 204".

Se considera:

Este ataque versa sobre la condena a pagar $ 4.250.00 por reembolso de gastos que hizo el Trabajador en razón de los servicios de una enfermera, y se la impugna —sin discutir los hechos— porque la asistencia médica —y la de la enfermera por extensión— ha de contratarla el patrono, como derecho suyo que solo debe atender a la competencia profesional de quien la realice. Y en el *sub lite* quien la contrató fue el trabajador.

Para la Sala la decisión judicial sobre este extremo de la litis no se dedujo propiamente de los hechos que destaca el acusador, sino, en primer término, que el recurrente no niega, de los generadores del accidente de trabajo, con la comprensión de los servicios de enfermera que el cargo admite. Y los que este invoca tan solo fueron aprovechados para determinar la cuantía de la obligación, que pesando sobre el patrono fue atendida por el trabajador.

Mas se pretende que por ello se desconoció la facultad del empleador para escoger al profesional, y en este caso a la enfermera, que realizara la asistencia. Sin embargo, la cuestión implica otros aspectos de hecho en que el acusador no se ocupa, como son los relativos a la disposición del patrono para cumplir su deber prestacional y la renuencia, sin justa causa, del trabajador para recibir la asistencia contratada por aquel. Sin la demostración de ellos no puede deducirse la pérdida del derecho para Tabares; y en el campo de la aceptación del mismo, el asunto no es de falta de aplicación del texto 207 CST. y aplicación indebida del 204-1 ibídem, por la vía directa. Lo que plantea el acusador constituye, en últimas, una desviación del tema o, en otras palabras, la alegación de una facultad del patrono que, en el ordenamiento de ley, no tiene el alcance ni el propósito con que se la esgrime. Porque ella no puede oponerse, en el supuesto no controvertido del derecho a la asistencia médica, a que se le satisfaga o reembolse al trabajador lo que este pagó lícitamente por su patrono obligado a dicha prestación.

No prospera, en consecuencia, el cargo.

Quinto cargo.- Ha sido formulado así: "Violación de los arts. 1494, 1495, 1502, 1761 y 1757 del C. C., en relación con el 145 del CPL y 204-1 y 207-1 del CST., por aplicación indebida a causa de errores de hecho evidentes en la estimación de unas pruebas.

"Las pruebas mal apreciadas son: la declaración de la testigo Dolores Bedoya Tabares (fl. 74), los recibos de fls. 18 a 32 y su reconocimiento por aquella (fl. 74).

Consistieron los errores de hecho en dar por demostrado, sin estarlo, la existencia de una obligación a cargo del patrono en cuantía de $ 4.250.00, proveniente de servicios prestados al actor por una enfermera, cubiertos por aquel".

Para sustentarlo el recurrente manifiesta que, según afirmación del Tribunal, en el juicio está probado que Tabares invirtió en gastos de su enfermedad la suma de $ 4.250.00 y de ese hecho deduce que el patrono está obligado a reembolsarle dicha suma; que sobre el punto el *ad quem* acoge lo dicho por el *a quo*, por lo cual es preciso remitirse a este, quien apreció aquella cantidad de los recibos de fls. 18 a 32, reconocidos por la enfermera Dolores Bedoya y de su declaración sobre los servicios que prestó al trabajador, a razón de $ 1.000.00 mensuales, pagados por Tabares. Y alega el acusador que esta declaración fue mal apreciada porque de ella no se deduce que la empresa se hubiese obligado a pagarle a la enfermera sus servicios, ni que el contrato para la tal prestación lo hubiera celebrado el patrono, por lo cual el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto. Además de que se apreciaron mal aquellos recibos de la enfermera, que sólo acreditan que Tabares le canceló la obligación en la cuantía que ellos expresan, pero no obligación alguna a cargo del patrono; y como este no celebró el contrato ni lo ha consentido ni ratificado, su posición frente a él es *res inter allios acta*, y por consiguiente ni le aprovecha ni le perjudica. Luego imponerle obligaciones respecto de una relación jurídica que no resulta de la prueba en que basa el Tribunal su decisión, es incurrir en error de hecho por su mala estimación y quebrantar consiguientemente los textos destacados.

Se considera:

Este cargo, como el anterior, pretende indebida la condena al reembolso de lo que gastó el trabajador en los servicios de la enfermera, ahora por errores de hecho evidentes. Pero estos se hacen consistir en que el Tribunal dedujo la obligación de las pruebas relativas a esos gastos, lo que no es así porque estas solamente sirvieron para determinar su cuantía. Y la obligación propiamente se basó en los factores que requiere el art. 204-1 CST. Deducida ella como cuestión fundamental, la determinación cuantitativa del sentenciador no es errónea. en lo que las pruebas pertinentes establecen. Se trata, concretamente, de que el acusador atribuye al Tribuhal una apreciación que este no hizo, pues la obligación no fue deducida de las probanzas que aquel relaciona, sino de las demás ocurrencias de la litis no controvertidas. Y ya sobre la base de que la obligación existía, lo que se hizo fue deducir su valor. El patrono no era, pues, ajeno a la relación concertada entre Tabares y la enfermera, sino sujeto de sus obligaciones, y no habiéndose destruído esa condición suya ni que el gravamen en su cuantía fuese erróneo, no se configuran las violaciones acusadas y el cargo no puede prosperar.

Fallo de instancia.

Las condenas del Tribunal sobre cesantía, auxilio monetario durante la incapacidad temporal y gran invalidez, en cantidades de $ 206.46, $ 7.200.00 y $ 36.0000.00 obedecieron, en su liquidación, al sueldo de $ 1.200.00 que fijó el dictamen pericial. El ataque sobre este punto demostró la violación de la ley en los términos expuestos oportunamente. Descalificada la estimación del dictamen pericial ha de atenderse, como lo solicita en subsidio el recurrente, a que la parte demandada admitió como salario para la vinculación laboral de autos uno mensual que fluctuaba entre $ 600.00 y $ 700.00. Para la Sala sería arbitrario señalar una cifra cualquiera entre estos dos extremos; pero siendo innegable la aceptación del primero de ellos, indicado en $ 600.00, se valdrá de él para liquidar las dichas condenas, que se han mantenido en sus demás aspectos, con lo cual se modificará el fallo de primer grado para reducirlas a $103.23, $3.600.00 y $18.000.00, en su orden.

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 recurrida en cuanto por su ordenamiento primero y por su aclaración del 31 de enero de 1966, confirmó las condenas del *a quo* por cesantía, incapacidad temporal e indemnización por gran invalidez y en su lugar, reformando estas decisiones reduce los dichos extremos a las cantidades de ciento tres pesos con veintitrés centavos ($ 103.23), tres mil seiscientos pesos ($ 3.600.00) y dieciocho mil pesos ($ 18.000.00), respectivamente. No la casa en lo demás. Sin Costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAUSAL O MOTIVO DE LA TERMINACION DEL CONTRATO

La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 86).

Luis A. Ortega Cárdenas, demandó en el Juzgado Séptimo Laboral de Bogotá, donde el negocio correspondió por reparto, a la empresa *Librería Voluntad - Ramón de Bedout e Hijos Sucesores,* para que a través de un juicio ordinario laboral fuera condenada a reintegrar al demandante al servicio de la entidad demandada, o pagarle en su defecto la indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo que ligó a las partes durante 15 años, 3 meses y 15 días de servicio, indemnización establecida en el art. 8o. ord 5o. del Decr. 2351 de 1965, que debe liquidarse conforme al último sueldo de $ 1.420.00 devangado por el trabajador; y para que se declare, además, que al cumplir el actor la edad de cincuenta años deberá ser jubilado por la demandada a tenor del art. 8o, ord. 2o. de la Ley 171 de 1961.

Fundó su acción en estos hechos: 1.) Entre la empresa demandada y el actor se suscribió un contrato de trabajo el 13 de enero de 1951; 2.) El último salario disfrutado por Ortega al servicio de la Librería Voluntad fue de $ 1.420.00 mensuales; 3.) La sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo anterior, en forma unilateral e injusta, el 15 de abril de 1966; 4.) Ortega llevaba al servicio de la demandada al tiempo de su despido un total de 15 años, 3 meses y 15 días, lo que le confiere derecho a una pensión de jubilación una vez que llegue a los cincuenta años de edad; 5.) La demandada no le ha reconocido al actor el valor de la indemnización que le corresponde por la ruptura unilateral del contrato de trabajo, según el art. 8o. ord. 5o. del Decr. 2351 de 1965.

La empresa, al contestar la demanda, negó los hechos 1., 3. y 4., aceptó el 2. y negó el quinto en la forma redactada. Expuso además en su defensa los siguientes hechos y razones:

"1. El Actor estuvo vinculado a la Empresa demandada por dos contratos de trabajo, así: uno del 13 de enero de 1951 al 18 de mayo de 1951, fecha en la cual lo terminó voluntariamente.

"2. Con fecha 12 de enero de 1951, cuando ingresó por primera vez a la Empresa, suscribió la correspondiente Hoja de Vida en donde declaró respecto de quienes eran sus padres al señor Luis Ortega como padre y a la señora *Bertilda Uniclemo (Sic)* como madre, declaración elaborada directamente por el actor y firmada de su puño y letra.

"3. El actor con fecha 16 de marzo de 1966 comunicó personalmente al doctor Julio Uribe, entonces Gerente de Producción, la noticia del fallecimiento de su señora madre, razón por la cual solicitó un permiso por causa de calamidad doméstica y dejó de concurrir al trabajo los días 16 y 17 de marzo de 1966.

"4. Como consecuencia del hecho anterior, el actor solicitó se diera cumplimiento a lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo actualmente vigente según la cual en casos de fallecimiento de la madre de un trabajador la Empresa da un auxilio de $ 300.00 y para este efecto firmó la orden de pago número 814 de fecha 29 de marzo de 1966, en donde expresamente se señaló que tal valor correspondía al auxilio por la muerte de la señora madre del referido trabajador Luis A. Ortega.

"5. Ante la infausta noticia de la muerte de la señora madre de un trabajador, tanto la Empresa como el Sindicato enviaron las correspondientes coronas y tanto la mencionada Em-

presa como el Sindicato sin demora alguna procedieron a pagar al actor los correspondientes auxilios tanto los previstos en la convención Colectiva ya citada como los que otorga el Sindicato de acuerdo con sus propias reglamentaciones.

"6. Con fecha doce (12) de abril de 1966, la Empresa para efectos contables, es decir, para legalizar el pago del auxilio que se había hecho por orden de pago número 814 de fecha 29 de marzo de 1966, solicitó al trabajador la presentación de la correspondiente partida de defunción de su señora madre.

"7. Ante la petición anterior, el actor Luis A. Ortega, con fecha 15 de abril de 1966 se dirigió a *'Señores Librería Voluntad'* para expresar lo siguiente: 'Estimados señores; Declaro por medio de la presente la realidad sobre la infausta suerte de la señora Graciela Muñoz de Carreño persona a quien le tenía enormes afectos por haberme criado y ayudado en la vida pero que no era mi madre en realidad. Desafortunadamente ante la Empresa para fines legales es tardía esta declaración, pero mi madre se llamaba en realidad Bertilda Cárdenas y falleció hace varios años. —Fdo.— Luis A. Ortega'.

"8. La comunicación anterior demuestra el engaño, por demás incalificable, de que el actor hizo víctima tanto a la Empresa como al Sindicato de Trabajadores de Librería Voluntad, para obtener un provecho indebido, afirmando la muerte de su señora madre cuando en realidad su fallecimiento había ocurrido hace varios años y entre otras cosas, tampoco es cierto que su señora madre se llamara Bertilda Cárdeñas, pues ya expresamos que en su declaración de ingreso manifestó que se llamaba 'Bertilda *Uniclemo*'.

"9. El engaño de que el actor hizo víctima a la Empresa y al Sindicato de Trabajadores para obtener un provecho indebido surge con claridad de los hechos anteriores, pues en su declaración de ingreso manifiesta que su madre se llamaba Bertilda Uniclemo, posteriormente afirma que su madre se llamaba Bertilda Carreño y la señora que falleció se llamaba Graciela Muñoz de Carreño.

"10. Los hechos relatados demuestran sin lugar a dudas la mala fe del trabajador, el provecho indebido que obtuvo mediante la presentación de certificados y afirmaciones falsas para conseguir un auxilio previsto en la Convención Colectiva exclusivamente para los casos de fallecimiento de la madre de un trabajador y esta fue la justa causa que la Empresa invocó en comunicación fechada el 15 de abril de 1966 para dar por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba al actor, sin previo aviso y dentro de las prescripciones del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965.

"11. Cuando el Sindicato descubrió el engaño de que había sido víctima por parte del señor Luis A. Ortega exigió a este la devolución del auxilio que había recibido por razón del fallecimiento de su pretendida madre, lo cual hizo el actor tal como consta en los libros del Sindicato".

La demandada propuso también las excepciones calificadas como prescripción, pago, falta de legitimación en causa y carencia de acción y título para pedir.

El fallo de primera instancia condena a la persona demandada a pagar al actor, a título de indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, la suma de $ 21.536.66; declara que el demandante tiene derecho, cuando demuestre haber cumplido los cincuenta años de edad a una pensión de jubilación en los términos del art. 8o. incisos 2o. y 3o. de la Ley 171 de 1961; declara no probadas las excepciones alegadas y condena a la demandada a las costas del juicio.

Contra esta decisión interpuso la sociedad demandada recurso de apelación, resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 7 de septiembre de 1968 que la confirmó en todas sus partes.

El recurso de casación que la misma parte vencida en las instancias elevó contra la sentencia del Tribunal, del cual se ocupa ahora la Corte por ser llegada la oportunidad legal, persigue su casación total, para que luego la Corte, como tribunal de instancia, revoque la sentencia del *a quo* y en su lugar absuelva a la sociedad demandada de los cargos formulados.

La demanda que enjuicia la sentencia recurrida se funda en la causal primera de casación laboral (art. 87 C. P. L.) y consta de dos cargos, ambos por violación directa, que la Corte examina en su orden.

Primer cargo.- Violación del parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 y de los arts. 7o. y 8o. del mismo Decreto; del ord. 2o. del art. 8o. de la Ley 171 de 1961 y del art. 11 del Decr. No. 1611 de 1962, reglamentario de la anterior, disposiciones todas sustantivas de carácter

nacional, por interpretación errónea de las mismas.

Alega el recurrente, en sustentación del cargo, que el parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 dice simplemente que es obligación de la parte que termina un contrato manifestar a la otra "en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación" y que "posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos"; que la causa o motivo que origina la terminación del contrato debe manifestarse a la otra parte en el momento de la extinción a fin de que constituya justa causa liberatoria de las indemnizaciones por despido injusto; que en el caso presente el factor o móvil que determinó a la empresa a romper el contrato laboral con el demandante, siendo justa causa de conformidad con el contexto del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, fueron los actos cometidos por el trabajador en perjuicio de la Librería Voluntad, que los falladores de instancia reconocieron, consistentes en haber engañado al patrono manifestándole que había muerto su madre sin que la persona que falleció tuviera tal carácter, para lucrarse en esta forma indebida de una licencia de dos días y de una bonificación del Sindicato y de la empresa; que el Tribunal aceptó expresamente estos hechos y reconoció en ellos que podían ser justificativos de causa legal para dar terminado el contrato de trabajo, pero no les dio tal efecto al encontrar que tales hechos no encajaban dentro de la causal alegada, es decir, que la empresa citó un literal del art. 7o. del Decr. 2351 que no correspondía al caso; el razonamiento del Tribunal es absurdo, porque hubiera bastado que la demandada relatara en forma escueta los hechos y entonces sí, tanto el Juzgado como el Tribunal, se hubieran encontrado frente a una causa justa y lo hubieran declarado así, absolviéndola de los cargos del libelo.

Concluye el recurrente su impugnación así: "Si el Tribunal no hubiera interpretado en la forma como lo hizo el parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 ni tal artículo del cual hace parte aquel, se hubiera encontrado con que el trabajador cometió actos de aquellos que la Ley denomina como justas causas y así lo hubiera declarado en la sentencia sin aplicar los arts. 8o. del mismo Decreto, 8o. de la Ley 171 de 1961 y 11 del Decr. 1611 de 1962, por cuanto, se repite, hubiera encontrado y aceptado que la Empresa terminó el contrato que la ligaba con Luis A. Ortega Cárdenas *con justa causa.*

"La Empresa, además, sí cumplió con el mandato del Parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 por cuanto expresó la causal o motivo de su determinación y que no varió en el curso del juicio, tomando, desde luego, 'la causal o motivo' como el factor o móvil que determinó para la Librería dar por terminado unilateralmente el contrato en mención. Se impone, pues, la casación de la sentencia por error en que incurrió el Tribunal acerca del contenido de las normas aplicadas".

Se considera

El Tribunal, sin que las partes hayan discutido el punto, dejó sentado como premisa fundamental de sus consideraciones, que la Librería Voluntad invocó el numeral 1o. del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 como causal o motivo para romper el contrato laboral con Ortega Cárdenas, pues así se lo manifestó expresamente, con señalamiento de la norma precisa, en la comunicación del 15 de abril de 1966; y lo reiteró, con claro énfasis, en la contestación de la demanda, al expresar que "los hechos relatados demuestran sin lugar a dudas la mala fe del trabajador, el provecho indebido que obtuvo mediante la presentación de certificados y afirmaciones falsas para conseguir un auxilio previsto en la convención colectiva exclusivamente para los casos de fallecimiento de la madre de un trabajador y esta fue la justa causa que la empresa invocó en comunicación fechada el 15 de abril de 1966 para dar por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba al actor, sin previo aviso y dentro de las prescripciones del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965".

El sentenciador no descarta la posibilidad de que el hecho de que el trabajador, al solicitar permiso para asistir al entierro de su madre, no siéndolo en realidad la persona fallecida, y al recibir con tal motivo auxilio de la empresa y del sindicato, sea constitutivo de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pero agrega que "ellos no encajan dentro de la causal alegada, pues para obtener el permiso y el reconocimiento del auxilio, el demandante no presentó ningún certificado falso. No exige la ley que al terminar el contrato de trabajo se señale la norma que autoriza el despido por justa causa, pero si ella se invoca, es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada, pues de lo contrario no serían claros los motivos dados a conocer al trabajador para la terminación del contrato, y este tendría dificultades para defenderse en caso de

un juicio, porque no sabría a qué atenerse respecto a los verdaderos motivos del patrono para prescindir de sus servicios, que es precisamente lo que trata de evitar el art. 66 del C. S. T., hoy sustituído por el Parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965".

El recurrente impugna el anterior raciocinio del *ad quem* acusándolo, como hase visto, de interpretar erróneamente el Parágrafo del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, que a la letra dice: "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". Mas la Sala no comparte el criterio del impugnador y juzga, al contrario, que el Tribunal sí entendió rectamente el art. 7o. y específicamente su Parágrafo, interpretación que se ajusta, por lo demás, a la doctrina expuesta en forma persistente desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo sobre la necesidad de que la causa o motivo que impulsa a las partes a terminar el contrato, se manifiesta desde el mismo momento de su extinción, y que una vez manifestada no pueda alegarse causal o motivo distinto, porque ello pecaría contra los principios de la buena fe contractual y de la lealtad procesal.

Ciertamente, la parte que pretende terminar justamente la relación laboral no está forzosamente obligada a precisar la causa taxativa en que apoya su decisión, siguiendo la pauta u ordenamiento legal que las enumera, bastando que se limite a describir o relatar los hechos que informan su conducta, con lo cual es indudable que confiere al juzgador mayor libertad de acción para que, investigando los hechos demostrados, configure o clasifique por sí mismo la naturaleza legal de la infracción determinante de la ruptura del contrato. Pero otra cosa pasa, como lo aprecia el *ad quem*, cuando la terminación se apoya en una causal determinada, como en este caso del numeral 1o., pues si así ocurre, "es necesario que los hechos aducidos encajen dentro de la causal señalada", sin que el fallador disponga entonces de facultad *ex officio* para alterar la naturaleza jurídica de la que fue alegada por la parte interesada en la ruptura del contrato. A estas conclusiones, con las cuales coincide la Corte, llegó el sentenciador por virtud de una interpretación correcta en su conjunto del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 y partiendo de la base indudable, no controvertida por los litigantes, de que el patrono invocó para terminar el contrato los hechos comprendidos en la causal 1a., sin que esta alegación pudiera variarla posteriormente a su mero arbitrio.

Es importante observar, de otra parte, que los hechos litigiosos se acomodan sensiblemente a la índole jurídica de la causal 1a. alegada por el patrono; y que si ella no prosperó en el *sub lite* se debió a la circunstancia, de carácter probatorio, de que el provecho ilícito que la empresa increpa al trabajador no lo obtuvo "mediante la presentación de certificados falsos", elemento doloso que, en sentir de esta Sala es inherente a la configuración de la causal y constituye realmente su nota característica".

El cargo no se estima.

Segundo cargo.- Violación por infracción directa de los arts. 7o. y 8o. del Decr. 2351 de 1965, 8o. de la Ley 171 de 1961, 11 del Decr. 1611 de 1962 y 55 C. S. T.

Sostiene el impugnante que la infracción directa del art. 7o. del Decr. 2351 de 1965 la cometió el Tribunal por aplicarlo en forma incompleta, porque el sentenciador no tomó en cuenta sino el numeral 1o. que es tan solo una parte mínima de las causales justas señaladas por el precepto para que proceda la ruptura del contrato por parte del patrono. El Tribunal encontró que el demandante Ortega Cárdenas engañó a su patrono manifestándole acaecimiento de un hecho luctuoso que no tuvo ocurrencia y esa manifestación engañosa le sirvió para obtener un provecho indebido; encontró también que existía justa causa para que la empresa terminara el contrato, pero concluyó que por haberse alegado como fundamento jurídico del despido una causal que no era la aplicable, debía entonces considerarse la terminación del contrato como injusta o ilegal. De esta alegación saca el recurrente como consecuencia obligada que se infringió directamente el art. 7o. citado, por no habérsele aplicado en forma completa sino cercenándolo en forma injurídica; y que como resultado de esta violación se infringieron también directamente el art. 8o. del mismo decreto, 8o. y 11 de la Ley 171 de 1961 y del Decr. 1611, respectivamente, lo mismo que el art. 55 C. S. T.

Se considera:

En este cargo, como en el anterior, el recurrente acusa el mismo conjunto de normas sustanciales por un mismo concepto de violación

legal, solo que en el primer cargo las denuncia como erróneamente interpretadas y en este segundo como directamente infringidas, aunque es evidente que en ambos cargos solo una norma básica, el art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, es susceptible del respectivo tipo de violación, según el planteamiento del recurrente, y el resto de disposiciones solo podrían haber resultado consecuencialmente quebrantadas en concepto de haberlas aplicado indebidamente el sentenciador.

Pero este otro cargo es también inconsistente y el recurrente no hace sino revestir los mismos o semejantes argumentos expuestos en el anterior y que denotan la idea que tiene de que el sentenciador interpretó equivocadamente el art. 7o. del Decr. 2351 de 1965, concepto de violación legal que no pudo prosperar.

Acusado el precepto por infracción directa, el cargo carece de posibilidades porque el Tribunal no deconoció ni ignoró la norma, ni menos aún se rebeló contra ella, habiéndose limitado a darle aplicación de acuerdo con el recto y genuino entendimiento que de ella se formó y con el cual esta Sala se ha manifestado conforme. Al recurrente le parece que la aplicación hecha por el Tribunal del art. 7o. precitado resulta incompleta, pero es evidente que no lo es, porque entendida la disposición en el sentido en que la entendió el Tribunal, o sea que no habiéndose demostrado la causal alegada por el patrono para justificar el despido (numeral 1o.), no podía indagarse sobre la procedencia de otra causal distinta, la aplicación del precepto al litigio fue cabal, se repite, dentro de la concepción o entendimiento que del mismo tiene el sentenciador, excluyendo en todo caso de la forma de violación en la modalidad de la infracción directa.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Ricardo Silva, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO Y BUENA FE PATRONAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 86).

Roberto Visbal, demandó a la *Nación (Contraloría General de la República),* representada por el Procurador del Distrito Judicial de Bogotá, para que fuera condenada a pagarle la suma de $ 7.500.00 por concepto del lucro cesante consecuencial a la terminación de su contrato de trabajo y además, como indemnización moratoria, el valor del último salario por cada día de retardo, a partir del siguiente a aquel en que venció el plazo de gracia consagrado por el Decr. 797 de 1949 hasta cuando se verifique el pago de la anterior acreencia laboral.

Funda el actor su demanda en estos hechos: 1.) En ejecución de un contrato verbal de trabajo, Visbal prestó servicios en la Contraloría General de la República, como técnico en reparación de máquinas y equipos de oficina, desde el 1o. de junio de 1966 hasta el 31 de agosto siguiente, con una remuneración mensual de $ 3.000.00; 2.) Por orden del Contralor General de la República se prescindió de los servicios de Visbal, sin previo aviso, ni causa justificativa, a partir del 1o. de septiembre de 1966; 3.) El actor solicitó de la Contraloría el reconocimiento de su auxilio de cesantía, prima de navidad, lucro cesante por despido e indemnización moratoria; y mediante Resolución número 00269 de 15 de febrero de 1967 se ordenó pagarle las siguientes sumas de dinero: $ 750.00 por cesantía, $ 750.00 por prima de navidad y $ 1.500.00 "por concepto de indemnización", pero no se reconoció la totalidad del lucro cesante, ni tampoco suma alguna por indemnización moratoria; 4.) La Nación (Contraloría General de la República) adeuda al demandante la suma de $ 7.500.00 por concepto de lucro cesante por despido y la indemnización demandada.

El representante de la Nación en la litis contestó la demanda aceptando parcialmente los tres primeros hechos en que se funda y diciendo no constarle el cuarto y último. Alegó que la Contraloría tuvo que prescindir de los servicios de Visbal a causa del mal desempeño del trabajador, "quien no solamente incumplió el horario de trabajo sino además ejecutó mal el trabajo objeto del contrato". Se opuso, en consecuencia, a las peticiones y condenas impetradas "por considerar que la Nación no puede responsabilizarse por el pago en el cumplimiento de obligaciones que por ley no le han sido asignadas y formuló las excepciones perentorias de petición antes de tiempo y cobro de lo no debido y la dilatoria de inepta demanda.

El Juzgado 1o. Laboral Municipal de Bogotá desató la controversia en primer grado condenando a la Nación (Contraloría General de la República) a pagar al demandante Visbal la suma de $ 7.500.00 por lucro cesante y la cantidad de cien pesos ($ 100.00) diarios a partir del 1o. de diciembre de 1966 y hasta cuando se satisfaga la condena anterior, por concepto de indemnización moratoria.

Consultada la sentencia precedente con el Tribunal Superior de Bogotá, esta corporación, por fallo del 18 de julio de 1968, la reformó en el solo sentido de limitar la condena por indemnización moratoria a la suma de $ 9.300.00; y la confirmó en lo restante.

Por la parte actora se interpuso el recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal. Fue sustentado en oportunidad con la oposición del representante legal de la Nación.

El alcance de la impugnación se concreta a que la Corte "case parcialmente la sentencia impugnada en cuanto limitó la condena por concepto de indemnización moratoria exclusivamente a la suma de $ 9.300.00 y que, constituída en tribunal de instancia, confirme la que por dicho concepto profirió el juzgador de primer grado, vale decir, que condene al pago de la indemnización moratoria, a razón de $ 100.00 diarios, a partir del 1o. de diciembre

de 1966 y hasta cuando se satisfaga la condenación por lucro cesante".

El recurrente acusa la sentencia a través de dos cargos por violación directa de las mismas disposiciones legales: el art. 15 del Decr. Legislativo 2733 de 1959 en relación a los arts. 11 de la Ley 6a. de 1945 y 1o. del Decr. 797 de 1949. Por el primer cargo la violación de art. 15 del D. L. 2733 de 1959 se produjo en concepto de interpretación errónea y por el segundo cargo en concepto de infracción directa, y la de los restantes preceptos, en ambos, por habérseles aplicado mal, no haciéndoles producir todos sus alcances, consecuencias o efectos.

Funda el impugnante su acusación así:

La interpretación errónea del art. 15 del Decr. 2733 de 1959 tuvo lugar al darle el sentenciador a la norma un alcance intrínseco diferente del que rectamente indican su tenor literal y su espíritu, pues si el texto legal dice claramente que "el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas", el *ad quem* lo entendió en el sentido de que "si no se interpone el recurso o se guarda silencio al no interponerlo, debe considerarse que hay asentimiento o aceptación a lo resuelto en la providencia o acto administrativo notificado". Y agrega luego: "Si en el procedimiento gubernativo o vía gubernativa no es obligatorio el recurso de reposición, no puede rectamente entenderse que si no se interpone, se esté aceptando ni siquiera tácitamente la providencia notificada, porque ello equivaldría a convertirlo en forzoso o en necesario. El dejar de interponer el recurso de reposición, por no ser legalmente obligatorio, jamás podría indicar conformidad con lo resuelto, ni menos podía hacer "pensar a la entidad pagadora, como es apenas obvio, su plena aceptación, y, desde luego, la seguridad de haber pagado lo que debía realmente", como equivocadamente lo entendió el juzgador. Cuando la norma advierte que el recurso de reposición no es obligatorio en el trámite gubernativo que debe agotarse antes de proceder al ejercicio de las acciones judiciales, significa simplemente que puede o no interponerse, como que no es forzoso o necesario, pero si no se interpone, si hay omisión expresa o tácita en tal sentido, silencio en recurrir ante el mismo funcionario o manifestación expresa de no recurrir en reposición, no por ello puede entenderse que "se está consintiendo". El silencio en este caso no significa aceptación. Se interpreta erróneamente la norma al atribuirle un sentido distinto al que rectamente indica su tenor literal y su espíritu".

En cuanto a la infracción directa planteada en el segundo cargo, el recurrente alega: "Hay infracción directa del art. 15 precitado, porque no obstante que el sentenciador lo invoca, en abierta rebeldía con su texto clarísimo deja de aplicarlo a un hecho indiscutido como es el de que no se pidió reposición de una resolución administrativa, que no era obligatorio impugnar legalmente mediante ese recurso. En la disposición se establece que no es obligatorio interponer el recurso de reposición dentro del trámite gubernativo o vía gubernativa, pero rebelándose contra la norma —abstracción hecha de toda cuestión fáctica—, lo quiere el fallador como forzoso, indispensable, necesario, como quiera que si no se interpone concluye que hay aceptación o asentimiento a lo resuelto en la providencia notificada. La disposición establece que el recurso de reposición no es necesario u obligatorio, pero el juzgador, contrariando el texto claro de aquella, lo reputa indispensable o necesario, porque si no "el solo silencio del interesado al notificarse de la Resolución, hacia pensar a la entidad pagadora, como es apenas obvio, su plena aceptación, y, desde luego, la seguridad de haber pagado lo que debía realmente". La norma advierte claramente que el recurso de reposición no es obligatorio, pero según el Tribunal, "otra cosa pudiera pensarse en el supuesto de una oposición oportuna a través de los recursos de la ley, con lo cual está precisamente rebelándose o contradiciendo la disposición, reputando forzoso lo que no es indispensable o necesario".

Y como fruto de sus impugnaciones saca el recurrente las siguientes conclusiones: "Si por el sentenciador no se hubiese incurrido en la violación que se deja demostrada de la norma, tampoco se hubiesen quebrantado los arts. 11 de la Ley 6a. de 1945 y el 1o. del Decr. 797 de 1949, consagratorios del derecho a la indemnización moratoria o salarios caídos respecto de los trabajadores oficiales, que se aplicaron mal, no haciéndoles producir todas sus consecuencias o efectos. Y es que si el no pago del lucro cesante por despido genera indemnización moratoria a partir del vencimiento del plazo de gracia que concede la ley, no puede restarle efecto el que contrariando la disposición se exija por el fallador como necesario un recurso que legalmente no es obligatorio".

La Sala examina en conjunto las acusaciones y considera:

1. Sobre el punto concreto de la indemnización moratoria en el *sub lite* dijo el Tribunal:

"Tanto en la aplicación del art. 65 del C. S. T., como en el uso que deba hacerse del Decr. 797 de 1949, dentro de este mismo orden de principios, debe ser la mala o buena fe del empleador en su comportamiento frente a sus trabajadores, materia de examen y análisis previos. Así lo ha repetido la jurisprudencia en múltiples ocasiones, predeterminando la causalidad de la sanción moratoria en la mala fe y temeridad del patrono, a la vez que erigiendo la buena fe como eximente de esa pena aún en los estados de duda razonable. Y no puede ser de otra manera, puesto que, en casos como en estos juega en forma tan definitiva el criterio de la equidad.

"Dentro del caso *sub judice,* aplicando en su justo medio el criterio anotado, se encuentra muy clara la posición de la entidad demandada, a la que se le observa obrando con sujeción a sus principios reglamentarios, produciendo así la Resolución número 00269 de 15 de febrero de 1967 por la cual reconocía y ordenaba pagar al extrabajador algunas sumas de dinero por concepto de prestaciones e indemnizaciones. A través de este acto administrativo la Contraloría pagó lo que creía deber, sin que el extrabajador formulara en contra de él ninguna observación, precisamente cuando estaba en capacidad para hacerlo de conformidad con la advertencia que se le formuló a su apoderado al notificarsele esa providencia (fol. 9 v.). Es cierto que el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas, según reza el art. 15 del Decr. 2733 de 1959, pero el sólo silencio del interesado al notificarse de la Resolución, hacía pensar a la entidad pagadora, como es apenas obvio, su plena aceptación, y, desde luego, la seguridad de haber pagado lo que debía realmente. Otra cosa se pudiera pensar, en el supuesto de una oposición oportuna a través de los recursos de la ley. Se ha dicho que el que guarda silencio cuando se le invita a hablar, está consintiendo, y la conclusión inmediata no puede ser otra. En estas circunstancias no puede imputársele a la demandada ninguna actitud o postura de mala fe, mas, por el contrario su posición es honesta y conforme con el criterio que la misma tenía respecto a pagar lo que creía d e b e r, que es precisamente el que se indica en el art. 1o. del Decr. 797 de 1949 para liberarla de toda responsabilidad al respecto.

"Sin embargo, de lo anterior, la entidad demandada tenía, de conformidad con el mismo Decreto en cita, un plazo de gracia para expedir la Resolución de pago, equivalente a noventa días, plazo del que se excedió como se puede constatar por el examen del informativo. Como el pago se verificó el día 3 de marzo de 1967, la demandada deberá pagar por concepto de indemnización moratoria el período comprendido entre el 1o. de diciembre de 1966, fecha ésta de vencimiento del plazo de gracia, y el 3 de marzo de 1967 antes mencionado, es decir noventa y tres días (93). Teniendo en consideración el valor del salario aceptado en autos, la indemnización se hará por la suma de nueve mil trescientos pesos ($ 9.300.00), modificándose así el fallo consultado en relación con esta condena".

2. Sea conveniente expresar, a propósito de la violación directa en cualquiera de sus modalidades, que para ser incidente en casación debe ella reflejarse necesariamente en las definiciones que contenga la parte resolutiva de la sentencia, o mejor, que la norma o normas acusadas han de desempeñar un papel decisivo, no simplemente ilustrativo ni circunstancial, en la solución de la controversia. La transgresión de la norma en estas condiciones debe influir la decisión, porque, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, "para que la violación pueda tenerse en cuenta es necesario que la ley violada resuelva algún punto concreto del debate, es decir, que falle sobre los extremos a que se haya contraído la discusión; y por ende, que produzca algún perjuicio al recurrente. Por lo tanto, la violación de la ley en que se funde algún recurso de casación debe encontrarse en la parte resolutiva del fallo, no en las consideraciones que haga el Tribunal, en las cuales nada importa que haya incurrido en error, puesto que ellas no influyen en la parte resolutiva". (G. J. Tomo XLVIII, pág, 174).

3. El Decreto Legislativo 2733 de 1959 reglamenta el derecho de petición, que hasta esa fecha venía teóricamente consagrado como uno de los derechos civiles fundamentales en el art. 45 de la Constitución Nacional. Y el art. 15 de tal Decreto se limita a expresar sencillamente, en forma que no admite interpretaciones opuestas, que "el recurso de reposición no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas". Se trata así de una norma general de carácter administrativo, sin influencia decisoria alguna en esta controversia laboral, de la cual solo se ocupó el sen-

tenciador para destacar, a manera de argumento o presunción *hominis*, que si el interesado, en lugar de interponer reposición contra la resolución administrativa desfavorable a sus propósitos, se había conformado con ella, era porque debía considerarla aceptable de acuerdo con el adagio "el que calla otorga". El Tribunal no hizo, por tanto, sino una referencia tangencial del precepto con la intención que se deja dicha, se limitó a citarlo sin pretender interpretarlo, menos con el sentido peyorativo que le atribuye el recurrente de que la no interposición del recurso de reposición condujera fatalmente a entender que el interesado aceptaba de buen grado lo resuelto. Esta conclusión, se repite, la dedujo el *ad quem*, no en razón del entendimiento de una norma que no presenta en sí misma ningún problema de hermenéutica, sino como una apreciación o valoración de conciencia que cae en el dominio de los hechos y que escapa, por tanto, al ataque en casación por vía directa.

4. Cuanto a la infracción directa de la misma regla legal, modalidad de violación que consiste, según jurisprudencia de la Corte, en contradecir el texto claro de la ley, para estatuir en un fallo disposiciones contrarias al ordenamiento legal, o en dejar de aplicarle a un caso que requiera su aplicación, es del todo evidente que el Tribunal no se rebeló contra el art. 15 del Decr. 2733 de 1959, porque la Sala falladora no ha dicho lo que le hace decir el recurrente, esto es, que sea obligatoria la interposición del recurso de reposición; ni tampoco se la puede acusar de haber dejado de aplicarla, por ignorancia, a un caso donde no se exigía su aplicación.

Debe observarse, por último, que el Tribunal hizo descansar su fallo, en el punto de la indemnización moratoria de que trata el recurso, sobre la buena fe con que obró la entidad demandada, conducta esta a la que dio carácter liberatorio de la sanción por mora, y que en relación a la buena fe que el sentenciador reconoció atendible como factor exonerante, nada ha dicho el recurrente, quien se limitó tan solo a atacar una de las consideraciones de hecho en que se apoyó por el Tribunal, por vía que no es la correspondiente en técnica de casación a una impugnación de esta naturaleza.

En tal virtud, los cargos no prosperan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Ricardo Silva, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESUNCION

El art. 24 del CST consagra la presunción de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". No se trata de una presunción *juris et de jure*, sino de presunción *juris tantum*, por consiguiente sujeta a excepciones que cabe comprobar en el proceso con medios pertinentes. Una de tales excepciones es la relación *ocasional* que se opone a la *a* que dan lugar actos continuados o periódicos bajo la dependencia del patrono, que conforme al art. 23 del mismo código es la que configura el contrato laboral como elemento esencial.

Corte Suprema de Justicia. — *Sala de Casación Laboral.* — Sección Segunda. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 52).

Demandó Alberto Castro Márquez, ante los jueces laborales de Bogotá (repartimiento), a la Sociedad Inmobiliaria e Inversionista, S. A., para que previa declaración sobre existencia del contrato de trabajo, se la condenase a pagar al actor salarios insolutos, primas de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, cesantía, indemnización por ruptura unilateral del contrato e indemnización moratoria.

Son hechos en los cuales el demandante apoya la acción: desde el 13 de febrero de 1959, en que se fundó la sociedad, le prestó servicios como subgerente, asistiendo administrativamente al gerente y reemplazándolo cuando fue necesario, hasta enero de 1967 en que entró a reemplazarlo como gerente encargado. En tal carácter presidió la junta directiva en su sesión de 31 de enero de 1967 y firmó los balances correspondientes al año anterior y el informe a la Superintendencia de Sociedades Anónimas. También desempeñó las funciones de miembro de la junta directiva. Mediante comunicación de 16 de marzo de 1967 se le informó que en la asamblea general extraordinaria celebrada el 10 de marzo de 1967 se había dado por terminado su contrato de trabajo. Hasta la fecha de presentación de la demanda no había recibido el pago de las prestaciones que reclama.

La parte demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones en él formuladas y negando todos los hechos.

La primera instancia la decidió el juez tercero laboral de Bogotá, quien absolvió a la sociedad de todos los cargos formulados.

Contra este fallo interpuso la parte actora recurso de apelación, que resolvió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia que confirma la del funcionario *a quo*.

Se decide ahora el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la resolución de segundo grado.

Pide el casacionista que, previa la casación de la providencia, se condene a la parte demandada a pagarle salarios, cesantía, lucro cesante e indemnización moratoria, debiendo absolverse por razón de los demás cargos de la demanda inicial, o en subsidio, a pagarle $ 84.000.00 a título de indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo.

Con fundamento en la causal primera del art. 87 del CPL hace a la sentencia dos cargos, así:

a) Violación, por error de hecho proveniente de la falta de apreciación de documentos auténticos, de los arts. 22, 23, 24, 64, 65, 127, 144 y 249 del CST, 2o. del Decr. 617 de 1954 y 6o., 7o y 8o. del 2351 de 1965.

Señala el casacionista como documentos dejados de apreciar la partida de defunción del gerente titular José Joaquín Castro Márquez, la carta de 16 de marzo de 1967 en que se le comunicó la destitución del cargo, el certificado de la Cámara de Comercio sobre existencia de la sociedad, el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el juez de primera instancia, el certificado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas sobre el

nombramiento y la actuación de Alberto Castro Márquez como primer suplente del gerente, la escritura pública mediante la cual se constituyó la sociedad y el acta número 11 de la sesión extraordinaria de la asamblea de accionistas en que se hizo la designación de Leonor Hoyos Camacho como gerente, por muerte del titular.

Manifiesta el impugnante que debido a "la falta de apreciación" de las pruebas mencionadas llegó el Tribunal "a dar por no probado, estándolo, la prestación de servicios personales y la existencia del contrato de trabajo" entre las partes.

El recurrente examina detenidamente los expresados medios probatorios para llegar a la conclusión de que ellos demuestran: a) el fallecimiento del gerente titular; b) la existencia de la sociedad; c) los estatutos de esta, y consecuencialmente la composición y los deberes de los organismos directivos; d) la designación de Alberto Castro Márquez como primer suplente del gerente; e) su intervención en sesiones de la junta directiva y la autorización con su firma de uno de los balances de la empresa; f) la designación de nuevos gerente y subgerente o suplentes del gerente, en ausencia del demandante y sin que este tuviera conocimiento de su relevo del cargo. De ello deduce el impugnador que "está establecida en forma clara la prestación de servicios personales del señor Alberto Castro Márquez a la sociedad demandada Administradora Inmobiliaria e Inversionista, S. A. entre el 31 de enero y el 6 de febrero de 1967, fecha en la cual fue destituído por una presunta asamblea extraordinaria". Se extiende además en un minucioso examen de los conceptos de trabajo y de contrato de trabajo según la jurisprudencia y la doctrina, para deducir la consecuencia de que estando acreditada la relación de trabajo con la prueba de su intervención en la junta directiva y la firma de los balances, ha debido presumirse la existencia del contrato de trabajo a tenor de lo dispuesto en el art. 24 del CST.

Se estudia el cargo

Dice el Tribunal en su fallo para fundamentarlo: "En el caso de autos no se acreditó la prestación personal del servicio del demandante para que pudiera siquiera presumirse la existencia del contrato de trabajo, pues que mientras que en la demanda se afirma que aquella se prolongó entre el 13 de febrero de 1959 y el 10 de marzo de 1967, los elementos de juicio acompañados al expediente indican que, ocasionalmente, en su calidad de suplente de la gerencia, el señor Alberto Castro Márquez, desempeñó labores esporádicas dentro de la sociedad. Al efecto, el certificado de fls. 13 a 15 amerita un nombramiento de suplente, pero en manera alguna el ejercicio del cargo principal que, como es elemental, sólo se puede ejercer en ausencia del elegido. Las posiciones absueltas por la representante legal de la sociedad demandada niegan los servicios del demandante (fls. 33 a 34 y 35 a 37). Otro tanto ocurre con las declaraciones de Rómulo Camacho Ortiz, Isabel del Río Solano y Tomás Bohórquez Lozano (fls. 41 a 45), altos funcionarios de la sociedad administradora Inmobiliaria e Inversionista, S. A., quienes acordes están en afirmar que el demandante no prestó ningún servicio personal a la empresa. El dictamen pericial que puede verse a fls. 93 a 97 y 101 a 102, parte de suposiciones, es decir, de la hipótesis de que lo afirmado en la demanda fuera evidente. No tienen por lo anterior fuerza alguna de convicción".

Halló el Tribunal, así pues, que los servicios comprobados por el demandante tienen el carácter de ocasionales, mientras que este manifiesta que de la muerte del gerente siendo él su suplente, y de las circunstancias de haber presidido la junta directiva y firmado balances, se desprende que ejerció la gerencia en forma continuada, esto es, que su vinculación con la Empresa fue de carácter contractual.

El art. 24 del CST consagra la presunción de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". No se trata de una presunción *juris et de jure*, sino de presunción *juris tantum*, por consiguiente sujeta a excepciones que cabe comprobar en el proceso con medios pertinentes. Una de tales excepciones es la relación *ocasional* que se opone a la *a* que dan lugar actos *continuados* o *periódicos* bajo la dependencia del patrono, que conforme al art. 23 del mismo código es la que configura el contrato laboral como elemento esencial.

La sala sentenciadora llegó en este caso a la conclusión de que, por razón de los testimonios de empleados de la misma Empresa que niegan que el demandante hubiese desempeñado funciones de gerente, aquel sólo prestó ocasionales servicios, como el de presidir en alguna oportunidad la sesión de la junta directiva y firmar uno de los balances remitidos a la Superintendencia de Sociedades

Anónimas. Aserto que no alcanzan a desvanecer, para el efecto de la casación del fallo, los hechos invocados por el casacionista, o sea el fallecimiento del gerente, la designación de aquel para suplente, la presidencia de una de las sesiones de la junta directiva y la firma de uno de los balances periódicos, porque ellos si bien pueden tener el carácter de indicadores de la situación que alega, no tienen, sin embargo, virtualidad suficiente para presentar como *contraevidente* la dada por cierta por el Tribunal frente a otras pruebas que dicen lo contrario. "Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria —ha dicho en repetidas ocasiones la Corte—, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos (...) Queda así sometida a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas" (SCC, XLVIII, 741); y si esto es así en un sistema estructurado sobre una tarifa legal de pruebas, con cuánta mayor razón en el de procedimiento laboral en que el art. 61 del código respectivo deja al juzgador expresamente la apreciación racional de los medios instructorios. Siendo asimismo pertinente advertir, por otra parte, que no obstante la disparidad de opiniones sobre el carácter de la relación que liga a la Empresa con sus directores, la doctrina se inclina porque el director de una sociedad anónima no reúne las condiciones de trabajador dependiente, ya que la personalidad del ente social en cierto modo se confunde con la de sus representantes legales. Estos son mandatarios, sin que, de otro lado, se observe la existencia de otro organismo jerárquicamente superior que pueda impartirles órdenes.

El cargo, pues, no prospera.

b) Violación, por error de hecho, de las normas citadas en el primer cargo, debido a falta de apreciación de las mismas pruebas.

Como error de hecho se enuncia el no haber dado por probada, estándolo, la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes, esto es, también el mismo a que se refiere el cargo anterior. Sino que el casacionista omite, para demostrar el motivo de la violación que imputa a la sala falladora, "analizar las pruebas que establecieron el contrato de trabajo, por haberse analizado ya en el cargo anterior", concretándose a desarrollar la tesis de que "la relación (laboral) es consecuencia del contrato", y que por consiguiente "el contrato es la fuente de la relación y la relación se agota en la ejecución continuada de las obligaciones nacidas de él", por lo cual "el Tribunal incurrió en un error de hecho al confundir el contrato de trabajo con la relación de trabajo. Si consideró que no había prestado el servicio —concluye—, lo que no había existido era la relación de trabajo y no el contrato de trabajo".

Como claramente se desprende de las anteriores transcripciones de la demanda, la impugnación se formula por error de hecho, pero en su desarrollo se desplaza hacia el error de interpretación de los arts 22, 23 y 24 del CST que definen el contrato y hacen presumir su existencia por la relación laboral, en cuanto el casacionista entiende, contra lo que dicen esas normas y ha venido sosteniendo la jurisprudencia, que la relación laboral es siempre efecto del contrato, o sea, que no puede existir sin él, lo que constituye un mal planteamiento que impide a la Sala ocuparse en su estudio de fondo. Estudio que, por lo demás, quedó hecho al considerar el cargo anterior.

Expresa también el recurrente, aceptando por vía de hipótesis la acogida como cierta por el Tribunal, que Alberto Castro Márquez "no pudo cumplir sus funciones porque la asamblea en una forma ilegal e injustificada nombró reemplazo mediante el acta número 11", por lo que "al no haberse operado una causal justa para dar por terminado el contrato de trabajo en la forma establecida por los arts 6o. y 7o. del Decr. 2351 de 1965, deben aplicarse los arts. 64 del CST y los incs. 1o., 2o. y 3o. del art. 8o. del decreto 2351 de 1965 (...) que establecen la indemnización por lucro cesante". En otras palabras, que puesto que no existió contrato de trabajo, el juzgador ha debido reconocer al trabajador la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo, razonamiento notoriamente contradictorio, y que por tanto nada demuestra que sea favorable a las pretensiones de la demanda.

Tampoco prospera este cargo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Juticia, 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 treinta de mayo del presente año.

No se hace condenación en costas por no haberse causado.

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 Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que basándose la causal primera de casación en la violación de la ley sustantiva, y quebrantamiento de un decreto reglamentario no puede considerarse sino violación medio que ha de conducir a la de la disposición legal de carácter sustancial. Si el ataque en casación prescinde de la inclusión en su planteamiento o en su desarrollo del mandato de la ley, la proposición jurídica es incompleta y la impugnación debe desecharse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).

(Aprobación: Acta No. 52).

Se decide el recurso de casación interpuesto por *Leonor Suárez Chaparro,* mediante apoderado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, con fecha doce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, en el juicio ordinario laboral de la recurrente contra la *Empresa de Licores de Cundinamarca.* El recurso se sustentó en oportunidad, con el lleno de los requisitos legales de forma, sin oposición de la contraparte.

ANTECEDENTES

Leonor Suárez Chaparro demandó a la *Empresa de Licores de Cundinamarca* para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo teniendo en cuenta el tiempo faltante para el vencimiento de la convención colectiva, e indemnización moratoria. Para apoyar sus pedimentos dijo: 1) Que sirvió a la empresa demandada entre el 7 de septiembre de 1955 y el 15 de agosto de 1967, con una remuneración final de $ 3.000.00 mensuales; 2) Que en la última fecha citada la Empresa la despidió sin causa justa; 3) Que la actora, era afiliada al Sindicato de Trabajadores de la Empresa, cobijada por la convención colectiva de trabajo, la cual suprimió el término presuntivo de los contratos y determinó la vigencia de estos hasta la de la convención; 4) Que la convención suscrita el 1o. de enero (sic) de 1967 tenía plazo señalado hasta el 31 de diciembre del mismo año; 5) Que la Empresa no le había pagado las prestaciones e indemnizaciones reclamadas a la fecha de la demanda.

La Empresa demandada se opuso a las pretensiones de la actora, aceptó unos hechos y negó otros y propuso la excepción perentoria de pago.

El Juez Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá, quien conoció de la litis, la desató mediante fallo de veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho, en el cual condenó a la Empresa al pago de indemnización por lucro cesante, con base en el término presuntivo de seis meses del contrato de trabajo, declaró probada la excepción de pago respecto de la demanda por auxilio de cesantía y absolvió a la demandada de los cargos restantes del libelo.

Para decidir el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la decisión del a quo, el Tribunal profirió la sentencia objeto del recurso extraordinario, en la cual confirmó la de primer grado.

LA DEMANDA DE CASACION

El casacionista pide la casación parcial del fallo del ad quem, en cuanto no condenó a indemnización por rompimiento unilateral del contrato en la forma pedida en el libelo de instancia y absolvió por las peticiones restantes, para que la Corte, como tribunal de instancia, condene a la entidad demandada conforme a lo solicitado en tal libelo, con la con-

siguiente modificación de la resolución del a quo. Para respaldar este petitum el recurrente concreta dos cargos, basados en la causal primera del art. 60 del Decreto Ley 528 de 1964, que la Sala entra a estudiar.

Primer cargo

Se formula por violación indirecta de los arts. 8o. y 11 de la Ley 6a. de 1945, así como de los arts. 37, 38 y 51 del Decr. 2127 de 1945 reglamentario de dicha ley, y del art. 3o. de la Ley 64 de 1946, y quebrantamiento consecuencial del art. 49 de la primera ley citada, como consecuencia de "error de hecho manifiesto en los autos por faltas de apreciación de los documentos auténticos aportados al proceso".

Para sustentar el ataque el casacionista expresa que el error de hecho cometido por el Fallador consiste en no haber dado por demostrado, estándolo, que el contrato de trabajo de la actora en juicio tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 1967 conforme a las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la empresa demandada en las instancias y el sindicato de trabajadores de la misma. Y singulariza como no apreciadas las convenciones colectivas de 6 de julio de 1959 y 20 de mayo de 1967, especialmente los arts. 3o. y 11 de la primera y 9o. y 10 de la segunda.

Luego de hacer referencia a los fundamentos jurídicos para calificar de documentos auténticos las copias de las convenciones colectivas a que hace alusión y de analizar el contenido de las disposiciones que señala como quebrantadas por el Fallo, el impugnador anota: "El Tribunal en su sentencia aceptó y dio por probado que el contrato de trabajo de la señorita *Leonor Suárez Chaparro* con la *empresa de Licores de Cundinamarca* fue roto por esta en forma unilateral, ilegal y sin justa causa pero al no apreciar los documentos auténticos consistentes en la convenciones colectivas que obran a folios 25 a 28 del expediente la suscrita el 1o. de julio de 1959 y de folios 41 a 44 la suscrita el 20 de Marzo de 1957, especialmente sus cláusulas 3a. y 11a. de la primera convención y 9a. y 10a. de la segunda, pruebas aportadas en forma legal al proceso incurrió en grave error de hecho consistente en no aceptar a pesar de encontrarse probado en los documentos no apreciados que el término del contrato de trabajo de la señorita *Leonor Suárez Chaparro* vencía el 31 de diciembre de 1967". Termina el desarrollo del cargo con la argumentación tendiente a establecer la relación entre el error de hecho y la violación de los mandatos legales que indica en la acusación.

Se estudia el cargo

La censura toca con el punto relativo a la demandada indemnización por el rompimiento unilateral e injusto del contrato de trabajo por parte de la *Empresa de Licores de Cundinamarca.* Para decidir sobre esta solicitud el Tribunal apunta en su sentencia:

"Como la *Empresa de Licores de Cundinamarca* rompió unilateralmente la vinculación laboral que se dejó establecida en el curso del proceso, sin invocar causal alguna, tal como acertadamente lo determinó el a quo, procede la condenación por este concepto y su respectiva confirmación, a la decisión de primer grado".

El ad quem no ha hecho, como se ve, ningún estudio propio de los elementos probatorios aportados a los autos para establecer la cuantía de la indemnización pedida y a qué condena, sino que se reduce a mostrarse en un todo conforme con la decisión de primer grado y su fundamento. Entonces, de manera tácita, está haciendo una remisión a la valoración probatoria efectuada por el juez de primera instancia, y la resolución del Tribunal tiene, en esta forma, el mismo apoyo de pruebas que el fallo del a quo.

Ahora bien: El Juez Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá definió el punto relativo a la indemnización por lucro cesante previo el siguiente examen de los elementos de prueba que obran en los autos:

"Se demostró que la actora, en la época del despido era socia del Sindicato. Tal hecho consta en la documental de folio 36, suscrita por el Presidente y Secretario del Sindicato de Trabajadores de la Empresa, debidamente reconocida por los mismos en diligencia visible a fls. 45 y 46. De consiguiente, es claro que la reclamante gozaba de los beneficios consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo vigente en la fecha de la terminación del contrato, esto es, la suscrita el 20 de marzo de 1967, cuya copia auténtica aparece a folio 41 del informativo.

"Dicha Convención en su art. 9o. *Convenciones anteriores,* consagró lo siguiente:

'Los puntos y cláusulas de Convenciones Colectivas de Trabajo anteriores a la presente,

no modificadas en todo o en parte por este convenio, quedarán vigentes en cuanto favorezcan a los trabajadores'.

"Por su parte, la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 6 de julio de 1959, consagró en la cláusula 3a.

"Los contratos individuales de trabajo se considerará (sic) a término indefinido y las partes podrán solamente darlos por terminado por algunas de las causales señaladas en los arts. 62 y 63 del C. S. T.

"De lo anterior, se concluye, que la convención de 1959 consagró la estabilidad en el empleo determinando que los contratos solamente podrían ser terminados por las causales establecidas en los arts. 62 y 63 del C.S.T.

El contrato de la señorita *Suárez Chaparro* fue a término indefinido como consta claramente en el documento de fl. 12.

"Sin embargo, se observa, que la Convención Colectiva de 1959, en parte alguna estableció que los contratos tendrían una duración igual a la de la vigencia de la Convención. Las partes, al respecto, nada acordaron, y no puede presumirse, de acuerdo con la Ley, el término fijo de un contrato de trabajo, pues esta exige, perentoriamente, que se pacte por escrito.

"Estima el Juzgado que en dicha cláusula Convencional, se establecieron obligaciones a cargo de la Empresa y en favor de los trabajadores, en cuanto a lograr la estabilidad en el empleo, pero no se determinó la sanción o responsabilidad que recaería o asumiera el patrono, por incumplimiento de tales obligaciones. El despacho, no puede deducirlas, caprichosamente.

"Pero lo más importante, es, como ya se dijo, que la Convención Colectiva que regulaba la terminación del contrato existente con la trabajadora, es la vigente en dicha fecha, es decir la suscrita el 20 de marzo de 1967. Sin embargo, observa el juzgado, según consta en la certificación de la Secretaría de Asuntos Colectivos de la Regional del Trabajo de Cundinamarca, que la referida Convención tan solo fue depositada, el 28 de marzo de 1968 (fl. 44), es decir, un año y 8 días después de su firma. En estas condiciones y de acuerdo con el art. 469, el Juzgado desconoce, para el caso concreto, los efectos de la referida Convención. La disposición que se cita, ordena, perentoriamente, que "la Convención Colectiva'... "se depositará necesariamente en el Departamento Nacional del Trabajo, *a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos, la Convención no produce ningún efecto*". (Subraya el juzgado) (C.P. fls. 70, 71 y 72).

Hay, pues, como se ve, un examen detenido por parte del a quo del contenido de las convenciones colectivas de trabajo en cuanto al término de los contratos laborales y, aparte de ello, se concluye que la convención de 1967, por no haber sido depositada oportunamente en la respectiva dependencia del Ministerio del Trabajo, no tiene valor alguno. En tales condiciones, como el Tribunal simplemente acoge la decisión del a quo, tácitamente aceptó la apreciación que de las convenciones colectivas este hizo y por ello mal puede decirse que el Tribunal no las estimó por su parte.

Por consiguiente, no existe la falta de apreciación de los documentos a que se refiere la censura ni el error de hecho señalado, ni por consecuencia, el quebrantamiento legal que de allí podría derivarse.

El cargo, como resultado de lo dicho, no prospera.

Segundo cargo

Se plantea por infracción directa del art. 1o., parágrafo 2o. del Decr. 797 de 1949, que sustituye el art. 52 del Decr. 2127 de 1945.

Sin que la Sala entre a detenerse en la sustentación de este cargo, debe declarar su ineficacia, pues señala como norma violada solamente un precepto de un decreto reglamentario, sin relacionarlo con la disposición legal reglamentada e indicar el quebrantamiento de esta. Y ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que basándose la causal primera de casación en la violación de la ley sustantiva, el quebrantamiento de un decreto reglamentario no puede considerarse sino violación medio que ha de conducir a la de la disposición legal de carácter sustancial. Si el ataque en casación prescinde de la inclusión en su planteamiento o en su desarrollo del mandato de la ley, la proposición jurídica es incompleta y la impugnación debe desecharse.

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.

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.

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO

Si el contrato es el resultado de un concurso de voluntades encaminadas a un fin lícito, el retiro de una de las voluntades concurrentes pone fin a la vinculación jurídica, sin que puedan independizarse los actos de voluntad contractual de los actos de ejecución del contrato. De aceptarse una tal dicotomía, se llegaría a la desvinculación entre el acto jurídico y su cumplimiento, lo que es absurdo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).

(Aprobación: Acta No. 52).

Hernán Toro Márquez demandó a la sociedad *Lanera del Pacífico Ltda.*, con domicilio en Cali, para que fuese condenada a pagarle auxilio de cesantía, compensación de vacaciones, prima de servicios, salarios pendientes (comisiones), indemnizaciones por despido, indemnización moratoria y costas del juicio. Para fundamentar las peticiones de la demanda el actor afirmó: 1.) Que prestó servicios a *Lanera del Pacífico* en varios períodos, el último de los cuales se extendió del 26 de septiembre de 1961 al 25 de septiembre de 1967; 2.) Que la remuneración fue acordada en forma de porcentaje sobre ventas, que arrojó un promedio superior a cinco mil pesos ($ 5.000.00) mensuales; 3.) Que el contrato del último lapso fue estipulado por escrito, a término fijo de un año y se renovó automáticamente hasta el 25 de septiembre, fecha en que la Empresa lo dio por terminado en virtud de comunicación en la que adujo como causal la terminación del contrato en ese día, y 4.) Que a la fecha de la demanda la Compañía no había pagado al extrabajador el valor de las prestaciones ni el salario del último mes.

La sociedad demandada aceptó como ciertos algunos de los hechos de la demanda; pero en lo relativo a la cuantía del salario respondió que el promedio mensual devengado en el último año fue de tres mil seiscientos ochenta y cinco pesos con cincuenta centavos ($ 3.685.50) moneda corriente, y en lo tocante con la terminación del contrato replicó que si bien el Subgerente anunció a Toro Márquez la terminación del contrato de trabajo en ese día y la voluntad de la Empresa de no renovarlo, sólo quería prevenirlo para que al regreso del Gerente se procediera a acordar nuevas bases para el contrato, si no llegaba a un acuerdo al respecto. Que al regreso del Gerente el trabajador manifestó no estar dispuesto a cambiar las condiciones del contrato vigente desde el 26 de septiembre de 1961 y "dijo que la prórroga automática de ese contrato se había producido por virtud del numeral 3o. del art. 4o. del Decreto Ley 2351 de 1965, por no haberle sido notificada la intención de la Empresa con treinta días de anterioridad al vencimiento". Y agregó que le fueron consignados los valores correspondientes a las comisiones por los meses de septiembre y octubre de 1967.

Tramitado el juicio en la primera instancia, el juez del conocimiento, que lo fue el 4o. Municipal del Trabajo de Cali, en sentencia de veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, condenó a la Compañía a pagar al demandante las siguientes sumas: a) por auxilio de cesantía, $ 3.884.25; b) por vacaciones, $ 1.802.30; c) por comisiones, $ 14.146.40; d) por indemnización por despido, $ 43.255.20, y e) por "salarios caídos" de septiembre 26 de 1967 a julio 28 de 1968, $ 36.406.45, para un total de $ 99.494.60. De esta suma dispuso descontar la cantidad de $ 22.473.68, consignada por la Empresa, con lo cual quedó un saldo líquido a favor del actor de $ 77.220.92. Condenó igualmente a la empresa demandada en las costas de la instancia y la absolvió de los restantes cargos de la demanda.

Contra el fallo del Juzgado interpusieron recurso de apelación las dos partes y el Tribunal lo desató mediante fallo de veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y nueve en que confirmó la condena líquida pero "por concepto de indemnización por despido y sala-

rios caídos", revocó los puntos primero y segundo, confirmó los puntos cuarto, quinto y sexto del fallo del a quo y condenó a la Empresa al pago de las costas de la segunda instancia.

Lanera del Pacífico Ltda. recurrió en casación contra la sentencia del ad quem y sustentó luego el recurso por intermedio de apoderado, con oposición de la contraparte. Surtidos los trámites previos de rigor se procede a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Se aspira con la impugnación a que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal para que, como tribunal de instancia, revoque, la del a quo y absuelva a la Empresa de los cargos de la demanda o, en subsidio, a que el fallo del ad quem sea casado parcialmente "en cuanto por su ord. 2o. confirma el 3o. del fallo apelado, y reformando dicho ord. 3o. reduzca la condena a $ 20.781.52, y en cuanto por su ordinal 1o. revocó el 2o. del mismo fallo del a quo en vez de confirmarlo".

Para sustentar la censura el recurrente plantea dos cargos, basados en las causales primera y segunda del art. 60 del Decreto Ley 528 de 1964, que se estudian y resuelven en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar "por vía directa, por aplicación indebida, el art. 8o. ord. 3o. del Decr. 2351 de 1965, en relación con los ords. 1o. y 3o. del art. 4o. ibídem y con el art. 6o. del mismo Decr. erróneamente entendido; por interpretación errónea el art. 65 del CST., ordinal I, y por falta de aplicación el ordinal II del mismo art. 65".

Para desarrollar esta censura, el impugnador expresa que no obstante reconocer el Sentenciador los esfuerzos de la Empresa por no dar aplicación en los hechos a la decisión de romper el contrato de trabajo que Toro Márquez "creyó ver en la carta de f. 6", toma como prueba del despido dicha carta, con lo cual no incurrió propiamente en error de hecho sino que tuvo un entendimiento equivocado del art. 6o. del Decr. 2351 de 1965 en su literal h), pues el despido "no es una simple manifestación de voluntad sino que debe ser ejecutado, es decir, completado con hechos positivos", como ocurre igualmente con el retiro voluntario del trabajador, en su caso. "Ni la sola carta de despido, ni la sola carta de renuncia pone término a la relación jurídica; son los actos por los cuales se traduzca a la realidad la decisión unilateral los que constituyen el despido o el retiro". Agrega que este error de entendimiento condujo a la aplicación indebida de la indemnización prevista en el art. 8o. ord. 3o., del Decr. 2351.

Dice, que es todavía más protuberante la equivocada interpretación del art. 65 del C. S. T., pues no obstante el reconocimiento por el fallador de los esfuerzos de la Sociedad por que el trabajador regresara a su trabajo y las consignaciones hechas en su favor por concepto de comisiones y, finalmente, por auxilio de cesantía, sostiene que la sola demora en la última "necesariamente ubica la situación dentro de la hipótesis prevista en el art. 65". Con lo cual contraría la reiterada jurisprudencia de la Sala que afirma que la sola demora en la consignación no ubica necesariamente el caso en tal hipótesis, si, como ahora, "se ha venido discutiendo la supervivencia o la ruptura del contrato, ya que la ley prohibe consignar la cesantía mientras subsista el vínculo".

Alude, además, a la negación por el Tribunal del poder liberatorio de las consignaciones judiciales que ascienden a $ 22.473.68, según reconocimiento del a quo, negación que califica de violatoria del mandato referido, pues acepta que esa consignación fue por el tiempo posterior al 25 de septiembre de 1967, fecha en que el Sentenciador sostiene que se extinguió el contrato de trabajo.

La oposición

El opositor replica este cargo por dos aspectos: el primero, de carácter técnico, por acumular en un solo cargo varios conceptos de violación de la ley, contra lo que estima como orientación de la jurisprudencia. El segundo, por hallar fundamento claro en la conclusión del Tribunal sobre la terminación del contrato, mediante la estimación de la carta de fl. 6, y por encontrar que la circunstancia de que el Sentenciador haya reconocido los esfuerzos de la Empresa por obtener el regreso del trabajador, en nada desvirtúa el rompimiento del contrato por esta, que el Tribunal acepta como plenamente probado. En cuanto al efecto de las consignaciones, observa que se trata de salarios que debieron pagarse en su oportunidad legal. Y que todos estos hechos fueron debatidos y no pueden dar pie para un ataque por interpretación errónea de las normas legales.

Se estudia el cargo

Dos puntos diferentes presenta la censura de este cargo: el que se refiere al rompimiento unilateral del contrato de trabajo y sus consecuencias indemnizatorias, y el relativo a la mora en el pago del auxilio de cesantía y su consecuencial indemnización por esta circunstancia.

En cuanto al primero, ya se vio cómo el impugnador lo enfoca por el aspecto de la presunta errónea interpretación del art. 6o. del Decreto Legislativo 2351 de 1965, en su literal h), pues estima que la sola comunicación escrita de la Empresa sobre terminación del contrato no es suficiente, sin hechos positivos en igual sentido, para poner fin a la relación jurídica.

El Tribunal, al definir la cuestión relacionada con el alegado rompimiento unilateral del contrato de trabajo por parte de la Empresa, dijo así:

"De los claros términos de la nota de fl.6 se colige la determinación radical de la Empresa para dar por terminado el contrato el día 25 de septiembre de 1967, con los protocolarios agradecimientos por los buenos servicios prestados. Tan claros términos han llevado a la Empresa a la búsqueda de paliativos, como noticiamiento de no renovación y determinación del Gerente encargado mientras el titular acordaba las nuevas bases del contrato con el señor *Toro Márquez*. Lo primero, resulta ser una inteligente y ágil interpretación, que desgraciadamente no deja de ser un tanto alegre y sutil. Si otro hubiera sido el espíritu que animaba al patrono, los términos de la nota hubieran sido orientados a dejar expuesto con claridad su criterio. Lo segundo, porque la comunicación a más de carecer de la convocatoria al trabajador para convenir nuevas bases de su contrato con el Gerente principal, tiene, como originaria del subgerente, pleno poder vinculante. Es más, trasciende de los autos los reiterados procedimientos adoptados por la Empresa, para obviar la situación y permitir así enderezar, ordenar y encausar (sic) el nexo dentro de los moldes legales. Desafortunadamente, el trabajador se amparó sistemáticamente en los terminantes mandatos del numeral 3o. del art. 4o. del Decr. 2351 de 1965, y la contratación a término fijo de un año, concebida dentro de los perfiles del sistema anterior, encontró tutela inmediata en el nuevo ordenamiento, para exigir perentoriamente el aviso de prórroga con antelación a 30 días. La comunicación de despido de 25 de septiembre de 1967, el propio día de su fenecimiento anual, habla de la terminación "en el día de hoy"; con flagrante preterminación del precepto comentado, que irremediablemente conlleva ruptura unilateral del contrato por parte del patrono, ante la renovación automática, dadas esas circunstancias, por un año más. Sin duda la secuela indemnizatoria no puede ser distinta a los salarios correspondientes al tiempo faltante para agotar el nuevo plazo". (fls. 33 vuelto y 34 del C. del Tribunal).

La nota a que el Sentenciador alude, dirigida por *Lanera del Pacífico Ltda.* a Hernán Toro Márquez y fechada el 25 de septiembre de 1967, dice textualmente: "REF: Terminación de su contrato de trabajo. Atentamente nos permitimos comunicarle que el día de hoy termina su contrato de trabajo, el cual no será renovado por la Empresa. Agradecemos sinceramente los buenos servicios que hasta la fecha nos ha prestado, y nos suscribimos sus attos. amigos y ss.ss".

El contenido de esta comunicación fue valorado por el ad quem frente a la actitud posterior de la Empresa encaminada a obtener el retorno del trabajador a su actividad laboral, y llegó a concluir que no obstante tal actitud, el acto de voluntad expresado en el documento tuvo el efecto de poner término al contrato fuera del plazo previsto en el ordinal 3o. del art. 4o. del Decreto Legislativo 2351 de 1965, por consiguiente cuando ya se había generado una prórroga automática por un año, a partir del día siguiente al de la comunicación, con lo cual el rompimiento resultó ilegal y determinante de la indemnización prevista en el art. 8o. del mismo Decr. En esta posición del Tribunal hay una valoración del efecto de la nota de 25 de septiembre de 1967, dirigida por la Empresa al trabajador, y ese efecto, por la claridad de los términos empleados, no puede ser distinto al que el ad quem le atribuyó. Porque, al contrario de lo afirmado por el impugnador, es precisamente la comunicación el acto positivo en que se concretó la voluntad del patrono respecto de la no prórroga del contrato. Exigir otro distinto sería tanto como concluir que una relación jurídica no puede ser rota por el patrono sino en virtud de un acto de fuerza que impida su ejecución. Si el contrato es el resultado de un concurso de voluntades encaminadas a un fin lícito, el retiro de una de las voluntades concurrentes pone fin a la vinculación jurídica, sin que puedan independizarse los actos de voluntad contractual de los actos de ejecución del

contrato. De aceptarse una tal dicotomía, se llegaría a la desvinculación entre el acto jurídico y su cumplimiento, lo que es absurdo. Si en el caso que se examina, la Empresa hizo la indudable manifestación de su voluntad sobre no prórroga del contrato en la comunicación de 25 de septiembre de 1967, su conducta posterior puede considerarse como un esfuerzo por rectificar un error jurídico cometido, pero sin el concurso de la voluntad del otro contratante el efecto buscado a posteriori no podía surtirse.

No sólo pues, el Tribunal no interpretó erradamente el mandato que señala el cargo, sino que concretamente dio un valor al contenido del documento constituído por la nota de fl. 6 del cdno. No. 1 y no consideró que los actos posteriores de la Empresa tuviesen el valor de anular la manifestación de voluntad contenida en esa nota. Por consiguiente, se trató de una estimación de elementos probatorios, entre ellos el documento aludido, en la cual no sólo hay un notorio acierto del fallador, sino que ella descarta la posibilidad del quebrantamiento de la ley por vía directa, en los conceptos de interpretación errónea y aplicación indebida que precisa la acusación. En tales condiciones, el cargo no prospera en cuanto al primer punto que contiene.

En lo relacionado con el segundo punto, se tiene que para decidir sobre indemnización moratoria el Tribunal considera:

"Si bien los valores por vacaciones, comisiones y primas causadas fueron oportunamente cancelados en virtud de respectivas consignaciones, no sucedió lo propio con el auxilio de cesantía el cual no fue pagado en término prudencial, y solo consignado a 23 de agosto de 1968 con un ostensible retardo de casi un año; circunstancia que necesariamente ubica la situación dentro de la hipótesis prevista por el art. 65 del C. S. del T.". (fl. 34 v. del cdno. No. 3).

Para atenuar el rigor de la norma del art. 65 del C. S. del T., la jurisprudencia constante de esta Sala ha expresado que ella debe aplicarse dentro de los conceptos de buena y de mala fe y que, por consiguiente, si es posible deducir la buena fe patronal porque el patrono haya tenido motivos plausibles para no pagar o consignar oportunamente lo debido, o haya planteado serias dudas sobre la naturaleza del vínculo jurídico o sobre la existencia de la obligación reclamada por el trabajador, cabe eximir al patrono del pago de la sanción moratoria. Esta jurisprudencia, pues, excluye como necesaria consecuencia del no pago oportuno de las deudas laborales la sanción moratoria, ya que permite al patrono demostrar la existencia de hechos configurativos de la buena fe en su omisión. Lo que significa que hay un error de interpretación del precepto cuando, sin analizar las circunstancias de hecho que puedan llegar a estimarse como configurantes de buena fe patronal, califica el escueto hecho de la demora en la consignación o en el pago como determinante necesario de la sanción moratoria.

Pero si bien lo anterior debería llevar a la casación parcial del fallo acusado, la Sala encuentra que esta declaración no produciría ningún efecto para la decisión que, como tribunal de instancia, debería pronunciar, pues aceptado por la Sala que lo resuelto por el Tribunal sobre rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte de la Empresa no puede objetarse, los argumentos del casacionista sobre los motivos que determinaron la mora en la consignación del auxilio de cesantía quedan contrarrestados con la conclusión del Sentenciador sobre el punto anotado, conclusión que la Corte ha compartido plenamente.

Por lo dicho, el cargo en este segundo punto tampoco prospera.

Segundo cargo

El ataque se basa en que "La sentencia contiene decisiones que hacen más gravosa la situación de la parte que apeló del fallo de primera instancia" (Causal segunda del art. 60 del Dcr. 528 de 1964).

Para sustentar esta censura el casacionista expone:

"La parte actora en el juicio ordinario limitó su recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, según lo admite obviamente el H. Tribunal, al aspecto de la absolución referente a la pensión jubilatoria impetrada. Es decir, se conformó con lo resuelto en todo lo demás (Deducción de los $ 22.473.68 consignados durante el juicio, monto de $ 3.884.25 por cesantía, $ 1.802.30 por vacaciones y valor de la indemnización por despido injusto en $ 36.406.45).

"Sin embargo, entra a producir nuevas liquidaciones por dichos conceptos, *no apelados por ninguna de las partes,* para concluir en cifras su-

periores a las del a quo que le permiten mantener intacta la condena "por concepto de indemnización por despido y salarios caídos" en los $ 77.220.92 que, para el a quo, correspondían a esos y a *otros* conceptos".

Se estudia el cargo:

La operancia de la causal segunda de casación en materia laboral está circunscrita, como lo ha reiterado la Sala, al caso de que la sentencia del ad quem haga más gravosa la situación de la única parte que apeló del fallo del a quo. De suerte que cuando, como ocurre en el caso estudiado, las dos partes del juicio apelan de la decisión de primera instancia, no hay lugar a fundamentar una censura en esta causal. Aparte de que, vistas las cifras de la condena líquida en la primera instancia y en la segunda, ellas son iguales, pues el Tribunal confirma esta condena líquida, aunque refiriéndola a conceptos parcialmente diferentes.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

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., Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTO AUTENTICO

El recurrente pretende, según el planteamiento del cargo, que el escrito de demanda tiene la calidad de documento auténtico y que el sentenciador incurrió en evidente error de hecho al dejar de apreciarlo por tal concepto.

La noción del recurrente acerca de la naturaleza ontológica del escrito de demanda es manifiestamente injurídica. El libelo, que es la petición con que se inicia el juicio y donde el actor expone sus pretensiones, encabeza la serie de actuaciones judiciales escritas llamadas proceso, expediente, autos, o de cualquier otra manera que exprese la misma idea (art. 197 C.J.).

Tal escrito constituye, sin duda, pieza esencial de todo proceso judicial; no representa en sí mismo medio probatorio alguno, salvo que albergue en su contenido la confesión del actor sobre hechos que le perjudiquen y favorezcan a su contrario; y sin tener el carácter que le atribuye el recurrente, por advertencia expresa de las reglas procedimentales, puede el demandante acompañar con él, lo mismo que el demandado en su contestación, todos los documentos que consideren útiles a sus propósitos, los cuales gozan del privilegio de ser apreciados en la sentencia sin otros requisitos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Aprobación: Acta No. 87).

Aristides Ramírez Rodríguez demandó por medio de apoderado a *"Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A."* domiciliada en Ibagué; para que por los trámites de un juicio ordinario laboral de mayor cuantía fuera condenada a pagarle el auxilio de cesantía correspondiente al tiempo de servicio comprendido entre el 1o. de mayo de 1963 y el 8 de noviembre de 1966, las vacaciones causadas y no disfrutadas en ese mismo lapso, los dominicales y festivos trabajados, el valor de las horas extras que no le han sido canceladas, los salarios por el tiempo faltante para cumplir el estipulado en el contrato, la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones debidos a la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo y las costas del juicio.

Como hechos de la demanda invocó los siguientes:

a) Que el 14 de mayo de 1963 celebró un contrato de trabajo escrito con la sociedad demandada, representada en tal acto por su Gerente Rafael Sandoval Lozano, mediante el cual se obligó a prestarle servicios como Oficial de mantenimiento, los cuales serían remunerados con un sueldo fijo de $ 1.200.00 y además, le serían reconocidos los salarios por el trabajo ejecutado en días de descanso obligatorio;

b) Que el contrato de trabajo fue celebrado por tiempo indeterminado o sin fijación de término alguno, por lo cual se entendía prorrogado, en las mismas condiciones, por períodos iguales de seis en seis meses;

c) Que estando vinculado a la empresa sufrió el 7 de mayo de 1966 un accidente, a consecuencia del cual se le produjeron algunas lesiones que le causaron una incapacidad mayor de seis meses, por cuyo motivo el Gerente de la sociedad, por medio de la Res. No. 115 de 8 de noviembre de 1966, resolvió dar por terminado a partir de esa fecha el contrato de trabajo que lo ligaba con el demandante;

d) Que la empresa al despedirlo no dio cumplimiento a lo dispuesto por el art. 16 del Dcr. 2351 de 1965, y por consiguiente la terminación del contrato debe considerase injusta, con la consecuencia de que se le adeuda y debe pagársele el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato, o sea el de seis meses;

e) Que la sociedad dejó de pagarle el salario de algunos domingos y festivos, lo mismo que el correspondiente a las horas suplementarias que trabajó en beneficio de aquella; y,

f) Que tampoco le ha cancelado el valor de las prestaciones a que tiene derecho y en consecuencia le adeuda como indemnización un día de salario por cada uno de retardo en la cancelación de estas deudas laborales, desde la fecha en que la empresa puso fin a su contrato.

En derecho fundamentó el demandante sus peticiones en los arts. 47, 49, 65, 168, 186, 189, 249, 253 y 306 del C. S. del T., y en los arts. 1, 2, 5, 19, 25, 51, 52, 55, 56, 57, 58 y concordantes del Dcr. No. 2158 de 1948 y en el Dcr. 2351 de 1965.

Correspondió conocer de la demanda al Juzgado Municipal del Trabajo de Ibagué, el que la admitió por auto de 3 de mayo de 1968 y ordenó correr el traslado legal al representante de la entidad demandada, quien otorgó poder para el caso. El apoderado de "Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A.", descorrió el traslado y dio contestación al libelo aceptando únicamente parte de los tres primeros hechos y negando el resto. Se opuso a las pretensiones del actor y alegó las excepciones de petición antes de tiempo, por haberse iniciado el juicio sin agotar primero la vía gubernativa, la de compensación y la de prescripción.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado dictó sentencia el 7 de septiembre de 1968 y en ella dispuso:

"Primero.- Condénase a la sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A', representada por el doctor Jaime Rubio Silva, mayor de edad y vecino de Ibagué, a pagar al señor Aristides Ramírez Rodríguez, también mayor y vecino de esta ciudad, la suma de cinco mil trescientos sesenta y cuatro pesos con noventa y nueve centavos ($ 5.364.99) m/cte. por concepto de cesantía y vacaciones.

"Segundo.- Declárase compensada la anterior cantidad con lo adeudado por el trabajador a la Empresa, quedando a favor de esta, el saldo según lo anotado en la parte motiva.

"Tercero.- No se declara probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

"Cuarto.- Absuélvase a la parte demandada de las demás peticiones formuladas en la demanda por Aristides Ramírez Rodríguez, de las condiciones civiles anotadas.

"Quinto.- Sin costas".

Contra esta providencia apeló la parte demandante para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el cual una vez agotado el trámite del recurso lo resolvió, profiriendo sentencia el 24 de noviembre de 1968.

El fallo de segunda instancia modificó el del *a quo*, "para condenar a la Empresa 'Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A. ' a pagar al señor Aristides Ramírez R., la suma de nueve mil ochocientos ochenta y ocho pesos con ochenta y siete centavos ($ 9.888.87) m/cte., por concepto de cesantía y vacaciones. De esta suma declaró compensada el Tribunal la cantidad de ocho mil ochocientos pesos ($ 8.800.00) que el Trabajador adeudaba a la empresa y ordenó se pagara el resto al demandante, o sea, mil ochenta y ocho pesos con ochenta y siete centavos ($ 1.088.87). En lo demás confirmó la sentencia apelada y no impuso costas (fl. 109).

El apoderado del trabajador interpuso contra la Res. del Tribunal recurso extraordinario de casación que concedido por aquel y admitido por la Sala Laboral de la Corte pasa a decidirse, teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Pretende el impugnador la casación parcial de la sentencia acusada, para que la Sala, convertida en Tribunal de instancia, modifique la de primer grado y condene a la entidad demandada a pagar al actor auxilio de cesantía por todo el tiempo comprendido entre el 1o. de mayo de 1963 y el 8 de noviembre de 1966; declare improcedente la excepción de compensación por no tratarse de obligaciones coexistentes, líquidas y exigibles, e imponga a la demandada la sanción por mora prevista tanto en el art. 65 del C. S. del T. como en el Decr. 797 de 1949, puesto que a la terminación del contrato no fueron pagadas al trabajador las prestaciones que le correspondían ni se consignó ante autoridad competente la cuantía de las que consideraba deber, y, finalmente para que se condene a la empresa demandada en las costas de la instancia.

Expresado así el alcance de la impugnación, el recurrente alega la causal primera de las establecidas en el numeral 1o. del art. 60 del Dcr. No. 528 de 1964, modificado por el 23 de la Ley 16 de 1968, y formula cuatro cargos contra la sentencia, los tres primeros por violación directa de la ley y el último por error de hecho evidente.

Primer cargo.- Está formulado así:

"Interpretación errónea del art. 51 del C. S. del T., en relación con los arts. 53 y 249 ibídem, que condujo al fallador a excluir del cómputo de la cesantía el tiempo comprendido entre el 7 de mayo de 1966, cuando según se dice el trabajador sufrió un accidente, y el 8 de noviembre del mismo año, en que el patrono dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo".

A renglón seguido, el recurrente reproduce la parte de la sentencia acusada en que el Tribunal da la razón para no tener en cuenta este lapso en la liquidación de cesantía; dice que como acertadamente no expresa allí, la enfermedad no está contemplada por el art. 51 del C. S. del T. como causal de suspensión del contrato, pero que en supuesto de que aquella fuese asimilable a la fuerza mayor de que trata el numeral 1o. de tal disposición, para el resto entendimiento de esta debe tenerse en cuenta que "de conformidad con el art. 53 del C. S. del T., *in fine*, los 'períodos de suspensión *pueden* descontarse por el patrono al liquidar vacaciones, *cesantía* y jubilaciones '(subraya).

Agrega que si es el patrono quien puede descontar del cómputo de la cesantía el tiempo de enfermedad, se concluye, *a contrario sensu* (subraya), que cuando expresamente no le ha hecho, resulta forzoso para el sentenciador incluir dicho período en el cómputo de la cesantía.

Concluye el cargo manifestando que debe casarse la sentencia teniendo en cuenta que el fallador no aduce el hecho de que el patrono hubiera descontado el lapso en que el trabajador estuvo incapacitado para prestar servicios.

Se considera

La interpretación errónea de la ley, consiste según lo ha definido la Sala y anteriormente el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en dar a la norma legal, con independencia de toda cuestión de hecho, una significación que pugna con su recto sentido. Esta violación, además, impone para el éxito del recurso, que la inteligencia de la norma sea confrontada con la que el recurrente le asigne, por lo cual es necesario exponer con la mayor nitidez cuál es la interpretación que de ella se hace en la sentencia y cuál la que se entiende que corresponda más a su texto.

En el presente caso, el recurrente toma en forma aislada un aparte de la sentencia del Tribunal y afirma simplemente que la enfermedad no está contemplada como causal de suspensión del contrato de trabajo, pero no concluye el ataque, sino que, acepta como hipótesis que constituye fuerza mayor, y con base en este supuesto dice que el sentenciador le hizo producir un efecto equivocado al art. 53 del C. S. del T., que da al patrono una simple facultad para descontar "los períodos de suspensión" al liquidar el auxilio de cesantía.

Se ve pues que el equivocado concepto que predica el recurrente del art. 51, no es porque a dicha norma se le haya dado por el Tribunal una significación que pugne con su recto sentido, sino porque sus efectos no se regularon por el art. 53 ibídem, en cuanto él prevé que los períodos de suspensión del contrato sólo pueden ser descontados por el patrono al liquidar cesantía.

Así es como explica la Sala que diga el recurrente: "de tal manera que si el patrono quien puede descontar del cómputo de la cesantía el tiempo de su enfermedad, se concluye que cuando expresamente no lo ha descontado, resulta forzoso para el sentenciador incluir dicho período en el cómputo de la cesantía".

Para el impugnador la interpretación errónea que hizo el Tribunal fue pues la del art. 53 en su parte final, pero examinada la sentencia del *ad quem* puede verse que este, para deducir el tiempo no trabajado por el demandante de su auxilio de cesantía, tuvo en cuenta la voluntad de la empresa manifestada en la liquidación de prestaciones (fl. 6), que acompañó el actor con su demanda y por eso concluyó diciendo que "como tiempo de finalización para el cómputo de la cesantía debe tomarse el 7 de mayo de 1966, en que según las partes se accidentó, accidente en el cual sufrió lesiones que lo incapacitaron por más de seis meses" (fls. 106 y 107).

No existe por tanto la interpretación errónea imputada por el recurrente al fallador y por tanto, el cargo no prospera.

Segundo cargo

Se formula en la siguiente forma:

"Violación por vía directa, por aplicación indebida de los arts. 1715 y 1716 del C. C. en relación con el art. 1o. de la Ley 45 de 1930 y consecuente infracción de los arts. 59, numeral 1o. y 149 del C. S. del T.".

En la demostración del cargo el recurrente dice que el Tribunal da por establecido que entre las partes se suscribió el 1o. de mayo de 1965 "un documento de compraventa, con pacto de reserva de dominio" (fl.104). A continuación transcribe varias de las cláusulas que contiene y con base en ellas expone los requisitos exigidos por el art. 1716 del C. C. para que opere la compensación. Transcribe luego una jurisprudencia de la Corte, Sala de Negocios Generales, sobre lo que constituye el pactum reservati domini y concluye manifestando que el sentenciador aplicó indebidamente las normas sobre compensación a una hipótesis no prevista en ellas, incurriendo de este modo en quebranto directo de las mismas y dejando de aplicar, en cambio los arts. 59, numeral 1o., y 149 del C. S. del T.

Se estudia:

La aplicación indebida acusada por el recurrente, así como la consecuente falta de aplicación de las normas citadas del C. S. del T., se hace consistir en la interpretación de las obligaciones que las partes pactaron en el documento que obra a los fls. 30 y 30 vto. del cdno. número 1.

El Tribunal se expresó sobre el particular después de relacionar como fundamento de esta parte de la sentencia, el documento a que se ha hecho mención y de transcribirlo en la parte citada por el impugnador:

"En el contrato de compra del Jeep Toyota, suscrito por Ramírez, se dice que el vehículo será utilizado para cumplir las funciones que desempeñaba, por lo cual la Empresa debía pagarle una suma mensual determinada. Es decir, claramente se ve, que se trata de una deuda laboral, pues el precio del vehículo, los intereses cobrados y la obligación que tenía el empleado de usar el vehículo para cumplir mejor los menesteres del cargo que desempeñaba, están demostrando que la negociación se llevó a efecto porque Ramírez era trabajador de Acuatolima.

"Como lo dice el Juez, la jurisprudencia ha sido constante en admitir que la compensación es posible que la decrete la justicia cuando las deudas han sido contraídas durante el contrato laboral y por motivo de este.

"Al efecto pueden verse las siguientes jurisprudencias:

'... Procede la compensación de deudas entre trabajador y patrono, expirando en vínculo laboral, de acuerdo con las normas pertinentes del C. C., si las contraídas en favor del empleador nacen a la vida legal durante la vigencia del contrato y tienen su origen en este'. (31 de julio de 1965).

'... Una deuda del trabajador que tenga el carácter de laboral y que reuna los requisitos legales de ser de dinero, líquida y actualmente exigible puede compensarse en el juicio laboral, con lo que el patrono deba al asalariado por concepto de cesantía y aumento legal de salario, aunque el demandado no haya propuesto demanda de reconvención'. (Sent. 4 de octubre 1952, D. del T. vol. XVII, núms. 97, 98, pág. 23).

"Ernesto Hernustadt dice que lo que la ley prohibe es que el patrono ante sí haga la compensación, fundado en las disposiciones del C. C., que no son aplicables en su totalidad a los laborales, pero de manera alguna prohiben al funcionario que la decrete según el caso.

"También sobre el particular hay las siguientes jurisprudencias: '... Requisitos para que opere: debe tratarse de un convenio surgido dentro y con oportunidad del contrato de trabajo y versar sobre deudas del trabajador, claramente determinadas y exigibles, originadas en dicho contrato, pues tratándose de otra clase de acreencias no es válida ni tiene competencia para conocer de ella la justicia laboral'. (Cas. 31 mayo 1.95-sic. Gac. del T. t.v. núms. 41 a 52, pág. 470).

"...*Decreto Judicial.* Es lícito y jurídico el fenómeno compensatorio en el derecho laboral con las prestaciones y salarios del trabajador, y el juez puede decretarlo, aun cuando no exista demanda de reconvención, si en los autos obran los elementos propios para viabilidad'. (Cs. 10 de nov. 1950. G. del T. t. v. núms. 41 a 52, pág. 93).

"Como el Juez solamente reconoció la suma de ocho mil ochocientos pesos ($ 8.800.00) m/cte. como deuda compensable y el único apelante fue el actor, solamente esta suma debe compensarse".

Se está pues en presencia de una cuestión de hecho, porque el Tribunal entiende que las deudas entre las partes reunían los requisitos para ser compensadas, y el recurrente no acepta tal cosa.

Entonces la violación directa de la ley, en su

modalidad de aplicación indebida, no es viable y por tanto, el cargo se desestima.

Tercer cargo. Fue formulado así:

"Violación del art. 65 del C. S. del T., en relación con los arts. 249 del C. S. del T., y 14 del Dcr. No. 2351 de 1965, por falta de aplicación de aquel, a consecuencia de error evidente de hecho".

El recurrente hace consistir el error en no haber dado por establecido estándolo, que la sociedad demandada, a pesar de haber reconocido que al trabajador podía corresponderle un saldo del valor de sus prestaciones, aún efectuada la compensación, se abstuvo de pagárselo directamente o por consignación ante autoridad competente y dice que se produjo por no haber apreciado el Tribunal el hecho 7o. de la demanda y la contestación respectiva, que constituyen documentos auténticos.

Se considera:

La Sala ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre lo que constituye documento auténtico, cuya no apreciación conduzca a error de hecho de conformidad con lo dispuesto por el art. 23 de la Ley 16 de 1968.

Ha dicho la Corte:

"El art. 23 de la Ley 16 de 1968, que modificó el inc. segundo del numeral 1o. del art. 60 del Dcr. 528 de 1964, restringió el error de hecho en la casación laboral a solo la falta de apreciación de 'documentos auténticos'. Y el recurrente pretende, según el planteamiento del cargo, que el escrito de demanda tiene la calidad de documento auténtico y que el sentenciador incurrió en evidente error de hecho al dejar de apreciarlo por tal concepto.

"La noción del recurrente acerca de la naturaleza ontológica del escrito de demanda es manifiestamente injurídica. El libelo, que es la petición con que se inicia el juicio y donde el actor expone sus pretensiones, encabeza la serie de actuaciones judiciales escritas llamadas proceso, expediente, autos, o de cualquier otra manera que exprese la misma idea (art. 197 C. J.). Tal escrito constituye, sin duda, pieza esencial de todo proceso judicial; no representa en sí mismo medio probatorio alguno, salvo que albergue en su contenido la confesión del actor sobre hechos que le perjudiquen y favorezcan a su contrario; y sin tener el carácter que le atribuye el recurrente, por advertencia expresa de las reglas procedimentales, puede el demandante acompañar con él, lo mismo que el demandado en su contestación, todos los documentos que consideren útiles a sus propósitos, los cuales gozan del privilegio de ser apreciados en la sentencia sin otros requisitos.

"El proceso, que comienza con la demanda, resulta así ser el vínculo en que se vierten los medios probatorios, cuya aducción, para no hablar aquí de su valoración, es materia de normas separadas que regulan todas las ritualidades concernientes a su ofrecimiento, admisión, recepción y práctica. Entre tales medios probatorios se encuentra el 'documento auténtico', concepto genérico de prueba literal que abraza tanto los instrumentos públicos como los privados, que son objeto de regulación independiente, y de cuya naturaleza jurídica se ocupó recientemente esta Sala en fallo proferido en caso en que se perseguían los mismos fines del presente recurso, o sea investigar el error de hecho a través de la falta de apreciación de actuaciones procesales calificadas como 'documento auténtico'.

"Ni el escrito de demanda tiene esta calidad, como no la tienen tampoco las demás actuaciones, diligencias o piezas procesales contentivas de medios probatorios tales como posiciones, testimonios, inspecciones oculares y peritazgos. El error de hecho en casación laboral, circunscrito exclusivamente a la falta de apreciación de documento auténtico, no puede investigarse, por tanto, a través de los medios probatorios indicados, mediante el recurso de considerar como documentos auténticos las piezas o diligencias procesales que los consignan. Sin que la Corte pretenda ahora examinar la bondad de la restricción consagrada en el art. 23 de la Ley 16 de 1968, le basta observar que de prosperar la tesis del recurrente esbozada en el cargo que se estudia, la reforma carecería de sentido y a la postre habría resultado inoperante".

De conformidad con la noción de documento auténtico, las piezas citadas por el recurrente no tienen esta naturaleza y por lo tanto el cargo se rechaza.

Cuarto cargo.- Fue formulado en la siguiente forma:

"Infracción directa de los arts. 65, 59 y 149 del C. S. del T., por falta de aplicación, en relación con los arts. 249 del C. S. del T. y 14 del Decr. 2351 de 1965".

Dice el recurrente en la demostración del cargo que el Tribunal luego de condenar a la sociedad al pago de la suma de $ 9.888.87 por concepto de cesantía y vacaciones, declaró compensada la cantidad de $ 8.800.00, que el trabajador adeuda a la empresa, debiendo pagar el resto, o sea la suma de $ 1.088.87 y que en consecuencia reconociendo la deuda resultaba forzoso que se condenara al patrono, como se solicitó en el libelo inicial, a pagar al actor la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del C. S. del T. para los trabajadores particulares y en el art. 52 del Decr. No. 2127 de 1947, modificado por el Decr. No. 797 de 1949, para los trabajadores oficiales.

Finaliza manifestando que al abstenerse el *ad quem* de proferir en contra de la entidad demandada condena por concepto de indemnización moratoria violó por vía indirecta (sic), por falta de aplicación de los mismos, los preceptos legales citados.

Se estudia:

En la sentencia materia de la acusación, el Tribunal Superior de Ibagué, estudió cada una de las peticiones de la demanda con que se inició el juicio, con excepción de la súplica en que se solicitaba la condena a indemnización moratoria de la empresa demandada.

Consideró el Tribunal, y esto no se discute, que una vez operada la compensación entre lo que demostró la empresa le adeudaba su extrabajador y las prestaciones sociales de este, quedaba a favor del demandante la suma de $ 1.088.87 m cte. por concepto de cesantía y vacaciones.

Esta suma no aparece que le haya sido cancelada ni que su importe le hubiera sido consignado conforme lo dispone el art. 65 del C. S. del T.

No obstante lo anterior, el Tribunal no aplica la norma citada, ni dio ninguna razón para dejar de aplicarla. Simplemente la ignoró e incurrió por tanto en infracción directa de la misma, como lo afirma el recurrente en su enunciado principal, por lo cual se impone la casación de la sentencia en este punto.

CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

1. No existe discusión respecto al vínculo que ligó al demandante con la empresa "Acueductos y Alcantarillados del Tolima S.A.", y que fue de naturaleza laboral, ni tampoco con los extremos de la misma, fecha de iniciación el 1o. de mayo de 1963, terminación del contrato, 8 de noviembre de 1966 y salario promedio en el último año, $ 2.191.42;

2. El demandante presentó con la demanda, la liquidación de sus prestaciones sociales, de fecha 1o. de abril de 1967 (fl. 6), elaborada por la empresa, manifestando que no la aceptaba por no coincidir con la realidad;

3. En el hecho 7o. del libelo, dice el actor que a la terminación del contrato la sociedad no le pagó los salarios y prestaciones debidos (fl. 10);

4. La demandada niega el hecho pero no para afirmar que tales prestaciones y salarios le hubieran sido cancelados, sino para sostener que *"el trabajador no ha querido acercarse a la Empresa a recibir lo que le puede quedar de sus prestaciones* (subraya la Sala fl. 19);

5. No se demostró en el curso de la primera instancia, la cuantía de las deudas que alegó la sociedad tenía para con ello el actor y sólo se probó una por $ 8.800.00;

6. El Juez *a quo* para absolver a la sociedad demandada del pago de indemnización moratoria, no fundamentó su decisión en la buena fe de la misma, para no cancelar ni consignar el saldo de prestaciones sociales que quedó adeudando al actor, sino que la basó en el hecho de haberse operado parcialmente el fenómeno de la compensación;

7. La razón expuesta por el *a quo* en este particular, no es suficiente para dejar de aplicar el art. 65 del C. S. del T., máxime cuando la misma sociedad demandada confiesa en la contestación de la demanda que no ha pagado dicho saldo porque "el trabajador no ha querido acercarse a la Empresa a recibir lo que le puede quedar de sus prestaciones" (fl. 19);

8. Dentro del régimen que gobernó la litis, el art. 65 del C. S. T. dispone que si a la terminación del contrato no se pagan al trabajador, ya directamente o mediante el sistema de la consignación, allí mismo reglamentada, los salarios y prestaciones debidos o los que considere deber, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, el patrono debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario por cada día de retardo;

9. En el caso de autos, "Acueductos y Alcanta-

rillados del Tolima S. A.", no pagó al señor Aristides Ramírez Rodríguez a la terminación del contrato lo que le adeudaba por cesantía y vacaciones, ni verificó la consignación de lo que confesaba deber, al tenor de la respuesta que su apoderado judicial dio al hecho 7o. del libelo, sin razones atendibles para ello, luego incurrió en la sanción moratoria indicada;

10. Deberá en consecuencia modificarse el numeral 4o. de la sentencia de primera instancia de fecha 7 de septiembre de 1968 en el sentido de condenar a la Sociedad Anónima demandada a pagar a su extrabajador Aristides Ramírez Rodríguez, la suma de setenta y tres pesos con cuatro centavos ($ 73.04) m/cte. diarios, desde el 8 de noviembre de 1966 hasta cuando "Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A." ("Acuatolima"), le cancele la suma de $ 1.088.87, saldo a favor de aquel por cesantía y vacaciones;

11. Igualmente deberá condenarse a la demandada al pago de las costas de la primera instancia en un sesenta por ciento (60%), y por tanto, revocarse el numeral 5o. de la misma providencia.

Por lo hasta aquí 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 en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, de fecha 24 de octubre de 1968, en cuanto confirmó la absolución de la de primer grado por indemnización moratoria, y obrando como Tribunal de instancia, revoca esa absolución y en su lugar condena a la Sociedad *"Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A." (Acuatolima)* a pagar al señor *Aristides Ramírez Rodríguez*, por dicho concepto, la suma de *setenta y tres pesos con cuatro centavos* ($ 73.04) m/cte. diarios, a partir del ocho (8) de noviembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) y hasta cuando le pague a este el saldo a su favor por cesantía y vacaciones. Igualmente revoca el numeral quinto (5o.) del mismo fallo y en su lugar, condena a la misma entidad en las costas de la primera instancia en un sesenta por ciento (60%). NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, copiése, 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.

PRIMA POR FIRMA DEL CONTRATO

No existe duda alguna de que la prima por la firma del contrato o por "fichaje" es salario, es una retribución anticipada por el servicio que va a prestarse .

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre siete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Aprobación: Acta No. 85).

Roberto José Castro, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado al Club Deportivo Los Millonarios, con domicilio en esta ciudad, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condene a pagarle auxilio de cesantía, primas de servicios, reajuste de vacaciones, salarios de doce días, el valor de un trimestre por concepto de la prima por firma del contrato pactada en dólares, indemnización por ruptura unilateral e injusta del contrato de trabajo, indemnización por la falta de pago de las prestaciones sociales y salarios y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, Roberto José Castro prestó sus servicios al Club Deportivo Los Millonarios S. A. como jugador, en cumplimiento de dos contratos de trabajo, firmados el uno el 22 de mayo de 1959, con vencimiento al 22 de mayo de 1960, y el otro el 22 de mayo de 1960, este último terminado unilateralmente por el Club demandado el 11 de enero de 1961, alegando una causal que no era cierta; en el primer contrato devengó $ 1.000.oo mensuales, $ 50.00 por partido ganado, $ 25.00 por partido empatado y U. S. $ 2.500.00 por la firma del contrato, pagaderos por trimestres vencidos; en el segundo contrato debía trabajar 19 meses, comprendidos entre el 22 de mayo de 1960 y el 21 de diciembre de 1961, y el salario pactado fue de $ 1.000.00 mensuales, $ 100.00 por partido ganado, $ 50.00 por partido empatado y U.S. $ 3.160.00 anuales por la firma del contrato, pagaderos por trimestres vencidos; la última prima en dólares la recibió el 21 de noviembre de 1960, por lo cual el Club le debe la correspondiente al período entre el 22 de noviembre de 1960 y el 21 de febrero de 1961; también se le adeudan 12 días de salarios; durante el año de 1960 recibió $ 27.966.50 por concepto de salarios, y tuvo un sueldo mensual en promedio de $ 2.330.54, sin embargo de lo cual se le liquidaron las prestaciones sociales con base en un sueldo de $ 1.000.00, habiéndose negado el demandante por ese motivo a recibir dicha liquidación.

Como fundamentos de derecho invocó los arts. 21, 43, 45, 46, 65, 127, 249, 306, 186 y concordantes del C. S. del T.

Al contestar la demanda, el apoderado del Club Deportivo Los Millonarios S. A. aceptó unos hechos y negó otros. Manifestó que el Juzgador estaba obligado a someter sus diferencias laborales a la División Mayor del fútbol Colombiano; que el despido fue justificado y que la prima por la firma del contrato no constituye salario. Con fundamento en estos hechos se opuso a las peticiones de la demanda.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Laboral de Bogotá, dirimió la controversia mediante sentencia por la cual condenó al Club Deportivo Los Millonarios S. A., a pagar a Roberto José Castro tres mil ochocientos diecinueve pesos con 49/100 ($ 3.819.49) por cesantía; tres mil quinientos dos pesos con 28/100. ($ 3.502.28) por prima de servicios; trescientos sesenta y seis pesos con 63/100 ($ 366.63) por concepto de sueldos; tres mil doscientos cincuenta pesos con 30/100 ($3.250.30) por sueldos dejados de pagar; veintisiete mil treinta y cuatro pesos con 18/100 ($ 27.034.18) como indemnización por ruptura del contrato; diez y ocho mil veintidós pesos con 74/100 ($ 18.022.74) como indemnización moratoria y seiscientos sesenta y cinco pesos con 27/100 por reajuste de vacaciones. Dispuso que la entidad demandada podría deducir de las condenas la suma de seis mil ochocientos sesenta y

ocho pesos con 30/100 ($ 6.868.30) que fue consignada a favor del demandante en el Juzgado 7o. Laboral. Absolvió de las demás peticiones de la demanda e hizo de cargo del demandado las costas del juicio.

Apeló el apoderado del Club Deportivo Los Millonarios S. A. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, al decidir el recurso revocó las condenas por lucro cesante e indemnización moratoria y en su lugar absolvió al demandado de estas peticiones. Modificó la condena en costas, señalándola en un 60% a cargo del demandado. Confirmó las demás ordenaciones del fallo apelado y no hizo condena por las costas de la segunda instancia. Salvó el voto el Magistrado Rafael Suárez Poveda.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación. El doble recurso se decidirá previo el estudio de las demandas y las respectivas réplicas de los opositores, resolviéndose en primer lugar el del patrono demandado por razones de lógica.

Recurso del patrono demandado

Pretende la casación parcial de la sentencia de segundo grado, para que en su lugar convertida la Sala en fallador de instancia, se modifique la de primer grado en cuanto ordena computar como salario, para fines de los derechos y prestaciones del demandante, la prima pagada *por firma del contrato.* Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Cargo Primero

Acusa la sentencia recurrida por haber violado directamente los arts. 127 y 128 del C. S. del T., el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación, y por haber infringido consecuencialmente los arts. 186, 189 inc. 2o. 249, 253 y 306 del mismo Código, a causa de aplicación indebida.

Para el recurrente en el proceso están debidamente acreditados y no han sido objeto de discusión, los siguientes hechos: a) Que entre demandante y demandado se celebraron dos contratos escritos de trabajo, el último de los cuales regía hasta el 30 de diciembre de 1961, y fue terminado por el patrono mediante despido que le fue comunicado al trabajador el 2 de enero de 1961; b) que en el segundo de dichos convenios se estipuló que el jugador recibiría por la firma del contrato una prima de tres mil ciento sesenta dólares que se le cubriría en cuotas trimestrales vencidas, y c) que la prima por la firma del contrato no se incluyó en el cómputo de las prestaciones sociales, por no estimarse como salario.

Se refiere el acusador a los arts. 127 y 128 del C. S. del T. y dice que según el primero de los citados, es salario todo lo que reciba el trabajador como retribución de sus servicios, tales como las bonificaciones habituales, y que de acuerdo con el segundo no constituyen salario las gratificaciones ocasionales. Agrega que siendo el salario desde el punto de vista laboral la contraprestación debida por el empleador al empleado a causa del trabajo realizado por este, no puede considerarse como tal la suma que se paga a un jugador de fútbol por la firma del contrato, porque ella constituye un gaje, una adehala que no implica remuneración de esfuerzo alguno, que no tiene el carácter de contraprestación de servicios y que carece de los supuestos materiales y jurídicos que configuran el salario conforme al art. 127 del C. S. del T. Dice que si se trata de una suma que el trabajador recibía, no por cumplir su obligación de jugar, ni por prestar efectiva y materialmente sus servicios, sino por el sólo hecho de celebrar o suscribir el contrato, por acceder a ser miembro del equipo de fútbol del Club demandado, es claro que esa cantidad no puede ser considerada como salario, porque ello repugna a la esencia misma de la remuneración, que guarda consonancia o correspondencia con la labor que se cumple en desarrollo del respectivo contrato.

No es posible argüir en contra, continúa el acusador, la consideración de que la suma convenida por la sola firma del contrato se pagara trimestralmente, porque lo cierto es que se concedía sólo con ocasión de aquel acto, y daba lo mismo que el crédito a favor del trabajador se amortizara por semestres o trimestres; en todo caso, como no se acordó por cuotas mensuales, se desvirtúa la hipótesis de que constituye salario, pues conforme con el art. 134 del C. S. del T., el período de pago para los jornales no puede ser mayor de un mes. Dice que el sentenciador aplicó indebidamente el art. 127 del C. S. del T., al decidir que la prima por la firma del contrato se tuviera en cuenta como salario y para la liquidación de prestaciones sociales, así como también violó directamente el art. 128 ibídem, por falta de aplicación, pues lo que ocasionalmente reci-

be el trabajador no constituye salario. Concluye el impugnador señalando la incidencia de la violación de los artículos citados, en la de las normas sustanciales señaladas en la enunciación del cargo.

Se considera:

El Tribunal estimó que el móvil determinante del pago de la prima por firma del contrato fue, por parte de la demandada, la adquisición de los servicios del demandante, por lo cual constituía salario, al tenor de lo dispuesto en el art. 127 del C. S. del T. Y que no era posible pensar que esta prima no era un elemento integrante del salario según el art. 128 ibídem, pues no era ocasional, por cuanto las partes sabían por estipulación contractual que la firma del contrato determinaba para el trabajador el derecho a recibir una prima especial, en cuotas proporcionales al vencimiento de cada trimestre, y que no obedecía a mera liberalidad del patrono, pues tenía como móvil la adquisición de los servicios de un jugador.

Ahora bien: si como lo pretende el recurrente, la prima por la firma del contrato no era habitual, sino ocasional y graciosa, es una cuestión de hecho, pues sólo a través del estudio de la cláusula del contrato en que ella se pactó, puede llegarse a la misma o contraria conclusión de la que llegó el sentenciador. Y si hay de por medio una cuestión fáctica, no puede invocarse la violación directa de la ley, que es ajena a ella, por cuanto en su estudio debe prescindirse de todo análisis probatorio, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia. En consecuencia, no prospera la acusación.

Segundo Cargo

Acusa la sentencia recurrida por haber incurrido en la violación indirecta de los arts. 127 y 128 del C. S. del T., el primero por aplicación indebida y el segundo por falta de aplicación, infracción que incidió también en la de los arts. 186, 189 inc. 2o., 248, 253 y 306 del mismo Código, a causa de la aplicación indebida, todo por consecuencia de errores de hecho, manifiestos en los autos y originados en equivocada apreciación probatoria.

El error de hecho lo hace consistir en dar por demostrado, contra la evidencia procesal, que la estipulación sobre prima por firma del contrato, consignada en el convenio celebrado entre las partes el 22 de mayo de 1960, implicaba una remuneración salarial o remuneración en dinero por los servicios que se obligó a prestar el señor Roberto José Castro. Como prueba indebidamente apreciada señala la cláusula adicional del contrato escrito de trabajo celebrado el 22 de mayo de 1960, contrato visible a fl. 27 a 28 vuelto del primer cuaderno del juicio.

Transcribe el recurrente la mencionada cláusula y dice que el ad quem creyó ver en esa estipulación la demostración de que aquello implicaba un salario, sin tener en cuenta que sólo era una prima con la ocasión de la firma del contrato y por esa sola circunstancia, y que esa cantidad ocasional no era para remuneración de servicios, sino simplemente para que el trabajador accediera a hacer parte del equipo deportivo de Los Millonarios. La verdadera remuneración de los servicios que como jugador debía prestar el demandante al Club fue establecida, según el impugnador, en la cláusula segunda del contrato, en donde se dice expresamente que "como contraprestación por los servicios a que se obliga el jugador", el Club se obliga a pagarle la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) mensuales, más $ 100.00 por cada partido de fútbol ganado por "Millonarios", y $ 50.00 por cada partido empatado por dicho equipo.

"No obstante ser esto tan nítido y concluyente, —continúa el acusador— el sentenciador incurrió en el notorio y protuberante error de hecho de considerar que el contenido de la Cláusula Adicional anteriormente transcrita, sobre todo por la estipulación del pago trimestral, configuraba un salario adicional al que se había pactado en la cláusula segunda del mismo contrato, error que lo condujo a quebrantar indirectamente las normas laborales sustantivas que anteriomente he señalado. No tuvo en cuenta el *ad quem* que el salario es la contraprestación del trabajo desarrollado por el trabajador en beneficio del empleador y que una remuneración que no implica retribución de servicios como la señalada en aquella cláusula adicional carece de la condición ineludible para que jurídicamente pueda considerarse como factor integrante del salario. De nada vale que esa prima *por firma del contrato* a término fijo fuera pagadera trimestralmente porque la verdad es que se concedía sólo con ocasión de aquel acto, y, por consiguiente, daba lo mismo que el crédito así estipulado a favor del trabajador fuera amortizable por

semestres o por trimestres. En todo caso, conviene relievar que esa *amortización* no se acordó por cuotas mensuales, lo que por sí solo destruye la hipótesis salarial, puesto que conforme al art. 134 del C. S. del T. el período de pago para los jornales no puede ser mayor de una semana *y para sueldos no puede ser mayor de un mes.* Así se violó, pues, por el Tribunal en el fallo recurrido, indirectamente y a causa de aplicación indebida, el art. 127 del C. S. del T. que define lo que debe entenderse por salario, al tomarse por tal una prima o pago ocasional que no tenía aquella significación. Y, de contera, se violó también en forma indirecta y a causa de falta de aplicación, por no haber sido tenido en cuenta, el art. 128 de la misma obra, que indica no en forma taxativa sino a manera de ejemplo, qué pagos ocasionales no tienen el carácter de salario".

Por último, el recurrente se refiere a la violación de las normas sustanciales enunciadas en el cargo, como consecuencia de la violación de los arts. 127 y 128.

Se considera

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, luego de referirse al contenido de los arts. 127 y 128 del C. S. del T., dijo textualmente respecto a la prima por la firma del contrato pactado por las partes: "Dos contratos firmaron las partes en el decurso de la relación laboral. El que puede verse a fl. 27 que se inició el 22 de mayo de 1959, por un lapso de 12 meses y el que puede verse a fl. 28, pues se inició el 22 de mayo de 1960, por un lapso de 19 meses. En uno y otro se estipuló el pago de una prima en dólares, por la firma del contrato, pagadera por cuotas trimestrales vencidas. En la primera ocasión el monto de la prima fue de US$ 2.500.00; en la segunda, US $ 2.000.00. En una y otra vez la prima se estipuló al comprometerse el demandante a prestar sus servicios a la demandada. Lo anterior quiere decir que el móvil determinante del pago de la prima por parte de la demandada fue la adquisición de los servicios del demandante. Es decir, que de conformidad con el art. 127 del C. S. del T., anteriomente citado, el valor de la prima por la firma del contrato debe imputarse el monto del salario. Pero es más: podría pensarse que esta prima, por acordarse solo cuando se firma el contrato, no es un elemento integrante del salario al tenor del art. 128 ibídem. Sinembargo, para que los pagos que el patrono hace a su trabajador no constituyan salario, se requieren dos circunstancias: a) La ocasionalidad y b) la liberalidad. Lo ocasional es lo antitético de lo habitual. En este caso, el pago de la prima no era ocasional, pues que de los documentos donde se consignó la relación contractual laboral se desprende el hecho claro de que las partes sabían, por estipulación contractual, que la firma del contrato determinaba para una de ellas el derecho a recibir una prima especial, en cuotas proporcionales al vencimiento de cada trimestre. Tanto en desarrollo del contrato que se celebró el 22 de mayo de 1959, como durante la ejecución del celebrado el 22 de mayo de 1960, era un hecho sabido y habitual para las partes el pago de las cuotas trimestrales de la prima por la firma del contrato. Tampoco puede hablarse de liberalidad. Por tal se entiende lo que es producto de la generosidad, el desinterés o el altruismo. Por tal se define también "donación o dadiva de bienes propios hecha a favor de una persona o entidad, sin pretender compensación ni recompensa alguna" (Guillermo Cabanellas, Dic. de Derecho Usual T. II pág. 550). La prima por la firma del contrato, que tenía como móvil la adquisición de los servicios de un jugador, no puede considerarse como producto de la liberalidad de la parte demandada. Es entonces, salario, al tenor de los mencionados arts. 127 y 128 del C. S. del T.

La cláusula adicional del último contrato, a que se refiere el Tribunal y que fue erróneamente apreciada según el recurrente, dice así: "En este estado las partes dejan constancia de que el *jugador* recibirá por la firma del presente contrato, como *prima, tres mil ciento sesenta dólares* (US$ 3.160.00)), con base en dólares dos mil (US$ 2.000.00) por 12 meses. Esta prima se le amortizará en cuotas trimestrales vencidas".

Sostiene el impugnador que la prima pactada en la cláusula transcrita no era para remunerar servicios, sino para que el trabajador accediera a hacer parte del equipo deportivo, de "Los Millonarios". Para el ad quem el móvil determinante fue la adquisición de los servicios del demandante.

Ahora bien: la prima que se paga a algunos jugadores profesionales puede tener como causa: el prestigio del jugador, y de allí que su cuantía difiera según la calidad o fama del deportista; el derecho que adquiere el Club que lo contrata para inscribirlo en la Liga o Asociación Deportiva; las obligaciones que asume el jugador, ya no como trabajador, sino como deportista que debe cumplir con las nor-

mas de la Asociación Nacional y aún de las Internacionales, especialmente en cuanto al régimen disciplinario; la exclusividad de los servicios del trabajador deportista; la cláusula de no concurrencia, la adquisición de los servicios del trabajador, como lo dice el sentenciador, o para que este acceda a formar parte del equipo deportivo, como lo afirma el impugnador, lo que en el fondo es lo mismo, pues para adquirir los servicios del trabajador es necesario que este acceda, que preste su consentimiento para jugar, la que va a ser su principal obligación.

Ante los términos como está redactada la cláusula adicional, no la apreció erróneamente el ad quem al estimar que la causa de la prima fue la de adquirir los servicios del demandante, ni tampoco erró al concluir que era una remuneración por los servicios que se prestaren, pues si por el hecho de firmar el contrato el jugador tenía derecho a una suma de dinero determinada, era lógico que ella fuera una retribución, una compensación por los servicios, por cuanto la obligación esencial del contrato de trabajo es para el trabajador la prestación de servicios personales. Si para acceder a jugar, como afirma el recurrente, se pactó la prima, ella tenía como finalidad la de compensar en dinero esa obligación, es decir, era una contraprestación por jugar, una retribución por el servicio personal que iba a prestarse.

A lo anterior no se opone que en otra cláusula del contrato se hubiese pactado un sueldo mensual y unos premios por partidos ganados o empatados por el equipo de fútbol del Club contratante. Esa era la remuneración fija u ordinaria; lo pactado en la cláusula adicional era una prima, que de acuerdo con el art. 127 del C. S. del T., constituye salario si implica retribución de servicios.

Para el sentenciador la prima por la firma del contrato, además, no era ocasional ni obedecía a mera liberalidad del patrono. Llegó a la primera conclusión, porque de acuerdo con lo pactado, las partes sabían que la firma del contrato determinaba el derecho para el trabajador de recibir una prima especial, en cuotas trimestrales proporcionales. Erró el Tribunal al hacer esta deducción, pues como lo anota el impugnador, la circunstancia de que la prima por la firma del contrato pactada entre las partes se pagase en cuotas trimestrales, no le quita el carácter de ocasional, porque el derecho a ella surge por una sola vez: cuando el jugador se vincula al patrono mediante la firma del respectivo contrato de trabajo. En relación a la liberalidad el Tribunal estimó que ella no existió, por cuanto la prima tenía como motivo principal la adquisición de servicios. No erró el sentenciador al considerar como no gratuita la suma que se daba por este concepto, pues si hay una correspondencia entre lo que se da y lo que se recibe, no es posible hablar de liberalidad.

Alega el recurrente que por el hecho de no haberse acordado que la amortización fuese mensual se destruye la hipótesis salarial, pues según el art. 134 del C. S. del T. el período de pago para los sueldos no puede ser mayor a un mes. En relación con este argumento cabe observar que una cosa es la remuneración fija u ordinaria, a la cual se refiere el art. 134 del C. S. del T., y otras las primas o bonificaciones que constituyen salario, cuya periodicidad en el pago puede no coincidir con la de la remuneración ordinaria, y por lo general no coinciden, pues la forma o denominación que se adopten no inciden en su calidad de salario. El art. 127 del C. S. del T. hace la debida separación entre las dos clases de remuneración a que se ha hecho referencia.

De manera que no incurrió en error de hecho notorio el ad quem al estimar que la prima pactada en la cláusula adicional era salario, pues aún siendo ocasional, no se causa por mera liberalidad del patrono, como ya se dijo, y es necesario que concurran ambas circunstancias, ocasionalidad y liberalidad, para que la suma recibida por el trabajador no constituya salario al tenor del art. 128 del C. S. del T., y en el caso que se estudia sólo se presenta la primera, aparte de que lo recibido enriquecería el patrimonio del trabajador. Y si a esto se agrega que no se produjeron pruebas sobre los antecedentes de la prima pactada, ni sobre los móviles de las partes al pactarla, bien podía llegar a la conclusión de que constituía salario, con la sola apreciación de la cláusula acordada entre el Club Los Millonarios y el jugador demandante.

Afirma el recurrente que la suma que se paga a un jugador de fútbol por la firma del contrato no se ha tomado en ninguna parte del mundo deportivo como salario. No es exacta esta apreciación. Quienes han estudiado la relación que surge entre el deportista profesional y el respectivo Club, han considerado dicha prima como salario o simple gratificación, según la calificación jurídica que le den al

vínculo contractual. Los que estiman que es un contrato autónomo, no laboral, le niegan a dicha prima el carácter de salario; mas para aquellos que tipifican la relación aludida como un contrato de trabajo con modalidades especiales, no existe duda alguna de que la prima por la firma del contrato o por "fichaje" es salario, es una retribución anticipada por el servicio que va a prestarse.

Siendo un hecho incontrovertido en este juicio que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo, y encajando, además, la relación entre el jugador profesional y el Club al cual presta sus servicios como deportista en la definición que el C. S. del T. da del contrato de trabajo, la prima a que se ha venido haciendo referencia es salario a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Corporación, que en sentencia de 28 de julio de 1967, juicio de Hernando González Castillo contra el Club Deportivo Millonarios, también demandado en este juicio, dijo que la prima dada al trabajador por el hecho de ponerse a disposición del Club contratante, lo que en el fondo es lo mismo para adquirir sus servicios o para que acceda a formar parte del elenco deportivo, constituía salario.

Se expresó así la Corporación: "Las normas de los arts. 127 y 128 del C. S. L. no pueden ser más descriptivas de lo que la ley entiende por 'esencia del salario'. Su concepto comprende cualquier remuneración periódica en la cual puede verse una contraprestación del trabajo o el esfuerzo humano, pero no solamente por el servicio ya prestado, sino también por ponerse y mantenerse el trabajador a la disposición del patrono y someterse a los planes y reglamentos de trabajo. Así se explica que el art. 140 del mencionado código disponga que "durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a recibir el salario, aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del patrono'. La subordinación y el allanamiento a la voluntad patronal en lo que atañe a la tarea convenida, inseparables del contrato laboral en cuanto este sólo regula fenómenos jurídicos que nacen del trabajo 'dependiente', constituyen ya una prestación por fuera del servicio mismo, que no podría quedar sin retribución. En este orden de ideas, es obvio que las primas pagadas 'por buen desempeño, por partidos ganados o empatados, conquistas de campeonato o circunstancias similares', constituyen a tenor del contrato mismo la contraprestación de su esfuerzo o "buen desempeño", en manera alguna una simple liberalidad aunque otra cosa se diga en el texto con el fin de defraudar el propósito de la ley; y las reconocidas en virtud de compromiso expreso 'con el fin de que el juzgador comience a prestar sus servicios', no tiene otro carácter que el de remuneración pactada separadamente del salario mensual, que se paga por el sólo hecho de quedar el trabajador a órdenes del patrono y sujeto a sus reglamentos. Aun si se pudiera considerar esta prima como ocasional, en cuanto se paga por una sola vez, para que 'el jugador comience a prestar sus servicios', constituiría sin embargo salario, pues que el art. 128 sólo niega ese carácter a las sumas que ocasionalmente recibe el trabajador cuando se le dan 'por mera liberalidad'; y tal prima inicial no viene a ser otra cosa que salario anticipado que se le acuerda al trabajador con el fin de que quede a disposición del patrono".

No estando demostrado el error de hecho que se le atribuye a la sentencia acusada, no prospera el cargo.

Recurso del trabajador demandante

Pretende la casación del fallo recurrido en su ord. 2o. de la parte resolutiva, por medio del cual el Tribunal revocó a su vez los ords. e) y f) del punto 1o. del fallo de primera instancia, confirmando este en la condena a que se refieren dichos ordinales. Igualmente que se modifique el ord. 4o. del fallo recurrido en casación, en el sentido de condenar en costas a la parte demandada en el 100% y se revoque el numeral 5o. del mismo fallo, para que en su lugar se condene a las costas de la segunda instancia a la parte demandada.

Con base en la causal primera del art. 87 del C. P. del T. formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia recurrida por ser violatoria directa de los arts. 47, modificado por el art. 1o. del Decr. 616 (sic); 62, ord. 8o.; 63, literal A, ord. 1o. y 2o.; 64 del C. S. del T., por indebida aplicación de dichos preceptos, por cuanto que para la terminación del contrato en forma unilateral cumpla los requisitos legales, debe darse un preaviso o pagarse, en su lugar, los salarios equivalentes. Para el recurrente la parte no cumplió tales requisitos, pues en la

nota que obra a los fls. 29 a 30 le manifiesta al demandante que se acerque a las oficinas a retirar el valor del preaviso, junto con las demás prestaciones sociales, no obstante lo cual la consignación de su valor tan sólo se efectuó el cinco de septiembre de 1961 (fls. 20 a 22). Esto significa que no hubo previo aviso, ya que el pago de este fue posterior a la terminación del contrato, pues la nota de despido, aún cuando lleva fecha 2 de enero, se entregó el 11 del mismo mes, de 1961, como puede verse a fl. 12.

Dice el recurrente que el Tribunal violó las normas invocadas, por cuanto se limitó únicamente a la demostración de la causal de ineptitud o incapacidad del trabajador y omitió los demás requisitos legales, o sea que el aviso de la terminación laboral es previo, antes de la terminación del contrato, y que el pago del preaviso se efectúe al momento de terminarse el contrato de trabajo. Agrega que en el caso de autos no se cumplieron tales requisitos legales, pues la carta de despido del jugador Castro lleva fecha 2 de enero y se ordenó entregar el 10 del mismo mes y año, luego el aviso no fue previo. Y en cuanto al pago del mismo preaviso, tan solo se hizo el 9 de septiembre de 1961 (fls. 20 a 22). Queda así demostrado, a juicio del impugnador, la violación de las normas invocadas por indebida aplicación de ellas, y en consecuencia debe condenarse a la parte demandada al lucro cesante, como lo hizo el juzgador de primera instancia.

Se considera

El Tribunal, al estudiar lo referente al lucro cesante, se expresó en los siguientes términos: "La parte demandada, al dar por terminado el contrato de trabajo, invocó como causales la deficiencia técnica del trabajador, la ineptitud plenamente comprobada y la inejecución sistemática, sin razones válidas de sus obligaciones contractuales y legales. Además en la carta de despido (fls. 29 y 30) la demandada le dice expresamente: "Rogamos a Ud., por lo antes expuesto, que se sirva acercarse a las oficinas del Club, con el objeto de proceder al pago de su preaviso legal, junto con las demás prestaciones a que tiene derecho'. Como el demandante en nota dirigida al Presidente del Club Millonarios fechada el 13 de enero de 1961, manifiesta que no puede aceptar la terminación unilateral de su contrato de trabajo y que en atención a lo dispuesto en la cláusula 10a. del mismo, por medio de la cual se pactó la cláusula compromisoria ha procedido a dirigirse a la División Mayor del Fútbol Colombiano para que esta resuelva el diferendo planteado. Por esta razón, la demandada se dirigió al señor Gerente de la última entidad nombrada, expresando los puntos de vista que creía tener sobre las diferencias surgidas con el demandante, a raíz de la terminación de su contrato de trabajo y adjuntándole el cheque No. 90375 a cargo del Banco Comercial Antioqueño y a favor de Roberto José Castro por la suma de $ 6.868.30 valor que cubre 'sus prestaciones, su preaviso y el saldo de prima por contrato'. Analiza luego los testimonios de Gabriel Ochoa y Alfredo Cuezzo y concluye así: "Todo esto indica que el demandante incurrió en incumplimiento de sus obligaciones convencionales y que la circunstancia de no soportar físicamente el tiempo reglamentario de juego le restaba aptitud para cumplir las obligaciones contraídas. En consecuencia, se llega a la necesaria conclusión de que la entidad demandada al alegar que tuvo causas justas para despedir al demandante, como en realidad las demostró, no debe ser condenada a pagarle indemnización alguna por lucro cesante. De donde se desprende que la condena hecha por el a quo no se conforma a la realidad procesal, por lo cual debe ser revocada, para disponer en su lugar la absolución".

De lo transcrito se desprende que el ad quem estimó que el demandado invocó como causales de despido la deficiencia técnica del trabajador, la ineptitud plenamente comprobada y la inejecución sistemática, sin razones válidas, de sus obligaciones contractuales y legales; que hizo una oferta de pago del preaviso, salarios y prestaciones sociales; que a raíz de la terminación del contrato envió un cheque a la Dimayor para cancelar las prestaciones, el preaviso y el saldo de prima por contrato del demandante, y por último, que las causales de despido invocadas estaban debidamente comprobadas, por lo cual el Club Deportivo Los Millonarios tuvo justa causa para despedir a Roberto José Castro.

Para el impugnador la sentencia recurrida violó las normas señaladas, por cuanto sólo tuvo en cuenta la demostración de la causal invocada por el patrono, y omitió que el preaviso debe darse antes de la terminación del contrato, y que su pago junto con el de las prestaciones, ha de efectuarse al momento de la terminación.

Ahora bien: si el sentenciador encontró demostrado que además de la existencia de la justa causa para despedir se cumplió el requisito del pago correspondiente al preaviso, aplicó las normas a un supuesto fáctico, que encontró demostrado, pero que para el recurrente no lo está. En este caso la pretendida violación de la ley no sería directa, sino indirecta, a través de errores de hecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta, como son, entre otras, la carta en que comunica al trabajador el motivo del despido y le ruega que pase a las oficinas del Club para pagarle dicho preaviso, y la consignación hecha por el patrono ante el Juez del Trabajo para pagar el valor del preaviso, medios de prueba a los cuales alude el impugnador en el desarrollo del cargo, y que no es posible analizar en la acusación por violación directa de la ley. Y si el sentenciador estimó que se cumplía el requisito del preaviso o el pago de los salarios correspondientes con la sola oferta o con la consignación de su valor, aun cuando hubiese sido posterior a la terminación del contrato, o si era suficiente con la demostración de la justa causal de despido, prescindiendo del preaviso o del pago correspondiente para exonerar al patrono de la indemnización prevista en el art. 64 del C. S. del T., se trataría de una interpretación de la norma. En ambos supuestos, el concepto de violación sería distinto al invocado por el recurrente, o sea la violación directa por aplicación indebida, que consiste en la aplicación de una regla por virtud de la equivocada calificación jurídica de los hechos, no habiendo contradicción sobre la existencia de ellos. En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo

Impugna la sentencia recurrida por ser violatoria de los arts. 65 del C. S. del T., e inciso final del art. 768 del C. S. T., en materia laboral en virtud de la analogía autorizada en los arts. 19 del C. S. del T. y 8o. de la Ley 153 de 1887, por errónea interpretación de dichas disposiciones, pues el Tribunal considera como un acto de buena fe por parte de la demandada el hecho de que tenía que someter sus diferencias a la Dirección Mayor del Fútbol Colombiano, de conformidad con lo previsto en la cláusula 10a. del contrato de trabajo, cuando tal hecho en ninguna forma exonera a la entidad patronal de la obligación de consignar la suma que confiese deber en la forma prevista en el art. 65 del C. S. del T., ante el Juez del Trabajo, o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, calidades que no tiene la División Mayor del Fútbol Colombiano.

Alega el recurrente que el art. 65 del C. S. del T. en ninguna parte establece que cuando deben someterse las diferencias a un Tribunal de Arbitramiento o a cualquier otra entidad, queda eximido el patrono de la obligación de consignar en la forma prevista en dicha disposición. Y que si la entidad demandada incurrió en ese error de derecho, estaría cobijada bajo la presunción de mala fe, sin que se pueda admitir prueba en contrario. De no haber incurrido en esa interpretación de los preceptos señalados como violados, —continúa el acusador— el Tribunal habría llegado a la misma conclusión del Juez de primera instancia, por lo cual debe casarse el fallo recurrido y en su lugar confirmarse el de primer grado, con la correspondiente condena a la demandada por indemnización moratoria y las costas de ambas instancias, en su integridad.

Se considera

Al referirse a la indemnización moratoria, el Tribunal encontró demostrado que al demandante se le liquidaron todas las prestaciones y salarios que el patrono consideraba adeudarle, incluyendo en la liquidación el valor del preaviso; que al objetar el trabajador esta liquidación, procedió a poner en conocmiento de la Dimayor las diferencias que se habían presentado, y acompañó un cheque a favor del jugador por las sumas liquidadas; que en el curso del juicio sostuvo la parte demandada que la prima por la firma del contrato de trabajo no constituía salario, dando argumentos más o menos atendibles, razones desprovistas de temeridad o mala fe, por lo cual no podía quedar incursa en la sanción por mora por no haber incluído en la liquidación de las prestaciones el valor de la mencionada prima; que la omisión por parte de la Dimayor de formalidades procedimentales y la demora de su decisión hasta el 8 de agosto de 1961 no pueden imputarse al Club Deportivo Los Millonarios, entidad que desde el primer momento dio cumplimiento a la cláusula compromisoria pactada, y una vez conocida la resolución de la Dimayor sobre las diferencias existentes entre las partes, procedió a efectuar la consignación de lo que considera-

ba adeudar al trabajador, en el Juzgado 7o. del Trabajo. Por estos motivos revocó la condena sobre indemnización moratoria y absolvió a la demandada de esta petición.

Como puede observarse, el ad quem estimó que el Club Dèportivo de Los Millonarios no había sido temerario, ni había obrado de mala fe, con base en hechos que encontró probados al no hacer la consignación de lo que confesaba deber ante el Juzgado del Trabajo inmediatamente después de terminado el contrato de trabajo, y que en consecuencia,no se hacía merecedor a la sanción por mora. Por lo tanto, no interpretó erróneamente el art. 65 del C. S. del T., pues no otra es la interpretación correcta de dicha norma a la luz de la jurisprudencia, o sea que cuando existe buena fe por parte del patrono, ya por discutir la existencia de la obligación con argumentos atendibles que tengan respaldo probatorio o por otros motivos, queda exonerado de la sanción consagrada en dicha norma.

Ahora, si el impugnador estima que el hecho de haber consignado ante la Dimayor y no en el Juzgado del Trabajo era una demostración de la mala fe del patrono, la pretendida violación de la ley se operaría indirectamente, a través de errores de hecho en la apreciación o inapreciación de las pruebas, pero no directamente por interpretación errónea de la norma, acusación en la cual no se estudian cuestiones de hecho, como sería la de determinar si existía o no buena fe de la parte demandada al no cancelar oportunamente los salarios y prestaciones debidas. Por estos motivos, 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 Bogotá, Sala Laboral.

Sin costas en el recurso.

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.

CASACION

(Técnica)

Ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades que el presunto quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal por dichas disposiciones reglamentadas, norma que debe ser, en definitiva, la violada por el fallador para que su decisión pueda quebrarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre ocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

Aprobación: Acta No. 85).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de *Marco Tulio Vélez de la Lastra* contra la sentencia de veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y siete, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio ordinario de trabajo adelantado por aquel contra la *Universidad de Cartagena*, a fin de que se la condenase a pagarle las cantidades que resultaren probadas por los conceptos de auxilio de cesantía, indemnización moratoria y costas del juicio, por haberle prestado sus servicios, mediante contrato escrito de trabajo, como Jefe del Departamento de Anestesia, Clínica y Cirugía de la Facultad de Odontología y con remuneración mensual de $ 2.500.00, desde el 3 de noviembre de 1959 hasta el 15 de febrero de 1961, fecha en la que se le aceptó la renuncia, y haberse negado la demandada, por medio de la Resolución número 16 de su Consejo Directivo, a hacerle el reconocimiento de la prestación reclamada.

Invocó, en derecho, los Decretos números 0277 de 1958, 2127 de 1945 y 797 de 1949.

La Universidad aceptó los anteriores hechos, pero se opuso a la prosperidad de las acciones alegando que era la Caja de Asuntos Sociales del Departamento la obligada a pagar.

El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Segundo Laboral de Cartagena, desató la *litis* el veintiseis de febrero de mil novecientos sesenta y seis, condenando a la demandada a pagar a Vélez de La Lastra las sumas de $ 3.267.27 por concepto de cesantía y $ 2.500.00 mensuales, desde el 15 de mayo de 1961 hasta cuando se realice el pago de la cantidad anterior, como indemnización moratoria. Esta decisión fue modificada por el Tribunal Superior del respectivo Distrito Judicial, al desatar la apelación interpuesta por el apoderado del actor, en el sentido de revocar la condena por mora.

El recurso extraordinario —integrado por tres cargos, principal el primero y subsidiarios los dos últimos— persigue la casación parcial del fallo impugnado, en cuanto absolvió por el extremo la indemnización moratoria, para que la Corte, en sede de instancia, confirme la condena producida por el *a quo* sobre este punto.

Los cargos, por lo tanto, tienen idéntica finalidad, y predican violación de las mismas disposiciones legales, aunque por conceptos diferentes, así: en el primero por aplicación indebida, a través de error de hecho; en el segundo por infracción directa, y en el tercero, de modo indirecto, a consecuencia de error de derecho. Las normas acusadas son los arts. 52 del Decr. 2127 de 1945 y 1o. del Decr. 797 de 1949; en el último ataque, además, el art. 61 del C. P. L.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Los reparos de carácter técnico que el opositor formula al primer cargo y que hace consistir en que el art. 52 del Decr. 2127 de 1945 no pudo ser violado porque no existía en la fecha de la sentencia y en que no se singulariza la norma del Decr. 797 de 1949 que se estima infringida, no los encuentra atendibles la Sala. Cuanto a lo primero, basta observar que el art. 52 no fue derogado, sino simplemente modificado por el 1o.

del Decr. 797, pero con la expresa intención de que siguiera formando parte, con el mismo número de orden, del Decr. 2127. No en otro sentido puede entenderse la frase inicial de aquel, que reza: "El art. 52 del Decr. 2127 de 1945 quedará así". Es innegable, por lo tanto, que esa norma está vigente, aunque con redacción y contenido distintos del texto original. Existe, hoy, identidad entre el art. 52 del Decr. 2127 de 1945 y el 1o. del Decr. 797 de 1949; se trata, en esencia, de la misma disposición, por lo cual bastaría con que se citara cualquiera de las dos.

En relación con lo segundo, se advierte que el mencionado Decr. 797 apenas contiene dos artículos, el último de los cuales se limita a disponer que rige desde la fecha de su expedición. Por manera que, al señalarse como violado el Decreto en lo relativo a indemnización moratoria, se alude claramente a su art. 1o. y no al otro. Además, el recurrente, al sustentar el cargo, transcribe la parte pertinente de ese ordenamiento, con lo cual precisa, aún más, no sólo el precepto sino el aspecto de él que considera infringido.

Los cargos, no obstante, son ineficaces, pues exhiben el común defecto de referirse únicamente a disposiciones contenidas en los Decrs. 2127 de 1945 y 797 de 1949, estatutos que tienen el carácter de reglamentarios de la Ley 6a. de 1945 y cuyo quebrantamiento, por sí solo, no es suficiente para la viabilidad de este recurso extraordinario. En tal evento es necesario que se señale también la norma de la ley reglamentada que se estima violada, pues es esta infracción la que, en últimas, puede dar lugar a la casación del fallo, conforme lo ha exigido de modo reiterado la jurisprudencia. Así lo expresó recientemente la Sala, por medio de su Sección Segunda, cuando dijo:

"Pero al examinar los cargos propuestos, se encuentra que ellos están encaminados a obtener la quiebra de la sentencia en cuanto limitó la condena por indemnización moratoria, con presunta violación, en primer término, de los mandatos sustantivos que consagran aquella en el derecho laboral; y que, buscándose tal objetivo, las disposiciones reguladoras de la materia que se señalan como violadas son las contenidas en los Decrs. 2127 de 1945 y 797 de 1949, reglamentarios de la Ley 6a. de 1945, sin precisar los preceptos de esta Ley que, igualmente, pudieron resultar desconocidos por el fallo acusado. A propósito ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades que el presunto quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal por dichas disposiciones reglamentada, norma que debe ser, en definitiva, la violada por el fallador para que su decisión pueda quebrarse por la Corte. La causal primera de casación se refiere a la violación de la ley sustancial, y un decreto reglamentario no tiene esta naturaleza jurídica". (Casación, agosto 14/69, ordinario de Luis María Gutiérrez Vs. Caja Agraria).

Los cargos, en consecuencia, se rechazan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el día veintiseis de enero de mil novecientos sesenta y siete.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, copiése, 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.

REAJUSTE DE LA PENSION EXTRALEGAL DE JUBILACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. - Bogota, noviembre doce de mil novecintos sesenta y nueve.

(Aprobación: Acta No. 52).

(Ponente: Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

Jesús S. Guerrero P., por medio de apoderado, demandó al *Banco de Colombia*, en Pasto, para que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.- Que el Banco de Colombia está en la obligación de reajustar la pensión de jubilación de su exempleado señor Jesús S. Guerrero P., de conformidad con lo ordenado por las siguientes disposiciones legales, aplicables al caso: Ley 77 de 1959, Ley 171 de 1961, Decr. 1611 de 1962 y Ley 1a. de 1963, con sus decretos reglamentarios.

"*Segunda.*- Que la báse para el reajuste de la pensión deberá ser la pensión extralegal de que disfruta actualmente Guerrero P. y que al dar aplicación al art. 2o. de la Ley 171 de 1961 en su letra (c), se deberá tener como año base el de 1955 que es el más antiguo entre los que sirvieron de base para liquidarla.

"*Tercera.*- Que conforme a dicha tabla, el reajuste, hasta el 31 de diciembre de 1962 inclusive debe realizarse así:

Base del reajuste . . . . . *$ 479.74*

Año calendario para aplicación table 1955

Aumento sobre los primeros $100 . . . $30.00 (30%)
Aumento de $ 100 a $ 200 . . . . 25.00 (25%)
Aumento de $ 200 a $ 300 . . . . 20.00 (20%)
Aumento de $ 300 a $ 400 . . . . 15.00 (15%)
Aumento de $ 400 a $ 479.74 . . 3.98 (5%)

Total del valor del reajuste hasta diciembre de 1962 . . . . . *$ 93.98*
Pensión reajustada *573.72*

"*Cuarta.*- Que la pensión reajustada, conforme al punto anterior debe sufrir un nuevo reajuste, conforme al art. 3o. de la Ley 1a. de 1963 o sea en la misma proporción establecida para los salarios en el art. 1o. de la misma ley, lo que da un nuevo reajuste de $ 108.00 sobre la pensión. Esto es:

Valor de la pensión el 31 de diciembre de 1962 . . . . . $ 573.72

Valor del reajuste a partir del 1o. de enero de 1963. . . . . $108.00

Valor de la pensión reajustada . . . . . $ 681.72

"*Quinta.*- Que el Banco de Colombia deberá reintegrar el valor de las pensiones no reajustadas, esto es, la diferencia entre lo que ha pagado y debido pagar, que da las siguientes sumas:

a) Hasta el 1o. de enero de 1963 (exclusive) son 36 meses a razón de $ 93.98 mensuales . . . . . $ 3.382.28

b) Desde el 1o. de enero de 1963 hasta el 1o. de septiembre del mismo año a razón de 201.98 mensuales, lo que da por los 8 meses corridos . . . . . $ 1.615.84

Valor del reintegro, sin intereses 4.998.12

"*Sexta.*- Que el Banco de Colombia deberá pagar a mi representado intereses de las sumas arriba estipuladas, conforme liquidación del señor Juez, teniendo en cuenta el interés corriente que cobra el Banco a sus clientes, suma que estimamos en la liquidación del señor Juez.

"*Séptima.*- Que el Banco de Colombia deberá continuar pagando al señor Guerrero P. una pensión de $ 681.72 y prestarle servicios médicos y hospitalarios.

"*Octava.*- Que el Banco de Colombia deberá pagar las costas de este juicio que se estiman en un 20% sobre su cuantía".

Como hechos de la demanda anota, en síntesis, los siguientes: que sirvió al Banco del 20 de enero de 1933 al año de 1958, en que fue pensionado por la entidad de acuerdo con la cláusula 51 del contrato; que esta pensión, cuyo monto era de $ 479.74, fue liquidada con ba-

se en los sueldos y demás emolumentos devengados en los años de 1955, 1956, 1957 y un mes de 1958, conforme a lo prevenido en el contrato, pero quedó reducida a $ 383.79, por los descuentos periódicos para el reintegro de un pago parcial de la cesantía; que con posterioridad a la vigencia de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 y del Decr. 1611 de 1962, dirigió varias solicitudes al Banco sobre reajuste de la pensión, pero la entidad contestó que "no encontraba viable su petición". Agrega la demanda que no se le ha reconocido el derecho a la atención médica y hospitalaria.

La demanda no fue contestada, pero, en la primera audiencia de trámite, el apoderado del Banco propuso, como excepción perentoria, la de inconstitucionalidad de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963, por decretar aumentos respecto a pensiones causadas, lo que implica violación del art. 30 de la Constitución y obliga la aplicación del art. 215 en guarda de la integridad constitucional.

En primera instancia, el litigio se desató por el Juzgado del Trabajo de Pasto, así:

"1o. No es procedente la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el mandatario de la parte demandada.

"2o.- Condénase al Banco de Colombia, Sucursal de Pasto, representado por el señor Carlos A. Portilla, conocido de autos, a pagar a Jesús S. Guerrero, identificado en el negocio y dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este fallo, estos valores:

"*Tres mil trescientos ochenta y tres pesos con veintiocho centavos* ($ 3.383.28) m.l., y sus intereses legales por concepto de los reajustes de su pensión jubilatoria en el lapso comprendido entre el 1o. de enero de 1960 y el 31 de diciembre de 1962;

"3o.- Desde el 1o. de enero de 1963 hasta la fecha de la ejecutoria de esta sentencia, el Banco de Colombia pagará al mismo demandante el saldo que resulte de reajustar la pensión jubilatoria de $ 573.72 a la suma de $ 681.72, o sea un reajuste de $ 108.00 por cada mesada, más sus intereses legales.

"4o.- Desde la ejecutoria de esta sentencia el Banco de Colombia pagará al actor mensualmente la suma de *seiscientos ochenta y un pesos con setenta y dos centavos* ($ 681.72) m. l., como pensión jubilatoria vitalicia.

"5o.- A partir del primero de febrero de 1962, el Banco de Colombia prestará a Jesús S. Guerrero, los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios que presta a sus empleados en actividad

"6o.- Condénase en costas a la parte demandada".

Apeló el apoderado de la parte demandada y el Tribunal Superior de Pasto, en providencia del 21 de febrero de 1964 confirmó la de primer grado.

El mismo apoderado interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido y, tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

EL RECURSO

Pretende que se case totalmente la sentencia recurrida y que la Corte, como Tribunal de instancia, absuelva a la sociedad de todas las peticiones de la demanda.

Formula, para el efecto, dos cargos:

Primero.- "Acuso la sentencia por infracción directa del art. 30 y del art. 215 de la C. N., por falta de aplicación de tales normas, y consecuencialmente por aplicación indebida del art. 1o. de la Ley 77 de 1959, del art. 1o. de la Ley 171 de 1961 y del art. 3o. de la Ley 1a. de 1963, en cuanto decretan aumento de la cuantía de jubilaciones causadas con anterioridad y el art. 10o. de la Ley 171 de 1961, en cuanto decreta servicios médicos a los jubilados".

Después de copiar el texto de los arts. 30 y 215 de la C.N., el impugnador manifiesta que en caso semejante, pues se trataba de leyes que aumentaban la cuantía de pensiones jubilatorias, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en sentencia del 14 de abril de 1950, expuso: "... Una vez terminada la relación vinculatoria entre el trabajador y la empresa y deducido el monto de la respectiva pensión jubilatoria, no puede alterarse por el legislador, en forma arbitraria, la obligación de una de las partes". Y que antes, la misma entidad, había hablado de una situación jurídica concreta ya que "... los hechos generadores del derecho ya habíanse cumplido y a ellos correspondía la correlativa obligación de la empresa, que al cumplirse, de acuerdo con los ordenamientos de la ley vigente en el momento en que surgió el derecho, consolidaron una situación entre las partes, con caracteres definitivos inmodificables en el futuro".

Como síntesis de sus argumentaciones, dice el recurrente: "... el fundamento del cargo reside en que si según la C.N. art. 30, las leyes que se dicen con posterioridad a la adquisición de un derecho prescrito por otras leyes, no pueden desconocer ni vulnerar, ni alterar tales derechos y obligaciones correlativas. (sic) Como las leyes 77 de 1959 y 171 de 1961 y 1a. de 1963 en los artículos pertinentes, alteraron, desconocieron y vulneraron la estabilidad jurídica de los derechos y obligaciones correlativas, tales leyes son contrarias al art. 30 de la Constitución en cuanto aumentan la cuantía de las pensiones jubilatorias ya causadas y son inaplicables según el art. 215 de la misma Carta".

"Al aplicar el Tribunal de Pasto tales leyes, las aplicó indebidamente y como consecuencia de haber infringido directamente, por falta de aplicación, los ya citados arts. 30 y 215 de la Constitución".

Se refiere, luego, al salvamento de voto de uno de los Magistrados en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, para significar que las razones del Magistrado disidente no modificaron el criterio de aquella entidad, que, en fallo del 8 de marzo de 1955, reiteró su jurisprudencia, como puede verse en los siguientes párrafos:

"En cumplimiento de las condiciones que la ley en vigencia exija para la configuración del derecho a la pensión jubilatoria, cambia sustancialmente la naturaleza jurídica de la relación, que de abstracta, impersonal, legal y reglamentaria se torna individual y concreta, con las consecuencias propias que la teoría jurídica le asigna, entre otras, la de ser irrevocable, intangible, inmodificable por las leyes y los reglamentos".

"La pensión causada constituye entonces ya para el beneficiario un derecho personal, un bien que ingresa a su *patrimonio, un crédito a su favor, y como tal queda amparado por el principio constitucional del art. 30 de la Carta que garantiza* la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, en el sentido de que no podrán ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. *Como la pensión adquirida es una situación ya definida o consumada, quien la debe, como quien la recibe, queda también frente a la ley nueva bajo el amparo del principio legal de la irretroactividad que establece el art. 16 del C.S. T."*

Afirma el acusador, finalmente, que el ord. 3o. del art. 30 de la Constitución hace referencia al caso típico de la expropiación por motivos "de utilidad pública o de interés social", lo que quiere decir que el intérprete no puede encontrar una autorización para expropiar, sino cuando la ley, en forma expresa, así lo estatuye. Y las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 no llevan consigo esa autorización.

Consideraciones de la Corte:

En sus aspectos esenciales, de hecho y de derecho, en las decisiones de instancia y en casación, el presente juicio es igual al seguido contra el Banco de Colombia por José Honorio Prada, en el que la Sala, en sus dos secciones reunidas, resolvió la demanda de casación, por sentencia del 22 de julio del presente año.

Por esa igualdad de situaciones en los dos procesos, basta, para negar la prosperidad del cargo en el presente caso, transcribir lo dicho por la Sala en el anterior, a lo cual no se opone la decisión sobre servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios del segundo juicio, pues se trata de un derecho consagrado en la Ley 171 de 1961, citada en el cargo que se estudia.

"... Al estudiar los planteamientos hechos por la entidad demandada respecto de la inaplicabilidad de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 por quebrantar la disposición del art. 30 de la Constitución sobre garantía de los derechos adquiridos con justo título ante los mandatos de leyes posteriores, el ad quem formula las siguientes consideraciones:

"El conflicto entre la ley nueva y los efectos jurídicos de la ley antigua deriva en este caso de la aplicación inmediata de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 que sucesivamente dispusieron el reajuste de pensiones de jubilación y nivelación de salarios así en el sector público como en el privado, en escala decreciente con arreglo a la fecha en que la pensión se causó, sin distinguir en que tales pensiones sean o no de origen legal o extralegal, como apenas era consecuente ocurriera dado su espíritu y fines .

"Cierto es que también en el derecho del trabajo es válido el principio de irretroactividad de la ley, pero no de modo absoluto en virtud y por fuerza del orden público siempre presente como limitador de la autonomía y como condicionador de los efectos jurídicos de los contratos de trabajo. Y es circunstancia de excepción en

la aplicación de ese principio aquella en que la ley nueva consulta un alto interés social o busca el mantenimiento del orden público económico, como sucede aquí, según se desprende de los considerandos que informan las atrás citadas Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963, las cuales no son más que el desarrollo del mandato constitucional previsto en los arts. 16 y 17 en concordancia con los arts. 9o. 13 y 16 del C.S. del T.

"Se invoca el art. 30 de la C.N. para reseñar que la ley nueva cuya aplicación se pretende viola ostensiblemente los derechos adquiridos al modificar el quántum de la pensión de origen extralegal que viene disfrutando el demandante, pero adviértase que es esa misma norma constitucional, precisamente, en armonía con las anteriormente citadas, la que da base a su aplicación, cuando indica que debe ceder el interés particular al interés social o la utilidad pública que la nueva ley determina y es que, como anota Manuel Alonso García en su obra *'Autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo'*, '... lo mismo que por "interés social' se puede privar a una persona determinada de la propiedad, incluso en contra de su voluntad, también por interés social hay que pensar el contrato de trabajo excepcionalmente limitado en cuanto se refiere a los poderes de disposición sobre el mismo —sobre su contenido— con que los sujetos cuentan'. (fls. 75 y 76 del C. del Tribunal). Para apoyar esta tesis, el ad quem cita a Juliot de la Morandiere en su concepto de que la irretroactividad de la ley nueva respecto de los contratos y los actos nacidos dentro del régimen de la antigua no tiene aplicación en los casos 'en los que se invocan el orden público o el interés social, con lo que se limita o anula el efecto futuro de aquellos convenios de carácter privado .

"Sobre los criterios vistos el Tribunal concluye que las leyes sobre aumento de pensiones jubilatorias tienen plena aplicabilidad y, como resultado de su conclusión, confirma la condena pronunciada por el a quo .

"Los efectos de la Ley en el tiempo

"Como lo anota el Tribunal, la definición jurídica se ha planteado por el casacionista respecto de la aplicación de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963 —leyes nuevas— a la cuantía de las pensiones jubilatorias consolidadas bajo el régimen de leyes anteriores, o de convenciones colectivas o reglamentos de trabajo —como en el caso que se debatió en el juicio definido por la sentencia acusada— vigentes antes de las leyes nombradas .

"En general, como es sabido, los efectos de la ley nueva, tan estudiados y debatidos por la doctrina y la jurisprudencia, muy permanentemente tienen tangencia con el concepto de la retroactividad, es decir, con la aplicación proyectada al pretérito y, como resultado, con su afección a los denominados "derechos adquiridos', noción tan controvertida y con tan imprecisa definición.

"Y es esta modalidad específica la que ha sido presentada como punto de partida para el ataque de la sentencia del ad quem, quien, en opinión del recurrente, ha admitido la retroactividad de las normas legales que determinaron el aumento en la cuantía de las pensiones jubilatorias ya definidas conforme a leyes anteriores, con desconocimiento de los legítimos derechos de los correspondientes patronos obligados .

"El Tribunal, como se ha visto, establece una atenuación del mandato constitucional sobre garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes frente a los ordenamientos legislativos posteriores (art. 30 C.N.), con fundamento en la preceptiva del mismo mandato supremo sobre la preferencia del interés social sobre el meramente privado. Y sitúa, con acierto desde el punto de vista del concepto general, las relaciones laborales y sus consecuencias, vinculados al orden público, dentro de la esfera del interés social. Pero ya en el ámbito normativo del art. 30 de la Carta, la noción del interés social se vincula al traspaso forzoso de los bienes privados, mediante retribución garantizada por la misma Constitución, por el procedimiento que se conoce como la expropiación de bienes particulares, y como una retribución al alcance absoluto de la intangibilidad de los derechos legítimos de que se ha venido tratando. De ahí que luego de consagrar el respeto de tales derechos por la nueva ley, el citado artículo agrega: *'Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social* (subraya la Sala), resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social... Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa'. De manera que, según este claro texto, las leyes 'expedidas por motivos de utilidad pública o interés social', son las que

dan la base constitucional para la expropiación de bienes de particulares, sin que pueda oponerse a ella el mandato sobre garantía de los derechos adquiridos con justo título conforme a leyes anteriores .

"Pero para que tenga cumplimiento la aplicabilidad inmediata de las disposiciones legales en materia de derecho del trabajo, que el art. 16 del C. S. del T. consagra con fundamento en la naturaleza de orden público que estas conllevan, y que se deriva del principio proclamado por el art. 17 de la Carta sobre la especial protección que al trabajo debe el Estado, no se requiere buscar una excepción al mandato general sobre irretroactividad de la ley nueva, ni el planteamiento de tal excepción es pertinente para los resultados que pretende la disposición del Código. Y no es pertinente, porque esta misma disposición reitera la garantía constitucional de que las leyes nuevas 'no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores'. El apoyo a la efectividad del art. 16 del C. S. del T. hay que buscarlo en un claro deslinde entre los fenómenos que son regidos por la aplicación inmediata de la ley nueva y, para el efecto, la delimitación de tales fenómenos, y lo que constituyen los derechos adquiridos con justo título y su quebranto por el efecto retroactivo de la ley .

"La aplicabilidad inmediata de ésta para regir situaciones o relaciones jurídicas en curso, parte de la diferenciación que se hace entre el desconocimiento del derecho adquirido, situación jurídica completa de que habla Bonnecase y la regulación por la ley nueva de las consecuencias futuras de una relación de derecho, situación o status, que nació bajo el imperio de un precepto legal anterior, pero que tiene la característica de que se proyecta, opera jurídicamente dentro de la vigencia del nuevo mandato. De ahí que la doctrina de tratadistas con la mayor autoridad científica haya sido explícita en la clarificación de dos aspectos del efecto temporal del cumplimiento de la ley, el profesor Paul Roubier, citado por la Corte en sentencia de ocho de julio de mil novecientos cincuenta y seis, de la Sala de Casación Civil (G. J. No. 2.170 Tomo LXXXIII págs. 250 y ss), para explicar la diversidad de las circunstancias a que la ley nueva puede aplicarse, separa el campo de los hechos pretéritos (facta praeterita) del de los hechos en curso o pendientes (facta pendentia) y de los hechos porvenir (facta futura), y luego de pronunciarse contra la aplicación retroactiva de la ley a los primeros, hace la diferencia entre este fenómeno y la aplicación a situaciones jurídicas retroactivas, enmarcadas dentro de los *facta pendentia,* que, por consiguiente, se hallan en curso dentro del vigor de la ley nueva. Es èl caso de las relacionadas con la filiación, para poner el ejemplo que el tratadista presenta. Y expresa este, en su cita por la Corte: 'existe, a base de la opinión opuesta, una confusión entre la retroactividad de la ley y la retroactividad de la situación jurídica. Sin duda la situación jurídica de que se trata es retroactiva, pero esta no es razón para que la ley relativa a una situación jurídica de esta clase lo sea también'.

"Y Baudry Lacantinerie, citado también en la misma sentencia de la Corte, en que se definió la aplicabilidad inmediata de normas de la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural, expresa: ' La ley sólo dispone para el porvenir, no tiene efecto retroactivo'. Nótese bien que no produce efectos retroactivos por el solo hecho de que se aplique a situaciones antiguas y a relaciones anteriores, porque son entonces las consecuencias nuevas las que rige y no se puede decir que vuelve sobre el pasado".

"La Corte ha acogido esta posición diferencial en varios fallos que han definido casos de la mayor trascendencia, como el citado antes y el de doce de noviembre de mil novecientos treinta y siete (G.J. No. 1929, págs. 698 y ss) que definió la demanda contra preceptos de la Ley 10 de 1934 que determinaron, para la liquidación del auxilio de cesantía, el cómputo del tiempo servido con anterioridad a la vigencia de la ley siempre que a la fecha de esta existiere el vínculo jurídico laboral entre empleado y patrono. La Corporación hizo entonces, siguiendo el criterio expuesto por el exmagistrado de la Corte doctor Manuel José Angarita desde fines del siglo pasado, una clara dicotomía entre el efecto retroactivo y el efecto retrospectivo de la ley, para enmarcar dentro del primero el quebranto legal de los denominados por nuestra Constitución derechos adquiridos conforme a leyes anteriores, y la simple acción sobre los desarrollos, las modalidades o las consecuencias de relaciones jurídicas, situaciones o status en curso. En la aludida sentencia de mil novecientos cincuenta y seis dijo: luego de acoger la terminología y el criterio anotados: 'Muchas leyes, especialmente las que tocan con cuestiones de orden público y se encaminan a remediar injusticias sociales existentes, se dictan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nue-

vas situaciones y las anteriores, en cuanto, respecto de estas, no se viole algún derecho adquirido'. (G. J. No. 2170 pág. 260)".

"Pero la Corte también ha dejado diáfanamente definido que la situación jurídica en curso o status que se origina conforme a la ley anterior y opera dentro de la nueva, es situación consolidada que, si bien puede regirse en sus efectos futuros por la ley nueva, no puede ser desconocida por esta, como no pueden ser desconocidos los derechos concretos que ella genera y que quedaron consolidados antes de la última ley, viniendo a constituir para ella *facta praeterita*. Es decir, son intangibles estos como 'bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente (el hecho generador del status de derecho, anota la Sala), y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entró en el patrimonio del titular'. (Garavito acogido por Tascón . Derecho Constitucional Colombiano, edición 1.939-pág. 84). Pero la situación jurídica en curso no es bien que, en un momento dado teniendo vocación hacia el futuro haya ingresado íntegramente al patrimonio del titular con todas sus características y modalidades iniciales, y consecuencias futuras, para que en estas no pueda afectarse por la norma legal que se expide durante su curso".

"Estos criterios de la Corte se fijaron al interpretar normas de la mayor trascendencia que la ley 153 de 1887 consagró sobre los efectos de la ley en el tiempo. A este respecto, el art. 20 del citado estatuto mandó: 'El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones recíprocas de autoridad o dependencia entre los cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, y los derechos de usufructo y administración de bienes ajenos, se regirán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto'. Sobre este precepto la Corte expresó, en sentencia de casación de veintitrés de noviembre de mil novecientos once (G. J. T. XX págs. 33):

'El estado civil que nace de las relaciones de parentesco consideráse en sí mismo, no ya como una mera aptitud o disposición para adquirir determinados derechos, sino como un derecho adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, derecho que no puede arrebatarse por leyes posteriores'. Y luego complementó en sentencia del mismo año y en una muy posterior, de tres de abril de mil novecientos cincuenta y dos (G. J. T. XXII, pág. 410 y Tomo LXXI, pág. 711): 'Conforme al art. 20 de la Ley 153 de 1887, el estado civil adquirido dentro de una legislación, no puede variarse aunque la ley que lo constituyó sea abolida. De esta suerte, el simple estado civil de los hijos de una persona, adquirido dentro de una legislación anterior a 1.890, no se puede variar; pero una nueva ley sí puede variar o suprimir las condiciones adherentes a este estado civil, que fue lo que hizo la Ley 95 de 1.890, la cual suprimió la condición de reconocimiento expreso... El art. 20 comentado, contiene dos principios: uno, subsistencia del estado civil adquirido de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento, aunque ella sea abolida; y el otro: reserva en el sentido de que por ley nueva sí se pueden alterar las obligaciones anexas al estado civil, las cuales se regirán por la ley nueva'.

"Idéntica doctrina a la del art. 20 inspira los arts. 28, sobre derechos reales, y 32, sobre servidumbres, ambos de la misma Ley 153. Y conviene anotar que la Corte, en sentencia de Sala Plena de diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (G. J. Tomo LIX, pág. 81), declaró exequible el art. 28 en mención".

"Esa misma preceptiva, que viene a encajar justamente dentro del criterio de separación entre los efectos de la retroactividad de la ley y los propiamente retrospectivos, informa la normación del art. 16 del C.S. del T., que asienta, al excluir los primeros del campo laboral, el principio de la aplicación inmediata de la ley a las relaciones jurídicas en curso, o sea, la aplicación retrospectiva, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte".

"La pensión de jubilación.

"¿Cómo podría, entonces, calificarse la aplicación inmediata de la ley nueva que modifica la cuantía de las pensiones de jubilación originadas y definidas conforme a ley anterior o a convención o reglamento vigente dentro de esta?

"La pensión jubilatoria legal o convencional dentro del sistema de carga directa patronal en donde aún no opera el régimen de los seguros sociales, una vez consolidada por cumplirse las condiciones o presupuestos que se señalan en las normas que la consagran, genera lo que la repetida jurisprudencia de esta Sala ha denominado "el status del jubilado". Este consiste en

una situación jurídica o relación de derecho en curso que vincula a los respectivos expatrono y extrabajador, configurada por fenómenos que se produjeron dentro de un régimen legal o convencional, pero que continúan, por virtud de otros de operancia en marcha, determinando consecuencias jurídicas dentro de la ley nueva. Estos fenómenos deben calificarse como los *facta pendentia* de que habla el profesor Roubier, pues la situación o status que determinan se extiende desde el momento en que, cumplidos los presupuestos de la norma, el trabajador deja el servicio del patrono, y aquel en que el beneficiario de la pensión fallece. Ese status mantiene una relación jurídica entre extrabajador y expatrono durante la existencia de la situación de derecho, que puede extenderse desde la vigencia de la ley bajo cuyo régimen nació, hasta la de las que posteriormente se expidan en el curso de la relación. Esta, a su vez, tuvo génesis en el contrato de trabajo que vinculó al gravado y al beneficiario, y debe considerarse como una emanación del mismo, por lo cual cabe al status de jubilado la aplicación del principio del art. 16 del C. S. del T., sobre efecto inmediato de la ley nueva, en cuanto a las consecuencias futuras de la relación de derecho. Tal efecto no desconoce el status o situación jurídica cuyo nacimiento se operó conforme a la ley anterior, sino que regula el ejercicio del derecho que ese status encierra hacia el futuro. Y no vulnera en forma alguna los derechos concretos o bienes jurídicos que antes de la ley nueva ingresaron al patrimonio del beneficiario al vencerse cada período de pago de la renta pensional durante el vigor de la norma antigua, o de la estipulación convencional de los interesados .

"Por estas razones, en esta materia hay que distinguir, siguiendo los lineamientos generales trazados en el examen antecedente por la doctrina y la jurisprudencia, entre el 'bien jurídico', creado por el status y que ha ingresado al patrimonio del beneficiario, que se va produciendo periódicamente, al vencimiento de los respectivos lapsos pensionales, y el status mismo en su extensión temporal, que es uno con efectos de tracto sucesivo, y que va desde el momento de la terminación del contrato y hasta la muerte del beneficiario o jubilado. Status que, sin afectar las rentas ya consolidadas y que han entrado, por tanto, al patrimonio privado, puede ser regido en sus desarrollos futuros por la ley nueva. Pero además, en cuanto a la situación jurídica misma, también en armonía con la jurisprudencia de la Corte que quedó expuesta atrás, debe decirse que ella, como status de derecho, no puede ser desconocida por esta ley, no obstante la pertinencia de la regulación de sus efectos futuros. Y se ha considerado tan firme esta garantía, que en el caso específico de la prescripción, la Corte, por jurisprudencia de esta Sala, ha dicho que la ley correspondiente se hace efectiva sobre las mesadas pensionales desde el momento en que estas se hacen exigibles al gravado, pero no sobre la situación jurídica que vincula a este con el beneficiario, que termina por su muerte pero no prescribe. (Sentencia de casación, 17 de octubre de 1968, Pedro Nel Villegas Escobar contra Central Hidroeléctrica de Caldas, S.A.) .

"Es pertinente destacar, como complemento, que la Corte, en sentencia de Sala Plena fechada el quince de marzo de mil novecientos sesenta y ocho, al decidir sobre la demanda de inexequibilidad contra algunas disposiciones de la Ley 48 de 1962 que varió cuantitativamente las pensiones de los expresidentes de la República, definió el punto relativo a la intangibilidad de las pensiones originadas en leyes anteriores con la misma doctrina expuesta antes. Dijo en ese caso la Corte:

"V.- No es impertinente agregar que las pensiones jubilatorias, al igual que las remuneratorias y las graciosas ya causadas, son irrevocables. Donde quiera que la ley ha consagrado la jubilación o la pensión en favor de los trabajadores o empleados que cumplan determinado tiempo de servicios, lleguen a cierta edad o reúnan especiales condiciones, se acepta unánimemente que al concurrir esos requisitos surge un derecho perfecto al beneficio. Entonces el status de jubilado o pensionado, vale decir, el derecho a percibir la pensión en las condiciones contempladas por la ley bajo cuyo imperio se llenaron tales requisitos, no podrá ser desconocido por la nueva ley .

"VI.- Los doctrinantes de la materia por eso han distinguido entre la vocación jubilatoria y el derecho a la jubilación, o, lo que tiene igual significación, entre la simple expectativa de derecho y el derecho adquirido. En el primer caso, por no haberse cumplido o reunido las condiciones que la ley exige para gozar del beneficio, habrá una mera expectativa de derecho cuyos fundamentos la nueva ley puede libremente modificar para el porvenir. En el segundo evento —el de la jubilación ya causada—, una vez cumplidos todos los presupuestos o condiciones del precepto que establece el beneficio jubilatorio, su titular adquiere un derecho perfecto para disfrutarlo .

"VII.- Se ha visto que la pensión especial de los expresidentes no es jubilatoria, ni proviene de una situación jurídica contractual. Pero la circunstancia de que el régimen pensional tenga ese carácter, no implica que las condiciones de establecimiento de la situación jurídica así creada, dejen de constituir un derecho irrevocable en todo lo tocante a los efectos ya producidos, los cuales quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley nueva. Esa situación jurídica nacida al amparo de la ley entonces vigente, no se puede poner en tela de juicio frente a una nueva normación, por lo cual esta última no podría —como lo puntualiza el tratadista Ramírez Gronda— imponer, por ejemplo, condiciones distintas de edad y de servicio y obligar al pensionado a que volviera a su empleo para llenarlas .

"VIII. El respeto a la 'efectividad de una situación jurídica que la ley previó y ampara', o a una situación jurídica creada definitivamente, noción comúnmente calificadora del derecho adquirido, no impide que el legislador pueda regular el ejercicio de ese derecho y señalar, por lo tanto, los requisitos para su posterior efectividad. Tal principio emerge con claridad de la previsión contenida en el art. 28 de la Ley 153 de 1887, en virtud de la cual los derechos nacidos bajo una ley y en conformidad con ella, subsisten bajo el imperio de otras; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en todo lo tocante a su extinción prevalecen las disposiciones de la nueva ley'.

"La jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo de Trabajo.

"Dada la circunstancia de que el casacionista apoya su ataque básicamente en las dos sentencias del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, cuyas motivaciones pertinentes fueron transcritas en la demanda y en la síntesis que de ella se hace en este fallo, debe realizarse un examen del contenido de estas jurisprudencias .

"El Tribunal Supremo en el fallo de catorce de abril de mil novecientos cincuenta (Cas. "Santa Marta Railway Company. Gaceta del Trabajo T. V. págs. 225 y ss.) considera que 'la ley, como es claro, puede modificar las condiciones o requisitos para obtener el beneficio de la jubilación y de igual manera aumentar su cuantía; pero es obvio que ella no opera sino para el futuro y, por consiguiente, sus efectos no deben extenderse a situaciones fenecidas en forma definitiva, con anterioridad, y bajo el imperio de leyes que señalaron la escala o tarifa correspondiente'.

"Este criterio se reitera en la sentencia de ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, citada por el recurrente. (Cas. 'Consorcio de Cervecerías Bavaria S.A.'). Se ve, pues, que el Tribunal asimila el status pensional a una 'situación jurídica fenecida definitivamente' y, por consiguiente, a un bien patrimonial consolidado en cabeza del beneficiario y, de contrapartida, también respecto del expatrono como carga inmodificable. Esta posición la asume el Tribunal después de que se apoya en los conceptos del profesor Paul Roubier, ya citado por esta Sala, que presenta en estos términos en la sentencia de 14 de abril de 1950: 'El problema de que se trata lo contempla Roubier de la siguiente manera: Dice que el desarrollo de una situación jurídica comprende tres momentos: el de constitución, el de producción de sus efectos y el de extinción. Con respecto a las leyes que gobiernan la constitución o extinción de una situación jurídica, no pueden sin ser retroactivas, aplicarse a la constitución o extinción realizadas de una situación jurídica. La ley que gobierna los efectos de una situación jurídica, no puede, sin ser retroactiva, referirse a los efectos que una situación de esa naturaleza habría producido bajo el imperio de una ley anterior, ya se trate de modificarlos, aumentarlos o disminuirlos, *pero todos los efectos jurídicos* que en el futuro se produzcan quedarán regidos por la nueva ley '. (Subraya la Sala).

"El Tribunal Supremo, pues, considera que la ley nueva no puede regir los efectos futuros de la situación jurídica o status pensional nacido conforme a la ley anterior, y que su aplicación inmediata de la ley nueva a tales efectos le da el carácter de retroactiva, que contraría nuestros ordenamientos jurídicos superiores. Pero, como ya se ha visto, la vigencia de la ley nueva para las consecuencias futuras de una situación jurídica en curso, significa un vigor retrospectivo de la norma, claramente legítima .

"En tales circunstancias, la Sala, por medio de esta sentencia de sus dos secciones reunidas, rectifica la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo en la materia de que se ha venido tratando".

CONCLUSION

"No sobra agregar que lo dicho por esta Sala en el presente fallo, como se anotó en algunos apartes de la motivación, rectifica el criterio del

ad quem en su sentencia acusada, pero esta circunstancia no da base para la quiebra de la decisión porque, como se desprende de lo expuesto en este fallo, las normas constitucionales y legales que el impugnante señala como violadas, no lo fueron, como quiera que no hay fundamento para la inaplicabilidad de las Leyes 77 de 1959, 171 de 1961 y 1a. de 1963, en cuanto decretaron aumentos en la cuantía de las pensiones de jubilación".

Segundo.- En este, presentado como subsidiario del anterior, acusa por violación indirecta de los arts. 1o. de la Ley 77 de 1959, 1o. de la Ley 171 de 1961 y 3o. de la Ley 1a. de 1963, "por aplicación indebida al caso de autos y a consecuencia de error de hecho manifiesto, consistente en haber dado por probado los años de base que sirvieron al reajuste de la pensión con documentos visibles a fls. 8 y 9 así como a fls. 7 y 10 y 2, 3 y 4 del cdno. No. 1 del expediente".

Cita el casacionista un pasaje de la sentencia, relativo a este punto, y agrega:

"Como es notorio de los documentos visibles a fls. 2, 3, 4, 6, 7 y 10 no se colige cuáles fueron los años que se tomaron como base para la liquidación de una jubilación extralegal y de los fls. 8 y 9 debe decirse que no tienen el carácter probatorio de documentos puesto que no aparecen suscritos o firmados por nadie y mal podría decirse que han sido reconocidos tácitamente cuando era imposible, puesto que no habían sido firmados por nadie".

"Si el Tribunal dio por probados, como lo afirma los años básicos para la aplicación de las leyes sobre pensiones sobre estas 'pruebas', es ineludible aceptar que incurrió en notorio error de hecho al dar como probados tales años sin que de tales 'papeles' (para llamarlos de alguna manera) se concluya la prueba de tales hechos".

Se considera:

El Tribunal dijo en lo pertinente: "De los documentos traídos a los autos por la parte actora y presentados como fundamento de las peticiones del libelo, documentos que no han sido rechazados por la parte opositora, se desprende lo siguiente: Que el demandante Jesús S. Guerrero Portilla entró a prestar sus servicios a la empresa demandada, Banco de Colombia de esta ciudad, el 20 de enero de 1933 hasta los primeros días del año de 1958, es decir, *por más de veinticinco años;* que a comienzos de enero de 1958, el Banco de Colombia, en virtud del art. 51 del reglamento de la mencionada Institución, incorporado al contrato de trabajo suscrito con el demandante el 1o. de julio de 1955, concedió pensión vitalicia de jubilación a Jesús S. Guerrero Portilla, 'a que se hizo acreedor por haber servido veinticinco años continuos a esta institución'; que de conformidad con el art. 57 del reglamento, para fijar la cuantía de la pensión vitalicia de jubilación, se tomó el promedio del sueldo anual devengado por el empleado durante los tres últimos años de servicio, ajustándose en la liquidación a las demás prescripciones que considera el citado art. 57; que efectuada la liquidación, se concedió una pensión vitalicia de jubilación que en total arrojó la suma de $ 479.74 mensuales; que para amortizar cesantías recibidas por el actor, se dedujo a la cantidad anteriormente indicada el 20%, recibiendo en consecuencia el beneficiado, como jubilación líquida, la suma de $ 383.79; que los tres últimos años de servicio correspondieron a 1955, 1956 y 1957 y primer mes del año de 1958; que Jesús S. Guerrero P. ha venido recibiendo en efectivo, por concepto de su pensión vitalicia de jubilación la suma de $ 383.79 (Ver contrato de trabajo y modificación de fls. 2, 3 y 4 del cdno. 1o; liquidación efectuada por el Banco de fls. 7, 8 y 9 del mismo cdno; y finalmente, nota de crédito del Banco de Colombia, de fecha 19 de julio de 1963, de fl.10)".

Los documentos citados por el casacionista como mal apreciados en la sentencia son el contrato de trabajo, firmado por las partes en la ciudad de Pasto, el 1o. de julio de 1955, en el cual consta que Jesús S. Guerrero P. ingresó al servicio de la Institución el 20 de enero de 1933 fls. 2 y 3); escritura sobre modificación del pacto primitivo, a partir del 1o. de julio de 1957 que incluye un sueldo mensual de $ 660.00 para el trabajador (fl. 4); carta del 3 de julio de 1963 dirigida por el Banco a Jesús S. Guerrero, en la que le manifiesta que no considera viable su solicitud del 23 de junio de ese año (fl. 6), y oficio No. 4505, de 16 de julio de 1963, por medio del cual la misma entidad le envía al trabajador "copia fiel de la liquidación efectuada por el Banco de Colombia, de su pensión extralegal de jubilación a que se hizo acreedor por haber servido 25 años continuos a esta Institución" (fl. 7). En los folios siguientes 8 y 9 obra la liquidación a que se refiere el oficio mencionado.

Para el casacionista, tal liquidación no tiene la calidad de documento auténtico, porque ca-

rece de firma responsable y, por lo mismo, mal puede hablarse de su reconocimiento tácito.

La Sala no comparte este criterio, debido a que, en este caso, la autenticidad del documento hay que referirla a la firma, no redargüida de falsa, del oficio remisorio de la liquidación.

Como no hay duda de que el ajuste de cuentas contenido en las hojas de fls. 8 y 9 es el mismo a que alude el Banco en su carta remisoria, aquel y esta constituyen un solo documento otorgado realmente por la persona que lo suscribe a nombre de la entidad demandada, circunstancia que le da la autenticidad que legalmente se exige para que sea apreciado como prueba. Así lo entendió el *ad quem*, y, en esta actividad probatoria, la Sala no halla el error de hecho a que se refiere la censura.

Tampoco encuentra que los demás documentos, señalados en el ataque, hubieran sido apreciados equivocadamente, con el efecto de un error ostensible de hecho. El cargo, por tanto, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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.

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO

La doctrina de la Corte ha sido constante en que la sanción moratoria debe imponerse sin consideración a la cuantía de las deudas laborales, limitándose a exonerar de ella al patrono, mediante aplicaciones fecundas derivadas del principio de la buena fe, en solo los casos exceptivos en que el patrono consigna la suma que considere deber, o discute razonablemente la existencia o naturaleza del contrato o de las prestaciones exigidas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos sesenta y nueve.

Magistrado ponente: Dr. *Edmundo Harker Puyana.*

(Aprobación: Acta No. 88).

En virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandante ha venido a la Corte el juicio ordinario laboral de *Enrique Hoffman Correal* contra la *Texas Petroleum Company.*

Conforme al libelo original de este juicio el demandante Hoffman pide que la Texas sea condenada a pagarle las siguientes sumas: 1o.) El mayor valor de la cesantía que le corresponde, originado por la retención que indebidamente se le hizo, que no guarda relación con la cantidad a que legalmente tiene derecho; 2o.) El valor de la indemnización por lucro cesante, en los términos del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965, ocasionada por despido injusto; y 3o.) El valor de la indemnización moratoria originada en la maliciosa retención de parte de la cesantía del actor.

Como hechos que sustentan su acción Hoffman alega: Que comenzó a prestar servicios a la demandada, en desarrollo de un contrato de trabajo, como vendedor, el 2 de junio de 1961; que fue despedido sin justa causa el 29 de marzo de 1967, so pretexto de "incumplimiento a las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartían sus superiores"; que el último salario devengado fue de $ 3.054.00 mensuales; que, según se desprende de la liquidación practicada por la empresa, al actor le fue retenida sin causa la cantidad de $ 402.52; que no se le pagó el valor del auxilio de cesantía a que realmente era acreedor; y que, no habiendo recibido el valor de las acreencias laborales que reclama, la demandada ha incurrido en mora.

La sociedad emplazada al juicio se opuso a la acción y al contestar la demanda reconoció algunos de sus hechos fundamentales, como la relación laboral con el actor y sus extremos de tiempo y salario; pero negó o desconoció los restantes, pues asevera que el trabajador fue despedido con justa causa, en razón del reiterado incumplimiento de las órdenes e instrucciones que le daba la empresa, y que a la terminación del contrato la compañía pagó a Hoffman la totalidad de sus prestaciones sociales, previo descuento de la suma de $ 304.00 que el actor le estaba debiendo por concepto de avances para gastos de viaje que no fueron justificados hasta dicho valor.

La controversia se definió en primera instancia, mediante fallo del Juzgado Cuarto Laboral Municipal de Bogotá, condenando a la Texas Petroleum Company a pagar a Enrique Hoffman Correal las siguientes sumas: a) $ 304.00 por cesantía; b) $ 17.789.03 por indemnización por despido; c) $ 100.80 diarios a partir del 30 de marzo de 1967, hasta que se pague al actor la condena por cesantía, como indemnización moratoria. Declaró también no probadas las excepciones perentorias opuestas por la parte demandada, a quien impuso igualmente las costas del juicio.

Recurrida esta sentencia en apelación por la parte vencida, o sea la Texas, *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* en resolución del 23 de octubre de 1968, reforma la del a quo así: 1o.) Modifica la condena por cesantía limitándola a la suma de $ 98.52; 2o.) Modifica la condena por concepto de indemnización por despido, rebajándola a la suma de $ 14.410.07; 3o.)Revoca la condenación por in-

demnización moratoria; 4o.) Revoca el punto 2o. de la sentencia apelada y en su lugar declara probada la excepción de compensación hasta por la suma de $ 304.00; 5o.) Modifica el punto 3o.) del mismo fallo en sentido de limitar la condenación por costas a cargo de la demandada a solo un sesenta por ciento (60%); y 6o.) Se abstiene de imponer costas en la alzada.

Contra esta sentencia, como quedó advertido, interpuso el demandante recurso de casación que le fue concedido y que habiendo sustentado en tiempo pasa a ser examinado por la Sala.

Busca el recurrente, a través de dos cargos contra la sentencia del Tribunal, que esta providencia sea casada parcialmente en su numeral 3o. que absuelve a la sociedad demandada de la indemnización moratoria; y que, en consecuencia, la Corte se constituya en tribunal de instancia y condene a dicha sociedad al pago de tal indemnización a partir del día en que terminó el contrato de trabajo y hasta el día en que efectúe el pago definitivo del auxilio de cesantía.

Los cargos con que el recurtente acomete contra la sentencia del Tribunal son en concepto de violación directa de la ley sustancial, así: el cargo primero, por interpretación errónea del art. 65 CST, a causa del equivocado concepto expresado por el Tribunal sobre el contenido jurídico de la disposición que se indica violada; y el cargo segundo, que el recurrente dice formular con carácter subsidiario, para el solo evento de que esta corporación encuentre demostrada la violación legal por un concepto diferente del anterior, acusa la sentencia por infracción directa del mismo art. 65 CST, a causa de haber negado, en abierta rebeldía con la norma señalada como infringida, el derecho consagrado por ella.

Se estudia el primer cargo calificado principal por el recurrente.

Dice este, en sustancia, para demostrarlo, que el sentenciador se limitó a declarar improcedente la indemnización moratoria, en razón del ínfimo valor a que quedaba reducido el reajuste de la cesantía, "que no justificaría, en forma alguna, una condena de tal naturaleza, según tantas veces lo ha explicado en casos como estos la jurisprudencia de la Corte y la doctrina reiterada del Tribunal"; que, por el contrario, el recurrente no conoce ninguna doctrina de la Corte en el sentido que indica el Tribunal, y las que conoce han admitido todas la procedencia de la indemnización moratoria causada por el retardo en el pago de sumas muy exiguas, de las cuales cita varios ejemplos: que, al margen de toda cuestión probatoria, es lo cierto que la empresa demandada, ni consignó "la suma que creía deber" por concepto de cesantía, ni tampoco satisfizo su valor a la terminación del contrato, no obstante conocer el monto de las prestaciones sociales del actor; que aunque lo anterior "adquiere un poco el sabor a verdad de Perogrullo, entraña, sin embargo, la medula y solución de la controversia, esbozada en la sentencia de segundo grado, en donde a pesar de que se condena a una suma por concepto de cesantía, que permanece insoluta por parte de la sociedad, se deja impune la mora en el pago de dicha obligación, so pretexto de que se trata de una pequeña cantidad"; que, como corolario lógico de lo expuesto, al tener el Tribunal una equivocada apreciación del contenido de la norma indicada como violada, no le dio su eficacia; que, como en innumerables ocasiones lo ha enseñado la Corte, no es pertinente la sanción por mora cuando el patrono ha discutido con razones atendibles la existencia del contrato de trabajo, ni cuando hay una diferencia razonable entre lo consignado y lo debido, ni cuando, en general, es ostensible la buena fe del patrono; que, volviendo a la criticable motivación del Tribunal, único fundamento en este punto de la sentencia atacada, es conveniente recordar que la Corte, con fecha 26 de septiembre de 1957, dejó dicho que "la sanción establecida en el art. 65 del C. S. del T., *se aplica sin consideración a la cuantía de lo que el patrono adeude al trabajador*" (subraya el recurrente); y que esta tesis no es novedosa, porque ya la misma corporación había expresado que "la citada indemnización no es proporcional a la cantidad debida, ya que el art. 65 no tiene en cuenta para graduarla el monto de lo debido". (Casación, 30 de mayo 1955).

Se considera:

Al expresar el *ad quem* que la indemnización por mora no procede por la sola razón de que el reajuste de cesantía a que resultó condenada la empresa "es un ínfimo valor que no justificaría, en forma alguna, una condena de tal naturaleza", está desvirtuando el verdadero entendimiento del art. 65 CST, el cual no conlleva la idea de que la sanción moratoria se aplique solo a los casos en que la cuantía de los salarios o prestaciones adeudados por el patrono guarde relación o proporción con la indemnización, de modo tal que no haya lugar

a la sanción cuando la deuda laboral sea de "ínfimo valor". Una interpretación de este alcance distorsiona la norma haciéndole decir lo que no dice, ya que la regla jurídica no permite distinciones de esta naturaleza. Tampoco la jurisprudencia laboral las hace en el sentido que indica el Tribunal, y la doctrina de la Corte ha sido constante en que la sanción moratoria debe imponerse sin consideración a la cuantía de las deudas laborales, limitándose a exonerar de ella al patrono, mediante aplicaciones fecundas derivadas del principio de la buena fe, en solo los casos exceptivos en que el patrono consigna la suma que considere deber, o discute razonablemente la existencia o naturaleza del contrato o de las prestaciones exigidas.

Pero la interpretación equivocada que hace el sentenciador del art. 65 CST, si bien da lugar a la rectificación doctrinaria que la Corte hace en relación con el error de juicio cometido por el Tribunal, no ocasiona la casación del fallo a que aspira el recurrente, pues si se analiza el fondo de la cuestión pasando el obstáculo que impidió al ad quem examinarlo, se encuentra que la noción de buena fe, suficiente para exonerar a la parte demandada de la indemnización moratoria contenida en el art. 65, está presente en el litigio, donde se percibe claramente que si el actor alega ilicitud de la compensación de deudas laborales efectuada por la empresa, debe estimarse que lo hace sin razón valedera, pues la compensación fue hallada admisible por el Tribunal en punto que no es materia del recurso extraordinario; que la empresa creyó entender, además, con creencia que no excluye la buena fe que la inspira, que cancelaba por completo la cesantía del demandante a través del doble concepto de la compensación antedicha y de la mayor suma pagada por el sueldo del mes de marzo de 1967; y que, en el supuesto caso de que este último concepto no resultara admisible en estricto rigor, por carencia de adecuada demostración, se trataría de un error de apreciación cuantitativa constitutivo de error excusable o "justo error en materia de hecho que "no se opone a la buena fé", conforme al art. 768 del C. C., máxime cuando para precisar la cifra exacta de la pequeña suma restante a cargo de la demandada a título de cesantía, se requirió del presente juicio y su respectivo examen probatorio, que llevó a esclarecer el monto de la prestación. Este conjunto de circunstancias sirve así para abonar la *bona fides* de la empresa demandada en la manera como liquidó y pagó la cesantía de Hoffman, factor moral que continúa rigiendo, desde la época anterior al art. 65 CST, la aplicación de la sanción moratoria, pues, como lo expresaba el Tribunal Supremo del Trabajo, al comentar el art. 52 del Decr. 2127 de 1945, "el elemento buena fé destacado en la interpretación jurisprudencial de esta Corporación, por responder al recto entendimiento del texto en examen, depende de la duda justificada acerca de la existencia de la obligación patronal, ora por discutirse la del contrato mismo, fuente de los derechos reclamados, ya por desconocerse, igualmente sin malicia o temeridad, la prestación consiguiente".

El cargo no prospera, de consiguiente, si bien los motivos que llevan a la Corte a esta determinación son ditintos a los que tuvo en cuenta el Tribunal.

En cuanto al segundo cargo, por infracción directa del mismo art. 65 CST, el estudio del precedente, que parte de la base de la errónea interpretación de la norma por el Tribunal, excluye este cargo en el concepto que se le formula. En consecuencia, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 89).

Por medio de apoderado el doctor José Eduardo Acuña Niño demandó ante el Juzgado Segundo del Trabajo de esta ciudad, al Distrito Especial de Bogotá, con el objeto de que sea condenado a reconocerle y pagarle salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, de conformidad con la relación que enumera a continuación, todo con base en los siguientes hechos:

Que prestó servicios al Distrito en la Secretaría de Obras Públicas como Dibujante Calculista y como Ingeniero Interventor del 1o. de enero de 1951 al 9 de agosto de 1953 y como Director del Departamento de Conservación de Obras Públicas, del 19 de mayo de 1954 al 15 de mayo de 1961; que en la fecha del retiro devengaba una remuneración no inferior a $ 2.200.00; que durante el tiempo de prestación de sus servicios recibió perjuicios de orden moral, originados en las falsas imputaciones consistentes en habérsele atribuído la comisión de ilícitos que dieron ocasión para que se presentara en su contra una denuncia penal por peculado; que la investigación penal concluyó por aplicación del art. 153 del C. P.; que por razón de tal investigación fue suspendido de su cargo sin recibir remuneración alguna por el tiempo comprendido del 18 de octubre al 2 de diciembre de 1960; que no le fueron reconocidas las vacaciones del último tiempo servido; que hasta la fecha de la demanda no ha obtenido el pago del auxilio de cesantía como trabajador que fue de la construcción; que agotó en su reclamación la vía gubernativa según demanda presentada ante la Alcaldía y la Secretaría de Obras Públicas, entidades que se han abstenido de darle respuesta y que igual suerte corrió la reclamación que intentó ante la Caja de Previsión Social.

Surtidos los trámites de rigor, el Juzgado del conocimiento dictó con fecha 24 de enero de 1963 sentencia por medio de la cual absolvió de todos los cargos formulados al Distrito Especial de Bogotá y condenó en costas al demandante. *El Tribunal Superior de Bogotá,* Sala Laboral, por razón de apelación interpuesta por la parte actora conoció de este negocio y en providencia fechada el 19 de julio de 1963 confirmó en todas sus partes la decisión del inferior, pero se abstuvo de condenar en costas.

Esta sentencia ha sido recurrida en casación por el apoderado del actor, quien señala en los siguientes términos el alcance de la impugnación: "Que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, case la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de 19 de julio de 1963 —fls. 216 a 218— y que como tribunal de instancia condene al Distrito Especial de Bogotá al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que se refiere el libelo de demanda". Y acto seguido formula un cargo único, concebido así:

"La sentencia de segunda instancia incurrió en infracción indirecta, por error de hecho, violando los arts. 120, 121, 132, 134, 135, 181, 182, 183, 194, 196, 197, 199, 201 de la C. N.; 5o. hoy 1o. del Decr. 1732 de 1960, 73, 75, 123, 140, 145, 183 y 250 del C. R. P. y M. —Ley 4a. de 1913—; arts. 1o. y 2o. Ley 72 de 1926; 4o. de la Ley 97 de 1913; 1o., 11 y 17 de la Ley 6a. de 1945; 1o., 4o., 8o., 20, 26 numeral 3o., del Decr. 2127 de 1945; 3o. de la Ley 64 de 1946; 95 del C.P.; 1o. de la Ley 61 de 1939; 1o., 2o. y 3o. de la Ley 38 de 1946; 1o. del Decr. 20, 58 de 1944; 24 de la Ley 83 de 1931; 1o., parágrafo 2o. del Decr. 797 de 1949; por indebida aplicación, al haberse aplicado mal las disposiciones constitucionales del Código de Régimen Político y Municipal y demás disposiciones legales, al caso de autos no contemplado por ellas, y haberse dejado de aplicar las disposiciones relativas al contrato de trabajo al trabajador de construcción, que regulaban el caso de autos, por la mala apreciación o no apreciación de las prue-

bas que a continuación enumero...". A continuación procede a relacionar las pruebas anunciadas para indicar por último que "el H. Tribunal al no apreciar o apreciar mal las anteriores pruebas dio por demostrado, no estándolo" y "no dio por demostrado estándolo" los hechos que cita discriminadamente.

Y por último procede el recurrente a hacer una extensa sustentación del cargo no propiamente a través de los medios de prueba aportados al litigio sino de las disposiciones que ha considerado violadas por el sentenciador. El Procurador Delegado en lo Civil presentó escrito de oposición.

SE ESTUDIA

El cargo único formulado lo ha sido de manera defectuosa, que impide su prosperidad. Reiteradamente ha dicho la Corte que de acuerdo con la ley orgánica del recurso extraordinario de casación, la violación de la ley sustantiva por error de hecho presenta dos modalidades: Errónea estimación de una prueba determinada o su falta de apreciación (art. 87, inc. del numeral 1o. del C. P. del T.). Las dos actividades son distintas e inconfundibles, pues en la primera la sentencia enjuicia el medio probatorio y lo valora; en la segunda, guarda silencio sobre él, sin emitir, como es obvio, concepto alguno.

De suerte que si la censura se hace por error de hecho o de derecho, deben señalarse las pruebas cuya falta de apreciación o equivocada estimación dio lugar al error de hecho o de derecho, manifestando cuáles fueron apreciadas, si bien erróneamente y cuáles no lo fueron y observando que en el mismo cargo no cabe el ataque por falta de apreciación y por apreciación errónea de la misma prueba.

Ni en la enunciación del cargo ni en su desarrollo, el impugnante distingue entre las pruebas dejadas de apreciar y las no apreciadas, tarea que la Corte de oficio, no puede hacer sin afectar la técnica del recurso. Es por esto por lo que se dijo atrás que el cargo 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 recurrida.

Costas a cargo de la parte demandante.

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.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios Monroy).

(Aprobación: Acta No. 89).

Por medio de apoderado y ante el Juzgado Sexto del Trabajo de esta ciudad, *Alvaro M'Causland Rasch* demandó a la sociedad denominada "Empacadora Santa Marta S. A.", representada por su Gerente señor Miguel Angel Bermúdez, para que sea condenada a pagarle lo siguiente:

Por concepto de viáticos, la suma de $ 1.500.00; el sueldo correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 1961, a razón de $ 2.000.00. c/u., más la participación sobre producción, o sea, $ 0.01. por lata de productos elaborados; la indemnización por mora con base en el sueldo fijo y en la participación ya indicados; el valor de la prima de servicio correspondiente al semestre que terminó el 31 de mayo de 1961; el valor de las vacaciones a que el empleado hubiera tenido derecho en la fecha indicada en el punto anterior y por último, los gastos razonables del viaje de regreso a Bogotá, ciudad en donde fue contratado para prestar sus servicios en Santa Marta.

Los hechos en los cuales se apoyan las peticiones anteriores indican que el demandante celebró contrato de trabajo a término indefinido con la "Empacadora Santa Marta S. A." el primero de junio de 1959, el que se fue prorrogando por períodos de seis meses; que este contrato solamente fue modificado en cuanto el empleado pasó de Director Técnico a Gerente Técnico, "con funciones pactadas entre el empleado y el patrono"; que la remuneración que devengaba el actor en el momento de la terminación del contrato, por acto del patrono, era de $ 2.000.00 mensuales, más una participación en la producción equivalente a $0.01 por lata del producto elaborado; que durante la vigencia de la última prórroga del contrato, el patrono pretendió quebrantarlo al intentar alterar la denominación y naturaleza del cargo que desempeñaba el demandante y señalarle atribuciones y deberes que no le correspondían, esto es, las de Director Técnico, cargo anteriormente desempeñado por el actor; que en vista de esto el empleado por escrito manifestó al patrono que tal proceder significaría una ruptura unilateral e ilegal del contrato, con consecuencias, que el patrono, desentendiéndose por completo de las advertencias hechas por el empleado, "optó por pretender que este había presentado renuncia de su cargo, y no obstante la reiteración que el empleado hizo de la verdadera situación y de su propia actitud en el asunto, el patrono terminó por 'aceptar', con expresiones de pesar y reconocimiento a una renuncia que el empleado no había presentado"; que el demandante por estimar incompleta la liquidación de prestaciones que le hizo la empresa demandada se abstuvo de recibir suma alguna, razón por la cual el patrono consignó "lo que estaba dispuesto a pagar"; y, que el demandante pasado algún tiempo retiró la suma consignada dejando constancia de que recibía menos de lo que se le debía.

Agotados los trámites de rigor, el juzgado del conocimiento puso fin a la instancia con sentencia fechada el 13 de marzo de 1963, por medio de la cual absolvió a "Empacadora Santa Marta S. A." de todos los cargos que le fueron formulados, no declaró probada la nulidad propuesta en relación con la diligencia de posiciones del demandante a quien por último hizo responsable de las costas.

El Tribunal Superior conoció de este negocio por razón del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del *a quo* por el apoderado del señor M'Causland Rasch y fue así como su Sala Laboral, surtidos los trámites legales, resolvió el recurso en providencia de fecha 6 de noviembre de 1963, en la cual dispuso modificar la sentencia apelada en el sentido de condenar a la empresa demandada al pago de

$ 60.00 por concepto de viáticos, absolver de todos los demás cargos formulados, revocar el numeral 2o. del fallo recurrido por no ser procedente, confirmar el numeral 3o. del mismo y por último, condenar en costas al apelante.

Cóntra esta sentencia se ha interpuesto por el apoderado del actor recurso de casación, en cuya demanda se expresa así el alcance de la impugnación: "Con base en los hechos expuestos, en los cargos formulados y en las razones aducidas para sustentarlos, atenta y respetuosamente solicito de la Honorable Corte: Primero. Que se case la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a que me he referido en este escrito. Segundo. Que la Corte, constituída en Tribunal de Instancia, falle el juicio mencionado al comienzo y lo haga de conformidad con las peticiones del demandante que se reprodujeron en el ordinal Noveno de los Hechos de la presente demanda".

Y siguiendo un orden poco acostumbrado en casación, formula el recurrente tres cargos, al final de los cuales produce su sustentación. El primero se encuentra concebido en los siguientes términos:

"Violación de la ley sustantiva por apreciación errónea de pruebas. En el fallo recurrido se incurrió en error de hecho —de manifiesto en los autos— por haberse dado por establecido un hecho en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso. La disposición violada en este caso específico fue el art. 64 del C. S. T., que dipone: '.....'".

En la demostración del cargo dice el impugnante que tanto el Tribunal como el Juez que conoció de este negocio, creyeron que hubo una renuncia del demandante, y creyeron que esta renuncia estaba probada por medio de una carta que no existe en el proceso. Así, pues, el sentenciador consideró que el señor M'Causland R. mediante la carta de fecha 25 de febrero de 1961, presentó renuncia de su puesto, cuando la verdad es que esa carta no es de renuncia, sino de rechazo a las afirmaciones del patrono. Y dice el recurrente que esta carta solamente se puede entender en su prístino sentido, leyendo la correspondencia anterior y posterior, cruzada entre el patrono y el demandante, de la cual la carta de fecha 25 de febrero, es apenas una parte integrante. Agrega que de otro lado, tal carta que exhibe fecha 25 de febrero, no podía ser considerada como se dice por la empresa, por su Junta Directiva el día 24 de dicho mes, "es decir, un día antes de haber sido escrita en Santa Marta...". Y para concluir sus argumentaciones dice el casacionista que si la carta se escribió el 25 no pudo ser considerada el 24, de donde tal documento no existía en el momento de la aceptación de la renuncia, así como también, que dicha comunicación no contiene renuncia alguna sino apenas el rechazo de afirmaciones hechas por el patrono.

Se estudia

Con pertinacia ha dicho la Corte que la apreciación de los medios de prueba hecha por el sentenciador es intocable, aun cuando ella no la comparta, salvo el caso excepcional de error relievante y ostensible. Es decir, que la libertad del *ad quem* para evaluar los medios probatorios puestos a su consideración en el juicio, solamente tiene como límite el que le señala lo absurdo de la conclusión a que lo lleve un error de apreciación probatoria, entendiéndose por tal la que repugna a la razón natural. Por eso, mientras las conclusiones sacadas por el fallador sean el resultado de un razonamiento lógico, la Corte debe respetarla como quiera que las normas legales sobre estimación de pruebas están dirigidas al fallador y es él quien debe aplicarlas.

Examinada la sentencia impugnada encuentra la Sala que las anteriores consideraciones serían suficientes para desechar el cargo formulado, ya que el sentenciador ha sacado de las pruebas puestas a su consideración una conclusión que en manera alguna choca con la razón natural. Pero como quiera que el cargo formulado y su sustentación presentan a la consideración de la Corte una situación aparentemente ambigua, considera la Sala conveniente analizar los elementos probatorios que estima el recurrente fueron mal apreciados por el *ad quem* y particularmente porque afirma que la conclusión que este sacó se apoya en una prueba que no existe en los autos, habiendo incurrido así en error de hecho que pretende manifiesto.

La existencia del contrato de trabajo que ligó al demandante con la Empacadora Santa Marta S. A. no ha sido discutido en el juicio, así como tampoco su duración. Se ha sostenido en cambio que su rompimiento fue el resultado de un acto unilateral, injusto e inconsulto del patrono, mientras que este ha sostenido a su turno, que fue el obvio que apareja una renuncia por parte del trabajador. El recurrente en este primer cargo afirma que tal renuncia no existe, que la comunicación de fecha 25 de febrero de

1961 no conlleva renuncia alguna, pero que aún en el supuesto de que así fuera, no pudo, por ser un imposible físico, haber sido considerada por la Junta Directiva de la empresa el día anterior, es decir, el 24 de febrero de 1961, como se desprende que lo fue, según se expresa en carta del 28 del mismo mes de febrero dirigida por el Gerente de la Empacadora al señor M'Causland Rasch.

Antes de seguir adelante encuentra la Sala conveniente indicar que entre las partes en litigio, y particularmente entre el Gerente de la demandada y el actor, se presentaron algunas diferencias que dieron ocasión a una nutrida correspondencia entre ellos, correspondencia que es precisamente la que considera el impugnador debe examinarse en conjunto por ser la comunicación de fecha 25 de febrero parte de él, y apenas la manifestación de rechazo del señor M'Causland R. a ciertas afirmaciones hechas por la gerencia de la sociedad demandada. Para mayor claridad de la cuestión propuesta, la Sala procede a continuación a hacer alguna referencia a estas cartas que abarcan del fl. 39 al fl. 45 inclusive. La primera, suscrita por el Gerente y dirigida al demandante como Director Técnico, tiene por objeto señalarle el horario a que debe sujetarse en tal calidad (fl. 39). La segunda es la respuesta del empleado en la que formula dos reclamos: que se le menciona como Director Técnico, "que tal no es el título del cargo que he venido desempeñando en la Empresa...", y que además, los términos y las condiciones de su carta no son evidentemente compatibles con la dignidad, la calidad, ni las funciones que he venido desempeñando en la Empresa, cualquiera que fuere su denominación" modificaciones que, —continúa diciendo— solamente pueden ser hechas de común acuerdo, pues de lo contrario constituirían un rompimiento unilateral del contrato (fls. 40 y 41). La tercera es la pasada al señor M'Causland R. por el Gerente en donde se le dice que como ha presentado verbalmente renuncia en varias ocasiones, pondrá a la consideración de la Junta en la semana siguiente "sus inquietudes y su solicitud de retiro". Esta carta tiene fecha 18 de febrero (fl. 42). En la cuarta de fecha 21 del mismo mes, el Gerente comunica al demandante que de conformidad con los términos de la carta anterior, puso la situación en conocimiento de la Junta Directiva, pero que esta resolvió conocer antes "las razones que usted tiene para retirarse de la empresa", circunstancia por la cual le solicita que a vuelta de correo se sirva satisfacer los deseos de la Junta (fl. 43). La quinta carta es precisamente la de fecha 25 de febrero, pasada por el empleado al Gerente, como respuesta a la anterior, en la que dice, luego de algunas otras consideraciones: "En todo caso, en carta que ya envié al señor Presidente de la Junta Directiva, expongo sobradamente los motivos que tengo para retirarme de la Empresa..." (fl. 44) y por último, a fl. 45 obra la carta pasada por el Gerente al señor M'Causland R., con fecha 28 de febrero, en la que se lee: "De acuerdo con sus instrucciones esta Gerencia consultó su renuncia con el Presidente de la Asamblea General de Accionistas reunida el 24 del presente, quien autorizó ampliamente a la Gerencia para aceptar su renuncia en vista de su deseo de retirarse de la Compañía", y adelante se le informa que se han dado las instrucciones para la liquidación de sus prestaciones sociales.

Como queda claro de las comunicaciones anteriores, es patente el propósito del trabajador de retirarse del servicio. Y conocida su intención por la Junta, esta resolvió previamente conocer las razones que animaban en tal sentido al señor M'Causland R., quien las expuso en la carta dirigida al señor Pedro Bernal Presidente de la Junta, con fecha 21 de febrero, en la que se lee: "He creído indispensable ponerlo en conocimiento, en su carácter de Presidente de la Junta Directiva de la Empacadora Santa Marta S. A., de diferencias de fondo surgidas con el Sr. Miguel Angel Bermúdez, gerente en ejercicio de la Empresa. —Este es el resultado final de la disparidad que existe entre los sistemas, costumbres y maneras del Sr. Gerente y las mías—. Le adjunto a la presente copias de cartas que pueden ilustrarse sobre el problema. Como es evidente que cualquiera que sea el desenlace de este asunto, no podría de ninguna manera continuar prestando mis servicios a la Empresa, quiero aprovechar esta carta para manifestarle la personal satisfacción que ha sido para mí, el en (sic) alguna forma haber podido colaborar con Ud. en sus esfuerzos realizados para desarrollar la industria pesquera y de Enlatados en el país...".

Cabe advertir que en la comunicación discutida, de fecha 25 de febrero, el señor M'Causland R. le dice en el último párrafo al Gerente: "Le ruego mostrar esta carta a los miembros de la Honorable Junta Directiva, a quienes agradeceré en forma muy especial, tomar las medidas que me permitan retirar cuanto antes del cargo que en el momento desempeño en la Empresa".

Bien, el Tribunal en la providencia acusada hace especial hincapié en la carta pasada con fecha 21 de febrero por el demandante al Presidente de la Junta Directiva, anterior a la reunión de la misma en la cual se le aceptó la renuncia y que obedeció, precisamente, al deseo que ella tenía de conocer "las razones que usted tiene para retirarse de la empresa", según palabras textuales del Gerente (fl. 43) en la carta de fecha 21 de febrero. Y en esta comunicación del señor M'Causland R. se concreta su renuncia, en términos muy claros, que no dan lugar a duda alguna y que se vuelven a transcribir: "Como es evidente que cualquiera que sea el desenlace de este asunto, no podría de ninguna manera continuar prestando mis servicios a la empresa...". Esta fue, pues, la comunicación que sirvió al sentenciador para afirmar la existencia de una renuncia y para sacar las conclusiones expuestas en su sentencia, comunicación que es anterior a la reunión de la Junta Directiva, como quiera que exhibe fecha 21 de febrero.

No habiendo incurrido, pues el *ad quem* en el error de hecho que se le atribuye, y siendo su apreciación probatoria correcta y ajustada al contenido de las pruebas examinadas, el cargo no puede tener prosperidad.

El segundo cargo ha sido formulado por el recurrente así:

"Violación de la ley sustantiva por infracción directa. En el fallo recurrido se declara que la sociedad demandada no pagó al demandante todos los salarios debidos y se ordena pagarle los no pagados. Sin embargo, esa providencia no decreta el pago de la indemnización correspondiente (salarios caídos)".

En este particular se violó el art. 65 del C. S. T. que manda su numeral 1o. . Y acto seguido el impugnante procede a transcribir el texto legal.

En la demostración del cargo dice el recurrente que el Tribunal reconoció, "desatendiendo la evidencia de que al empleado no se le debía por concepto de viáticos una suma mucho mayor", que el demandante tiene derecho a la cantidad de sesenta pesos por concepto de viáticos y que como estos constituyen salario, de conformidad con lo dispuesto por el art. 130 del C. S. T., ha debido en consecuencia dar aplicación al art. 65 ibídem, con tanta mayor razón si se considera que el patrono no hizo la consignación correspondiente, conforme el art. violado preceptúa.

Se estudia

El sentenciador sobre este particular dice en su providencia: "Finalmente no hay lugar a la indemnización moratoria pedida porque, como ya se vio, no está demostrado que la demandada hubiera resultado adeudándole prestaciones o salarios al actor, a excepción de los tres días de viáticos que no solo fueron bastante discutidos en el presente juicio sino que además no se lograron demostrar en la cuantía señalada en la demanda. De otro lado la empresa procedió, oportunamente, a consignar en favor del demandante las prestaciones que se habían causado durante el tiempo de la existencia del contrato de trabajo".

Ha expresado la Corte de manera por demás reiterada que esta disposición, —art. 65 del C. S. T.— no puede aplicarse en los casos de duda justificada acerca de la existencia del derecho, pues cuando así ocurre, corresponde a la justicia del trabajo decidir esa controversia, "y solo cuando hay fallo definitivo que declara la existencia del derecho puede decirse que surge la deuda correspondiente".

En el caso de autos y en el libelo inicial se solicitó condenación por concepto de viáticos por la suma de $ 1.550.00. Este aspecto fue ampliamente debatido en el proceso y ante la falta de pruebas claras y precisas que permitieran su determinación, el juzgado del conocimiento absolvió. Sin embargo, el *ad quem*, luego de un minucioso escrutinio de los elementos probatorios concluyó, que la empresa debía por tal aspecto la suma de sesenta pesos al demandante. Existió, pues, una duda justificada acerca de la existencia del derecho reclamado, que solamente se resolvió en cuantía mínima en relación con lo solicitado inicialmente, en el curso del juicio, de donde lo expresado por la Corte en la jurisprudencia a que se hizo referencia tiene amplia aplicación en el caso de autos.

Por lo expresado, el cargo formulado no prospera.

El tercer cargo ha sido concebido así:

"Violación de la ley sustantiva por error de derecho. En el fallo recurrido se incurrió en error de derecho al darse por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley".

"En este caso especial se violó, al igual que en el Segundo cargo, el art. 65 del C. S. T. que consagra el derecho a indemnización por una suma

igual al salario diario por cada día de retardo si a la terminación del contrato el patrono no ha pagado la totalidad de los salarios y prestaciones debidos".

En la sustentación expresa el casacionista: "En efecto, el Tribunal tomó como prueba suficiente de un hecho (en este caso, la renuncia del empleado), respecto a cuya comprobación la ley no autoriza la prueba testimonial, declaraciones de dos testigos inhábiles y que no concuerdan ni en el hecho de la renuncia ni en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. De acuerdo con la interpretación de la ley y repetida jurisprudencia, el error de derecho consiste en atribuir a una prueba un valor que legalmente no le corresponde. En otras palabras, se incurre en tal error cuando se ha reconocido a una prueba un mérito de que la ley la priva". Y luego manifiesta el recurrente como para concretar más su pensamiento sobre el particular: "Conforme al art. 1767 del C. C. y al art. 91 de la Ley 153 de 1887 no será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresó en acto o contrato que valga más de quinientos pesos ($ 500.00). De acuerdo con el art. 703 del C. J. lo dispuesto en la ley civil sustantiva sobre restricción para admitir la prueba testimonial con relación a promesas u obligaciones que pasen de quinientos pesos ($ 500.00). Es aplicable tanto para establecer la existencia de esas promesas u obligaciones como para el modo de extinguirlas. Es por demás claro, —continúa el impugnante— que en este caso la cuantía de la obligación en cuestión excedía de la suma prevista por la ley, ya que el salario básico mensual del empleado era de dos mil pesos ($2.000.00) y, consiguientemente, la renuncia del empleado (si hubiera realmente existido) habría significado para el patrono la extinción de una obligación de más de quinientos pesos ($ 500.00)".

Luego y ya refiriéndose a los testigos dice el recurrente que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 696 y 697 del citado código, solamente la declaración de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este modo es admisible conforme a la ley. Y que de acuerdo con los arts. 668 y 669 de la misma obra, para el esclarecimiento de hechos en que es admisible la prueba testimonial, están impedidos para declarar por presumirse parcialidad, los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que les paga una parte. Y ya en concreto, refiriéndose a los testigos Castañeda y Londoño, dice que no están de acuerdo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de una parte, y de la otra, sus manifestaciones no pueden considerarse imparciales, como que eran por entonces empleados del patrono demandado. Y de lo expresado concluye: el sentenciador quebrantó el art. 65 atrás citado, "al eximir al patrono de la obligación en que estaba de indemnizar perjuicios al trabajador por ruptura unilateral e ilegal del contrato".

Se estudia

El cargo tal como ha sido formulado es totalmente inocuo para producir los resultados buscados por el recurrente. En efecto: El Tribunal no apoyó su decisión sobre terminación del contrato de trabajo por renuncia del señor M'Causland R., en las declaraciones de los testigos Castañeda y Londoño, sino en las cartas que corren del fl. 39 al 45 inclusive, en las cuales se palpa la determinación, el propósito, la decisión del demandante de retirarse de la empresa, y muy particularmente de la carta por él dirigida al Presidente de la Junta Directiva de la Sociedad demandada, (fl. 136) que contiene su renuncia, como se vio en el estudio del cargo primero. Y si el *ad quem* hizo alguna referencia a los testigos mencionados por el recurrente ello obedeció a su afán de mayor ilustración sobre el particular. De otro lado el mérito que prestó a sus declaraciones fue casi ninguno, habida consideración de la crítica que les formuló.

No se ataca, pues, en este cargo el verdadero apoyo de la sentencia, mas si en gracia de discusión se admitiera algún fundamento a las observaciones del acusador, se tendría que el cargo es incompleto como quiera que deja por fuera de la impugnación los fundamentos sillares de la providencia, como son los ya anotados. De otro lado olvida el casacionista que en materia laboral de conformidad con lo que preceptúa el art. 61 del C. de P. T. el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, "y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes". De donde las argumentaciones expuestas como sustentación de la acusación, por su impropiedad, carecen totalmente de eficacia.

Aun cuando en materia de técnica del recurso, bien podrían formularse observaciones serias

a la demanda que se estudia, se abstiene la Sala de hacerlo, bastándole, en relación con este último cargo anotar que el art. 87 del C. de P. T. dice que "solo habrá lugar a error de derecho en la casación del Trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir 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".

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, NO CASA, la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte 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.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, noviembre diecisiete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 53).

José Miguel Figueroa, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, a la sociedad comercial "Bananera Zacapa, Limitada", representada por la señora Sara S. de De Mier, para que previos los trámites de un juicio ordinario se la condene a pagarle las sumas que resulten probadas correspondientes a los siguientes conceptos:

1. Los salarios faltantes en relación con el vencimiento del contrato presuntivo de trabajo. 2. Los salarios caídos. 3. El auxilio de cesantía. 4. Las primas de servicios. 5. Las vacaciones causadas y no disfrutadas. 6. Los dominicales y feriados comprendidos durante todo el tiempo de vigencia del contrato de trabajo. 7. El subsidio familiar, por ser padre de cuatro hijos. 8. Los perjuicios morales y materiales ocasionados con la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo. 9. Las costas del juicio y 10. Los intereses legales.

Los hechos en los cuales se apoyan las anteriores peticiones, resumidos indican: Que Figueroa celebró contrato verbal de trabajo con la demandada, en virtud del cual se obligó a prestarle sus servicios como Oficial de Albañilería en la Finca "Sarita", propiedad de la Sociedad, ubicada en el municipio de Aracátaca (Magdalena); que inició la prestación de sus servicios el día 10 de junio de 1957 y que fue despedido unilateral, injusta e intempestivamente el 10 de septiembre de 1958; que devengó un salario de $ 15.00. diarios, o sea, $ 450.00 al mes; que no se le dio preaviso de terminación del contrato; que el doctor Luis Aurelio Serrano Zúñiga Aarón, en su condición de apoderado de la demandada hizo la liquidación de las prestaciones sociales que corresponden al actor (16 de junio de 1959), la que ascendió a $ 1.427.00, suma que no le ha sido pagada ni ha sido consignada conforme lo preceptúa la ley laboral; que nunca se le reconoció suma alguna por concepto de dominicales y feriados ni se le ha pagado el valor de las vacaciones que no disfrutó y que la empresa tampoco le reconoció el valor del subsidio familiar a que se considera con derecho.

La empresa demandada negó los hechos y afirmó haber pagado siempre a sus trabajadores las prestaciones sociales a que tienen derecho y haber depositado siempre en la Caja respectiva las sumas que le corresponde pagar por concepto de subsidio familiar.

Surtidos los trámites legales, el Juez del conocimiento en sentencia proferida el 19 de noviembre de 1962, absolvió a la sociedad "Bananera Zacapa Limitada" de todos los cargos que le fueron hechos y produjo la respectiva condenación en costas. El Tribunal Superior de Santa Marta a cuya Sala Laboral llegaron los autos por apelación de la parte demandante, confirmó en todas sus partes la sentencia del inferior y condenó en costas al apelante, en providencia fechada el 15 de febrero de 1963.

Contra la sentencia del ad quem el apoderado del actor interpuso recurso de casación y por tal razón ha presentado la correspondiente demanda de casación, en la cual señala el alcance de la impugnación así:

Que la H. Sala, obrando como tribunal de instancia revoque la sentencia de segunda instancia y consecuencialmente la de primera instancia y en su lugar condene a la demandada..." en la forma que indica enseguida.

Contiene la demanda un cargo único concebido en los siguientes términos: "Primera causal del art. 87 del C. P. T. por infracción indirecta o de medio en que incurrió el ad quem, originada por error evidente al haber estimado erróneamente las siguientes pruebas: a) El documento que en original obra al fl. dos (2)

del cdno. ppal. 1, y la diligencia o reconocimiento del Sr. Luis Aurelio Serrano Zúñiga, fls. 35 y 36 del mismo; actitud esta que trajo como consecuencia necesaria la violación en la forma indicada de las siguientes disposiciones sustantivas laborales: arts. 1o., 3o., 5o., 22, 23, 24, 27, 37, 38, 39, 45, 46, 48, 49, 54, 55, 65, 186 a 192, 249 a 258, 306 a 308 del C. S. T., art. 2o. del Decr. No. 617 de 1954, Decrs. 2118 y 2214 de 1956, Decr. 118 de 1957, Ley 187 de 1959".

En la demostración del cargo el recurrente dice: "El ad quem se apoya para su confirmatoria de la sentencia de primera instancia en la circunstancia de que solo hay la declaración de Luis Serrano Zúñiga, de los fls. 35 y 36. Cabe anotar que la prueba a que en términos tan superficiales se refiere el ad quem es el reconocimiento que hizo este Dr. Serrano Zúñiga de su firma estampada personalmente en la liquidación, no carta, elaborada por él por autorización de la entidad demandada. Se trata de la diligencia de reconocimiento que aún con la salvedad que hizo, tiene pleno valor. El ad quem le dio plena credibilidad a lo manifestado por el Dr. Serrano Zúñiga en dicha diligencia de reconocimiento, pero, lo que ocurre es que, su manifestación extemporánea y con parcialidad muy clara, carece de valor y el ad quem le dio pleno valor. De ahí la errada interpretación de esta prueba. No es declaración del dr. Serrano Zúñiga lo que tuvo lugar en la audiencia pública de trámite el 19 de abril de 1961, fue simplemente el reconocimiento del documento del fl. dos (2)...". Y en un extenso escrito el casacionista se empeña en dar pleno valor a la prueba en cuestión en el sentido de comprometer a la empresa demandada por lo que dicho documento expresa.

SE ESTUDIA

Considera la Sala conveniente transcribir las palabras del sentenciador sobre la cuestión tratada por el recurrente. Dicen así: "Con la sola declaración del Dr. Serrano Zúñiga, el Juzgado del Trabajo profirió la sentencia de 19 de noviembre de 1962 y absolvió a la parte demandada de todos los cargos de la demanda... Se ha visto que en primera instancia solo se trajo la declaración del Dr. Luis Aurelio Serrano Zúñiga quien no aparece con ningún cargo o representación de la parte demandada, por lo cual no puede comprometerla. Además, hace una rectificación a la carta firmada por él, pues dice que hubo error ya que la empresa le había pagado todas las prestaciones desde diciembre de 1958. El actor no ha traído a los autos ninguna prueba con la cual demuestre el fundamento de sus aseveraciones por lo cual se hace necesaria la absolución de la empresa demandada, pues es principio general que quien afirma algo debe suministrar la debida probanza al tenor de lo preceptuado por el art. 1757 del C. C.". Y con apoyo en lo transcrito procedió a confirmar la determinación del inferior.

Evidentemente como lo dice, el Tribunal, solamente se aportó en el juicio, como prueba de los hechos enunciados en el libelo inicial, el documento de fl. 2, que fue reconocido por el Dr. Serrano Zúñiga, prueba que el recurrente estima como mal apreciada por el sentenciador en sí misma, así como también mal apreciada la diligencia de reconocimiento, por el fallador.

Se trata de una comunicación dirigida por el Dr. Serrano Zúñiga a la empresa "Bananera Zacapa Limitada", finca "Sarita" a la población de Aracataca, en la que dice: "Por medio de la presente envío a ustedes copia de la carta que les dirigí del día 8 de mayo de 1959, acerca de las reclamaciones hechas por los trabajadores Miguel Figueroa, y Ramón Serpa. De acuerdo con los datos recibidos acerca de los valores devengados por los señores Miguel Figueroa y Ramón Serpa, me permito darles la liquidación definitiva de dichos señores...". Y a continuación formula las liquidaciones anunciadas, siendo la del demandante por un total de $ 1.427.90. Llamado por el Juzgado a reconocer el documento anterior, en diligencia de fecha 19 de abril de 1961, el Dr. Serrano Zúñiga dijo: "Reconozco como mía la firma que aparece en el documento mencionado con anterioridad. Hago constar, que la liquidación hecha por mí en dicho documento es errada en consideración a que los datos suministrados por la empresa fueron también errados, habida consideración de que la empresa en diciembre del año de 1958 le canceló al señor Miguel Figueroa lo que le debía por concepto de toda clase de prestaciones. Esta constancia existe en los libros de la Empresa".

Como puede apreciarse, este documento emana de tercera persona que por serlo, en nada compromete a la Empresa demandada. En efecto, no está demostrado que el Dr. Serrano Zúñiga fuera el apoderado, mandatario o representante de la demandada, así como tam-

poco que los datos a que alude en la comunicación en referencia le hubieran sido entregados por persona facultada para ello. Y como si esto fuera poco, en la diligencia de reconocimiento, que desde luego en el aspecto que se pretende no le da mayor valor al documento, quien lo reconoció, afirmando ser suya la firma puesta en él, expresa que la liquidación consignada está errada como consecuencia de serlo igualmente los datos que le fueron suministrados. Se trata, pues, de un documento que nada prueba, mas si así no se reputara, es evidente que su contenido en nada perjudicaría a la empresa demandada por provenir de persona sin facultad ninguna para responsabilizarla, puesto que lo contrario no se halla establecido.

Se ha estudiado este recurso no obstante los errores en su técnica que presenta, que hubieran sido suficientes para desestimarlo. En efecto, el alcance de la impugnación lo formula el recurrente como si se tratara de una tercera instancia y no del recurso extraordinario de casación. De otro lado, ya en el cargo mismo, incurre en la equivocación de señalar leyes y decretos sin especificar cuáles de sus normas fueron las violadas por el sentenciador y por último, ha pasado por alto el casacionista que para que un cargo por error de hecho prospere se requiere que el error sea ostensible o evidente, cosa que no ocurre en la apreciación del documento de fl. 2, donde el formulado como único, carece de eficacia para los fines buscados por el impugnador.

El cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA, la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Aprobación: Acta No. 89).

Por intermedio de apoderado, *Juan Evangelista Aldana Ramírez* demandó a *Juan de Jesús Montenegro y Guillermo Celis*, este último en su condición de Gerente de la "Empresa de Transportes Real Tax S. A.", para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, se les condenase solidariamente a pagarle las cantidades de $ 2.685.00 por concepto de auxilio de cesantía; $ 2.625.00 por primas de servicio; $ 1.125.00 por vacaciones; $ 4.550.00 por dominicales; $ 1.475.00 por festivos laborados; $ 3.800.00 por lucro cesante; $ 200.00 por preaviso; y $ 750.00 mensuales, desde el 9 de enero de 1963 y hasta cuando se paguen las anteriores sumas, a título de indemnización moratoria.

Según las voces del libelo, Aldana prestó sus servicios personales a los demandados, como conductor de taxis de propiedad de Montenegro y afiliados a la mencionada empresa, desde el 15 de junio de 1959 hasta el 9 de enero de 1963, fecha en la que fue despedido injustamente y sin previo aviso. Devengó un salario de $ 25.00 diarios, equivalentes al 30% del producido del vehículo en un día. A pesar de que trabajó durante todos los domingos y feriados, nunca se le dieron descansos compensatorios ni se le remuneraron en legal forma. No le han sido cubiertas las prestaciones que reclama.

Solamente Juan de Jesús Montenegro contestó la demanda, y se opuso a su prosperidad por no haber existido vínculo de naturaleza laboral con el actor. Alegó las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

El Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, resolvió la *litis* en sentencia de veintiocho de noviembre de mil noviecientos sesenta y tres, absolviendo a los demandados de todos los cargos y condenando en costas al demandante.

El procurador judicial de este interpuso recurso de apelación contra ese proveído y el *Tribunal Superior de Bogotá* lo confirmó, mediante sentencia proferida el cuatro de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro, pues aunque encontró demostrada la existencia del vínculo, no halló probados los extremos de tiempo de servicio y salario.

Contra el fallo anterior, el mismo apoderado ha interpuesto el recurso de casación que la Corte va a decidir con examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Persigue la casación total del fallo impugnado y que la Sala, en sede de instancia, revoque el de primer grado y, en su lugar, despache favorablemente todas las peticiones del libelo inicial.

Tres cargos se formulan con tal propósito, mas ninguno de ellos permite el estudio de fondo por adolecer de graves deficiencias de carácter técnico, como se verá en seguida. Están enunciados así:

Primer cargo.- "*Violación directa de la Ley sustantiva.* Infracción del art. 1o. de la Ley 6a. de 1945; de los arts. 1o., 2o., 3o., 26 y 51 del Decr. No. 2127 de 1945 (28 de agosto); violación de los arts. 13, 14, 16, 19, 20, 23 y 24 del C. S. T.; C. C., arts. 1602, 1604 y 1769".

Segundo cargo.- "Violación directa de la ley sustantiva, por no aplicación de los arts. 23, 24 y 27 del C. S. del T., y arts. 1602 a 1617 del C C. y también violación de los arts. 645 y 647 del C. de P. C. respecto de las pruebas documentales, obrantes en el negocio recurrido, de-

bido al error de derecho en la apreciación de la prueba".

Tercer cargo.- "Error de derecho, por no apreciación de la prueba. Violación de los arts. 60 del C. de P. L., 472 del C. J.".

Ninguno de los cargos se formula mediante una proposición jurídica completa, pues no se citan en ellos como violadas las normas legales que consagran los derechos supuestamente desconocidos o vulnerados por el fallo que es materia de la impugnación y cuyo reconocimiento y efectividad se pretende obtener con esta, como son las relativas al auxilio de cesantía, prima de servicio, vacaciones, remuneración por trabajo en días domingos y festivos e indemnizaciones por lucro cesante y por mora. En el primer ataque, el recurrente acusa algunos preceptos de la Ley 6a. de 1945 y de su Decreto Reglamentario 2127 del mismo año, olvidando que esas disposiciones son completamente ajenas a la controversia. Y las que invoca del Código Sustantivo del Trabajo en este mismo cargo y en el segundo, apenas definen el contrato, señalan los elementos que lo caracterizan o presumen su existencia, y fueron aplicadas por el fallador, pues con base en ellas dedujo que las partes habían estado vinculadas por un contrato de índole laboral. Y en la tercera acusación no se alude siquiera a normas de carácter sustantivo, únicas cuyo quebrantamiento puede dar lugar la del fallo en casación.

El impugnante, por lo demás, no demuestra las infracciones que predica; confunde la violación directa con otras modalidades de infracción, y no vincula el error de derecho a pruebas *ad sustanciam actus,* sino que lo identifica con la falta de estimación o la equivocada apreciación de cualquier elemento probatorio.

Los vicios apuntados hacen manifiesta la ineficacia de los cargos y, en consecuencia, se rechazan.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el día cuatro de marzo de mil novecientos sesenta y cuatro.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre dieciocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Acta No. 89).

Ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, *Luis Enrique Gómez* demandó a la *"Fábrica de Pastas Alimenticias La Española"*, representada por su Gerente-Administrador, Jorge Luna Lara, o por quien hiciere sus veces, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, se le condenara a pagarle las cantidades que resulten probadas por concepto de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica, hospitalaria, transportes y demás gastos hechos con motivo del accidente de trabajo que sufrió estando al servicio de la empresa; el valor de la incapacidad permanente parcial que le sobrevino como consecuencia de dicho accidente; la indemnización de que tratan los incisos 1o. y 3o. del art. 65 del C. S. T. y las costas del juicio.

Relató en el libelo que el día 10 de marzo de 1959 comenzó a prestar sus servicios a la empresa demandada, como maquinista y con un salario de $ 50.00 semanales, el que posteriormente, al asignársele también las funciones de Jefe de Personal, le fue aumentado a $ 73.60 semanales. El 28 de abril de 1960, cuando se dedicaba a limpiar una de las máquinas, sufrió un accidente de trabajo que le ocasionó fracturas bilaterales, conminutivas y abiertas, en ambos miembros inferiores, por lo cual fue hospitalizado y tratado por los doctores Fernando Peña Moreno y Pedro H. Fuentes. Cumplido el tratamiento regresó al trabajo a desempeñar oficios livianos, pero como no hubo mejorías tuvieron que volverlo a tratar. En vista de que el especialista, Dr. Fuentes, aconsejó buscar un centro de mayores avances científicos, hizo solicitud al patrono para que lo enviara a Bogotá, pero la respuesta fue negativa. El 6 de noviembre de 1961 se le despidió, mediante memorial presentado al Juzgado en esa fecha, y se le consignó una suma irrisoria. Gómez viajó ese mismo día a Bogotá, y aunque se aduce este motivo como justificación del despido, lo cierto es que la consignación se hizo antes de que el viaje se efectuara.

En derecho citó los arts. 65, 199 y siguientes del C. S. T.

La empresa negó que los hechos hubiesen ocurrido en la forma como aparecen redactados y se opuso, en consecuencia, a la prosperidad de las pretensiones del actor.

El Juzgado del conocimiento desató la controversia el día cuatro de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, condenando a la demandada a pagar las sumas de $ 474.16 por concepto de auxilio de cesantía; $ 150.00 por vacaciones; $ 3.300.00 como indemnización por accidente de trabajo; $ 10.00 diarios, desde el 29 de febrero de 1960 hasta cuando se paguen las anteriores cantidades, a título de indemnización moratoria, y las costas del juicio. Autorizó, además, deducir de las condenas la suma de $ 733.50 que había sido consignada.

El Tribunal Superior de Cúcuta, al resolver la apelación interpuesta por los apoderados de ambas partes, revocó las condenas producidas por los extremos de cesantía, vacaciones e indemnización por mora; aumentó en $ 4.665.80 el valor de la indemnización por accidente de trabajo y no hizo condenación en costas.

Contra ese fallo, proferido el treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro, el procurador judicial del demandante interpuso el recurso de casación que la Corte va a decidir, por encontrarse debidamente cumplidos los trámites de rigor.

EL RECURSO

Aunque el impugnante expresa inicialmente

que persigue la casación del fallo para que, en su lugar, la Corte, como Tribunal de instancia, condene a la demandada a todas las peticiones de la demanda, manifiesta luego que sólo formulará un cargo con el objeto de obtener que se la condene por el extremo de indemnización moratoria. Por consiguiente, resulta claro que a la quiebra del pronunciamiento hecho por la sentencia sobre este punto se encamina la acusación.

El cargo.- El fallo es violatorio, por aplicación indebida, de los arts. 65, 204 y 206 del C. S. T., a consecuencia del evidente error de hecho de no haber tenido como demostrado, estándolo, que en la demanda se consignó petición por concepto de indemnización moratoria. En dicho error incurrió el sentenciador por haber dejado de apreciar el literal C) del *petitum* de la demanda, los recibos de fls. 61 a 256 del cdno. No. 2 y los fls. 2 a 49 del cdno. No. 1 y la declaración y el certificado del médico Fernando Peña Moreno.

LA SALA OBSERVA:

El Tribunal estimó que el fallo del *a quo*, en cuanto condenó a pagar indemnización por mora, fue *extrapetita* y producido, además, con violación del art. 50 del C. P. L., pues ese punto no fue materia de discusión en el curso del debate. Es decir, que esta norma constituye base fundamental de la decisión del *ad quem* y fue la que le sirvió de medio para llegar a las otras infracciones que señala la censura. Como en esta no se incluye aquella como violada, salta a la vista la deficiencia técnica del cargo, por no contener una proposición jurídica completa, y su consiguiente ineficacia.

Si se le hubiera formulado adecuadamente, habría sido preciso reconocerle razón al recurrente, desde luego que la demanda sí contiene la súplica que el fallador echó de menos y el error que se le imputa aparece de manifiesto. Pero aún así el ataque no habría prosperado, por cuanto la Sala, al actuar como Juez de instancia, habría llegado a una conclusión absolutoria por el extremo reclamado, con base en que la demandada consignó oportunamente lo que creyó deber y en que su conducta en ningún momento estuvo afectada de mala fe.

El cargo, en consecuencia, se rechaza.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO CASA la sentencia materia del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta con fecha treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente, Abogado Asistente: Dr. Tito Octavio Hernández).

(Aprobación: Acta No. 92).

Daniel Olier Henríquez, por medio de apoderado, demandó a la *empresa Acueductos y Alcantarillados S. A.,* ante el Juzgado del Trabajo de Quibdó, para el pago de indemnización por despido injusto, preaviso, primas de navidad, reajuste en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas y cesantía, observando que del reconocimiento que se le haga debe descontarse lo liquidado y pagado por dicha empresa.

Afirma, como hechos de la demanda, que prestó servicios a la entidad demandada desde el 24 de mayo de 1960, en el cargo de Secretario-contador, mediante un sueldo mensual de $ 850.00; fue despedido sin causa justa e incompleto el pago de sus prestaciones.

En la contestación, el representante de la sociedad manifiesta que si hubo contrato de trabajo escrito, tal acto es violatorio de la ley, puesto que no puede haber relaciones de esa índole entre la administración pública y sus empleados, ni es aplicable a estos el C. S. del T. Se atiene a lo que se pruebe en relación con los demás hechos de la demanda y se opone a las condenaciones solicitadas.

El Juez del conocimiento decidió el litigio en la siguiente forma:

"*Primero.*- Condénase a la Sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Chocó S. A.', representada por su gerente, a reconocer y pagar al señor Daniel Olier Henríquez, por conducto de su apoderado Dr. Julio Alvarez Cuesta, la indemnización correspondiente a cuatro meses, (4 meses) nueve días (9 ds) de acuerdo con el último sueldo devengado por el demandante y como faltantes del plazo pactado o presuntivo por ruptura unilateral e ilegal del contrato, en el lapso comprendido del 16 de julio al 24 de noviembre de 1963".

"*Segundo.*- Absuélvase (sic) a la Sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Chocó S. A.', de pagar valor alguno al señor Daniel Olier Henríquez, por concepto de preaviso, por no haberse causado esta indemnización".

"*Tercero.*- Condénase a la Sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Chocó S. A.', de las condiciones civiles anotadas, a reconocer y pagar al señor Daniel Olier Henríquez, por conducto de su apoderado Dr. Julio Alvarez Cuesta, el valor de la prima proporcional correspondiente al segundo semestre de 1963".

"*Cuarto.*- Igualmente, condénase a la Sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Chocó S. A.', a reconocer y pagar al señor Daniel Olier Henríquez, por conducto de su apoderado Dr. Julio Alvarez Cuesta, el valor correspondiente por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas, que faltan por liquidarle".

"*Quinto.*- Asimismo, condénase a la Sociedad 'Acueductos y Alcantarillados del Chocó S. A.', a reconocer y a pagar al señor Daniel Olier Henríquez, por conducto de su apoderado Dr. Julio Alvarez Cuesta, el valor correspondiente a cesantía que faltan por liquidarle de conformidad con el último sueldo devengado por aquel".

Apeló el apoderado de la parte demandada y el *Tribunal Superior de Quibdó,* en providencia del 29 de septiembre de 1964, confirmó la de primera instancia, pero modificándola en el sentido de condenar al pago de 45 días de preaviso, en vez de la indemnización por lucro cesante. Además, resolvió que las costas "quedan a cargo del litigante vencido".

El representante de la empresa interpuso recurso de casación, el cual le fue concedido, y tramitado convenientemente en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la deman-

da que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Pretende que la sentencia recurrida sea casada totalmente, para que, en su lugar, se absuelva a la parte demandada. Y en un aparte que el casacionista denomina "Motivos de Casación - Cuestión sujeta al Recurso", manifiesta que la sentencia violó por interpretación errónea y por aplicación indebida varios preceptos de la ley sustantiva que luego enumerará, pues dejó de apreciar pruebas que ha debido apreciar y apreció otras, que ha debido desechar incurriendo así en error de hecho en su estimación, el cual aparece de manifiesto en los autos, como lo demostrará.

Prosigue el recurrente, dentro del mismo aparte, expresando que las falsas conclusiones del Tribunal, "lo llevaron a violar en forma flagrante el art. 2o. del C. de P. L. (Dcr. 2158/48), que es una disposición sustantiva puesto que sólo adscribe a los jueces del Trabajo los conflictos que se originan en el contrato de trabajo y no los que se suscitan entre las entidades oficiales o públicas y sus servidores". Y agrega que, por lo mismo, violó ostensiblemente el art. 1o. de la Ley 6a. de 1945 y el 4o. del Dcr. 652 de 1935, e infringió igualmente, el art. 1757 del C. C.

Luego se refiere, separadamente, a los mismos arts. y al 4o. del Dcr. 2127 de 1945, en la siguiente forma:

"*Primera causal :* Después de transcribir el texto del art. 2o. del C. P. del T. explica, que la primera acusación que ha formulado es por violación de esta norma, puesto que de ella se infiere que sólo los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo son de conocimiento de la jurisdicción Laboral, y tratándose de una disposición de carácter sustantivo, su violación engendra la causal de casación contemplada en el ord. 1o. del art. 87 del C. P. del T., por haberse aplicado indebidamente al caso de autos "y haber asumido la jurisdicción laboral el conocimiento del litigio, interpretándola erróneamente, por errónea apreciación de una prueba".

Agrega que, en su sentir, el señor Olier Henríquez no estuvo ligado a Acueductos y Alcantarillados Chocó S. A. por medio de contrato, pues no aparece de autos pacto alguno escrito, individual o colectivo, ni está demostrado el contrato verbal, ni hay razones para presumirlo. Por el contrario, —dice— el demandante fue un típico trabajador oficial o empleado público, designado por la empresa para el cargo de Contador. Los empleados públicos, —continúa el casacionista— mientras no tengan la protección de un estatuto especial, son de libre nombramiento y remoción máxime cuando se les comprueba, como en el presente caso, deslealtad y mal comportamiento para con la empresa.

Termina el impugnador expresando que el ad quem apreció erróneamente la prueba referente a la constitución de la sociedad, pues entendió que al formarse como sociedad anónima, persigue fines de lucro, y este criterio es equivocado, porque de tal circunstancia no se desprende esa finalidad. Esta apreciación acerca de la naturaleza jurídica de la empresa —continúa la censura—condujo a la aplicación indebida del art. 2o. del C. de P. L.

"*Segunda causal* .- Cita como violado el art. 1o. de la Ley 6a. de 1945, y comenta que "al darle el sentenciador alcance y extensión diferentes a los señalados por el legislador, por la apreciación indebida de la prueba, como ya se vio al estudiar la primera causal, violó esta disposición por haberla aplicado indebidamente y haberla interpretado en forma errónea, con lo cual incurrió en la causal de casación que contempla el ord. 1o. del art. 87 del C. de P. L.".

"*Tercera causal* .- Bajo este epígrafe, señala como violado el art. 4o. del Dcr. 2127 de 1945. Transcribe el contenido de esa disposición; hace un breve comentario de ella, en cuanto a su sentido doctrinario, y concluye que, por errónea apreciación de las pruebas el Tribunal la infringió por un doble aspecto: por darle a un clásico funcionario oficial un "tratamiento contractual", y por situar a la empresa dentro de la excepción que consagra el mencionado artículo, de donde se desprende que hubo apreciación errónea de las pruebas sobre constitución de la empresa "lo cual dio base para incurrir en error de hecho en la apreciación de las pruebas y violó pues por aplicación indebida e interpretación errónea el art. 4o. del Dcr. 2127 de 1945".

"*Cuarta causal* .- Acusa violación del art. 4o. del Decr. 652 de 1935 y, luego de copiar el texto de esta norma, manifiesta que el señor Olier trabajaba por cuenta del departamento

del Chocó, y su sueldo era pagado por un organismo dependiente de esa entidad. Que por error de hecho en la apreciación de las pruebas, como se ha visto en capítulo anterior, el ad quem dejó de aplicar aquel precepto, que era el pertinente y aplicó disposiciones que no correspondían.

"*Quinta causal* .- Habla de violación del art. 1757 del C. C., transcribe su texto, y afirma que el sentenciador no lo tuvo en cuenta, puesto que consideró que el demandante se encontraba dentro de las excepciones del 4o. del Decr. 2127 de 1945 sin que el actor, a quien correspondía la carga de la prueba, lo hubiera demostrado. Concluye el casacionista que al invertir el sentenciador la carga de la prueba, violó directamente el art. 1757 del C. C.".

SE CONSIDERA

Es fácil observar a través de la enunciación de sus ataques, que el impugnador refiere la violación de las disposiciones señaladas a un error del Tribunal en la apreciación de la escritura de constitución de la Sociedad "Acueductos y Alcantarillados Chocó S. A." sin que, dentro de los propósitos de la censura, hubiera logrado la demostración del error ostensible que le atribuye al sentenciador.

Además, es notoria la falta de técnica en la presentación de los cargos que el recurrente denomina causales de casación, puesto que vinculándolos, como se dijo, a un error de juicio en la actividad probatoria del fallador, habla en ellos de interpretación errónea, de violación directa y de aplicación indebida de las normas infringidas. Es decir, que hace una mezcla inadmisible de los diversos conceptos por los cuales puede violarse la ley, conceptos que al provenir de fuentes distintas exigen un análisis y demostración diferentes y una presentación separada de ellos. Ni toma en cuenta el casacionista que a la violación de la norma sustantiva puede llegar el sentenciador por dos vías: en forma directa, cuando a un hecho, que no se discute en el proceso, deja de aplicar la sentencia la norma que lo regula, o cuando se tiene un equivocado concepto acerca de su contenido, con independencia de toda cuestión de hecho, o por vía indirecta, cuando la infracción proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba, con el efecto de un error de derecho o de hecho que aparezca ostensible en los autos.

De otro lado, aún considerando conjuntamente los cargos formulados, resulta incompleta la proposición jurídica. En efecto, el recurso persigue, como se observó al hablar del alcance de la impugnación, la casación total de la sentencia y la absolución de la parte demandada. Luego el recurrente ha debido incluir en su ataque las normas que consagran los derechos de prima de servicios, vacaciones y cesantía, reconocidos en el fallo que se *revisa*. Al no hacerlo, los cargos, individualmente considerados y, en su conjunto, resultan incompletos y la Corte, oficiosamente, no puede enmendar el error sin contrariar las exigencias técnicas del recurso. Los cargos, por tanto, son inadmisibles.

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, 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.

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Acta No. 91).

En el Juzgado 3o. Laboral Municipal de Bogotá correspondió el juicio ordinario que *Guillermo Muñoz Gutiérrez* entabló contra la *Texas Petroleum Company* para obtener por esta vía el pago de las siguientes prestaciones e indemnizaciones: a) el monto de la correspondiente indemnización por despido injusto según el tiempo de servicio; b) la pensión mensual vitalicia de jubilación a partir de la fecha en que el actor cumpla cincuenta (50) años de edad; c) el reajuste del auxilio de cesantía; d) la prima de antigüedad conforme a la Convención Colectiva de Trabajo; c) las horas extras trabajadas en el lapso comprendido entre el 12 y el 18 de noviembre de 1965; f) la práctica del examen sanitario y la expedición del correspondiente certificado; y g) la indemnización moratoria a partir del 24 de noviembre de 1965 hasta la fecha en que la demandada pague al reclamante la totalidad de las prestaciones adeudadas.

Como hechos y omisiones que fundamentan su acción el demandante Muñoz Gutiérrez alegó los siguientes: que sirvió a la Texas Petroleum Company desde el 1o. de julio de 1939 hasta el 19 de noviembre de 1965, fecha esta en que fue detenido en la cárcel municipal de Puerto Boyacá, como sospechoso de hurto y falsificación de firmas, en virtud de intrigas ideadas y dirigidas por la empresa; que permaneció preso hasta el 1o. de diciembre de 1965, en que se le puso en libertad incondicional, por haber comprobado su absoluta inocencia; que el 24 de noviembre de 1965, estando preso, fue obligado por el señor Héctor Ruiz, Jefe del Departamento de Relaciones Industriales de la Texas, a presentar "renuncia voluntaria del cargo", mediante carta que llevaba redactada dicho señor Ruiz, en circunstancias manifiestas de coacción; que el día 22 de noviembre de 1965, antes de habérsele exigido la "renuncia voluntaria", recibió orden de la Texas para que al día siguiente se presentara al médico "con el objeto de que se le practicasen exámenes médicos de retiro voluntario" y que el 1o. de diciembre de 1965, una vez que el demandante recobró su libertad, "se presentó a la Texas a fin de que se le diera la orden para hacerse practicar el examen médico de retiro, pero no se le quiso atender, es decir, se le negó la orden solicitada"; que en la fecha de su retiro el actor devengaba un salario diario promedio aproximado de $ 112.00 a $ 115.00; que nació el 7 de septiembre de 1921 y cumplirá los cincuenta años de edad el 7 de septiembre de 1971; y que al retirarse, la empresa le liquidó y pagó, por concepto de cesantía, por el lapso comprendido entre el 28 de enero de 1947 y el 24 de noviembre de 1965, solo la suma de $ 37.688.52.

La sociedad demandada, al replicar el libelo, aceptó algunos hechos, aclaró otros y desconoció los restantes. Propuso también las excepciones de pago, cobro de lo no debido, carencia de acción y título para pedir, compensación y transacción.

En el Juzgado del conocimiento se clausuró la primera instancia con fallo que condena a la Texas a pagar a su demandante Muñoz Gutiérrez la suma de $ 36.721.46 por lucro cesante y una pensión de jubilación vitalicia por la cantidad de $ 1.402.87 mensuales a partir del día en que cumpla cincuenta años de edad; la absuelve de las demás súplicas de la demanda; declara probada la excepción de pago total de la cesantía e infundadas las restantes excepciones; e impone, finalmente, a la demandada un sesenta por ciento de las costas del juicio.

En apelación la anterior sentencia, por instancia de ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante res. datada el 28 de junio de 1968, la confirmó con algunas ligeras modificaciones consistentes en reducir la condena

en concepto de indemnización por despido a la suma de $ 36.141.21 y el monto de la pensión mensual de jubilación a $ 1.320.25.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación ambos litigantes, que les fue concedido y admitido, pero sólo la parte demandante sustentó el suyo en escrito que la Corte procede a examinar. Se tendrán en cuenta igualmente las observaciones del opositor a la demanda de casación.

El alcance del recurso pretende la infirmación de la sentencia acusada en cuanto en el numeral 1o. de su parte resolutiva modifica los literales a) y b) del art. 1o. de la sentencia apelada, y en el numeral 2o. confirma los numerales de la misma sentencia; y para que, en su lugar, convertida la Corte en tribunal de instancia, reforme los literales a) y b) del art. 1o. de la sentencia de primer grado; revoque los arts. 2o. y 3o. y reforme el art. 4o., acogiendo así las súplicas contenidas en las peticiones cuarta, quinta, octava, novena y décima de la demanda.

Con esta finalidad el recurrente rige tres cargos contra la sentencia, de los cuales la Corte, para comenzar su estudio, por orden lógico elige el *segundo,* en que se acusa violación, por falta de aplicación, debida a interpretación errónea, de la obligación 7a. del art. 57 del C. S. del T. y del numeral 3o. del art. 65 del mismo Código.

El recurrente, luego de mencionar los pasos de la sentencia en que el Tribunal, para no imponer la indemnización moratoria, considera que la sociedad demandada cumplió con el pago de las acreencias laborales del actor y le entregó la orden para el examen médico de retiro, agrega lo siguiente:

"Así las cosas, y si se tiene en cuenta que la obligación legal de la Texas, según lo dispuesto en el numeral 7o. del art. 57 del C. S. T., no era únicamente la de entregarle a Muñoz Gutiérrez 'la orden de examen médico de retiro , sino la de *hacerle practicar examen sanitario"* (el subrayado y las mayúsculas son míos) de retiro, y si de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia de la H. Corte, la "errónea interpretación se produce cuando la que se le de a la ley no está de acuerdo con su espíritu y finalidad, y como consecuencia de ello se deja de aplicar la ley al caso controvertido o se aplica indebidamente", no cabe la menor duda que la interpretación errónea que el H. Tribunal le dio al art. 65 del C. S. T., lo condujo a la falta de aplicación del numeral 3o. de este artículo y también a la falta de aplicación del numeral 7o. del art. 57 del mismo Código, pues el "espíritu y finalidad" de las normas legales citadas, no es simplemente para que el patrono le entregue al trabajador una orden para que se le practique o no examen médico o sanitario, sino que la obligación del patrono se satisface haciéndole practicar efectivamente al trabajador el examen sanitario a que tiene derecho, salvo que el trabajador, "por su culpa, eluda, dificulte o dilate" la práctica del examen.

"El equivocado concepto del contenido del art. 65 del C. S. T., en relación con la obligación 7a. del art. 57 del mismo Código, condujo al H. Tribunal a dejar de aplicar estas normas, siendo el caso de aplicarlas".

Se considera

El art. 65 CST, en su numeral tercero, extiende la indemnización moratoria al caso en que el patrono "no haga practicar al trabajador el examen médico y no le expida el correspondiente certificado de salud de que trata el ord. 7o. del art. 57", disposición esta que consagra y regula tal obligación especial del patrono respecto al trabajador que lo solicite a la terminación del contrato, que consiste en "hacerle practicar examen sanitario y darle certificación sobre el particular, si al ingreso o durante la permanencia en el trabajo hubiere sido sometido a examen médico. Se considera que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, cuando transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta donde el médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente".

De conjunto de estas normas se desprende que el patrono, obligado a hacer practicar el examen médico del trabajador a la terminación del contrato, cumple con ese especial deber si entrega al asalariado la orden correspondiente, la cual hace presumir el allanamiento patronal a que el respectivo examen médico sea practicado en la oportunidad debida. Si el patrono demuestra, por consiguiente, que entregó dicha orden al trabajador, le basta esta circunstancia para exonerarse de la sanción moratoria, sin que tenga necesidad de acreditar también la práctica material del examen. Es al trabajador, obligado en interés propio a colaborar positivamente a que el examen sanitario se efectúe, a quien corresponde la obliga-

ción de establecer, como cuestión de hecho, que no obstante haber recibido la orden, el patrono se negó a hacerla efectiva, porque la presunción de culpa en caso de omisión del examen está legalmente erigida contra el trabajador que recibe la orden correspondiente y sobre él pesa, por tanto, la carga probatoria de destruirla.

El Tribunal se limitó en el sub lite a expresar sobre la cuestión: "Al tenor de lo dispuesto en el art. 65 del C. S. del T., la parte demandada cumplió con el pago de las acreencias laborales del actor y la orden de examen médico. Por ello, se confirmará la absolución decretada en la sentencia que se revisa, porque además está comprobado que al actor le fue entregada la orden de examen médico de retiro (fl. 26), y se repite, no hay saldo de prestaciones o salarios que originen indemnización moratoria". No hizo así el sentenciador ninguna exégesis minuciosa del precepto que se indica violado, pero lo entendió y aplicó al caso de acuerdo con su recto sentido, conforme al cual basta que el patrono acredite la entrega al trabajador de la orden de examen médico para liberarse de la indemnización moratoria, corriendo por cuenta del trabajador la demostración de que, a pesar de tal orden, el patrono se negó a hacerla efectiva en su oportunidad.

El cargo no prospera.

En el *primer cargo* el recurrente acusa la sentencia de violar indirectamente, por falta de aplicación el art. 1o. de la Ley 95 de 1890, y como resultado de error de hecho, los arts. 57, obligación 7a. y 65, numerales 1o. y 3o. del C. S. del T.

El impugnante menciona como documentos auténticos faltos de apreciación por el sentenciador los certificados expedidos por el Director de la Cárcel Municipal de Puerto Boyacá y por el Juzgado 2o. Penal del mismo lugar. De estos documentos dice el recurrente que si los hubiera apreciado el Tribunal, y hubiera aplicado en consecuencia el art. 1o. de la Ley 95 de 1890, habría quedado establecido procesalmente que Muñoz Gutiérrez, debido a fuerza mayor, estuvo imposibilitado durante los días comprendidos del 24 al 28 de noviembre de 1965, legal y físicamente, para hacerse practicar el examen médico de retiro.

Tal falta de apreciación llevó al Tribunal a concluir erradamente que "la parte demandada cumplió con el pago de las acreencias laborales del actor y la orden de examen médico", ya que esta orden no la podía cumplir Muñoz Gutiérrez por imposibilidad física. Y el recurrente, para demostrar la incidencia del error de hecho en la parte resolutiva de la sentencia, finaliza en este punto su acusación así: "Lo dicho anteriormente significa que, si el H. Tribunal hubiera apreciado los dos documentos aludidos, habría concluído que la Texas no cumplió con la obligación legal de hacerle practicar examen sanitario a Muñoz Gutiérrez, en la fecha del retiro y, en consecuencia, el incumplimiento de tal obligación la hizo acreedora a la sanción indicada en el numeral 3o. del art. 65 del C. S. del T., en relación con la obligación 7a. del art. 57 del mismo Código".

Se considera:

El art. 1o. de la Ley 95 de 1890, que el recurrente estima como indirectamente violado en la sentencia, establece que "se llama *fuerza mayor o caso fortuito* el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".

El recurrente sostiene, con entera razón, que el hecho de haber estado detenido el demandante Muñoz Gutiérrez en la cárcel municipal de Puerto Boyacá, esto es, por virtud de un acto de autoridad, es constitutivo de fuerza mayor, que le impidió someterse al examen médico ordenado por la Texas con ocasión de la terminación del contrato laboral acaecida en los mismos días de su detención. Pero esta circunstancia, por ser imprevista e irresistible, es desde luego constitutiva de fuerza mayor, no sólo para el demandante, quien estuvo imposibilitado para el examen médico en los días en que perdió su libertad, sino también para la misma empresa, que no podía practicar el examen del recluso en tales circunstancias. Lo cual significa que el término de cinco (5) días señalado en el art. 57 regla 7a. del CST., para la práctica del examen médico, que se cuenta a partir de la fecha del retiro del trabajador, debió suspenderse durante todo el lapso comprendido por la fuerza mayor, suspensión que en el caso de autos se prolongó hasta el día en que el trabajador recobró su libertad personal y estuvo en condiciones de presentarse al examen médico, sin que la empresa pudiera oponerse a su práctica por ella misma ordenada.

Siendo las cosas así, la falta de apreciación de los documentos auténticos señalados por el recurrente, los cuales acreditan sólo la detención de Muñoz Gutiérrez entre el 19 de no-

viembre y el 1o. de diciembre de 1965, no tiene incidencia alguna en las conclusiones del *ad quem* sobre inaplicabilidad del art. 65 numerales 1o. y 3o. del CST, pues, por una parte, el Tribunal no ignoró que Muñoz Gutiérrez se hallaba preso en la cárcel municipal de Puerto Boyacá, deducción que sacó de pruebas distintas a las que cita el recurrente como dejadas de apreciar, como ocurre, por ejemplo, cuando el *ad quem* examinó las circunstancias probatorias en que se produjo la llamada carta de "renuncia voluntaria" del actor; y de otra parte, la detención preventiva del trabajador, como pudo verse en el cargo anterior acerca del sentido y alcance de la obligación patronal sobre examen médico, si bien circunstancia constitutiva de fuerza mayor y suspensiva, por lo mismo, del plazo legal para la práctica del examen médico, no disculpaba al trabajador, una vez que la fuerza mayor cesó, de presentarse a la empresa en demanda de tal examen. Solo la oposición del patrono a su práctica, la demostración de este hecho por los medios probatorios adecuados y el error fáctico en la valoración de tales pruebas, de ser posible en el recurso, harían valedero el cargo por el aspecto que se considera. Mas la falta de apreciación de los documentos a que alude el recurrente, no es incidente, en sí mismo, para mostrar error alguno en las conclusiones del Tribunal respecto a la aplicación del texto o textos legales que el cargo indica.

No prospera el cargo.

El tercer cargo acusa la sentencia de violación indirecta, por falta de aplicación del art. 697 del C. J. de los arts. 249 CST, art. 8o., literal d) numeral 4o. del Decr. Legislativo 2351 de 1965 y del art. 8o. numeral 2o. de la Ley 171 de 1961, como resultado de error de derecho.

En demostración del cargo arguye el recurrente que el art. 697 C. J. dispone que "dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley". Que en autos obran las declaraciones contestes de Eugenio Santa Bohórquez, Azarías Barrientos y Heliodoro Vega, con las cuales se establece que Muñoz Gutiérrez le prestó sus servicios a la Texas Petroleum Company, sin solución de continuidad, desde el 1o. de julio de 1939 hasta el 19 de noviembre de 1965; y que estas declaraciones concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, constituyendo plena prueba en cuanto acreditan la prestación de servicios de Muñoz Gutiérrez a Texas, durante el lapso anteriormente indicado.

Finaliza expresando que la falta de apreciación de estas pruebas por el Tribunal lo hizo incurrir en error de derecho al no dar a las declaraciones el valor que la ley les asigna, error que lo condujo a no dar por establecidos los servicios de Muñoz Gutiérrez durante todo el tiempo indicado; y que la incidencia de este error en la parte resolutiva del fallo se advierte fácilmente, pues si se hubieren dado por establecidos los hechos a que se refieren las declaraciones de Santa Bohórquez, Barrientos y Vega, el valor del auxilio de cesantía, de la indemnización por despido injusto y de la pensión de jubilación, debieron reconocer y liquidarse con base en los servicios prestados desde el 1o. de julio de 1939 y no solo desde el 28 de enero de 1947, como se dedujo erróneamente en la sentencia recurrida.

Se considera:

El error de derecho en la casación del trabajo, conforme al art. 60, inc. 2o., numeral 1o., del Decr. 528 de 1964, norma que en este punto no experimentó modificación alguna por la Ley 16 de 1968, solo tiene lugar "cuando se haya dado por establecido un hecho por 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".

Es indudable, por tanto, que la norma no considera como errores de derecho sino los atinentes a las pruebas solemnes, dejando de lado aquellos otros que la casación civil reconoce y admite también como errores de derecho, por versar sobre la aducción y valoración de medios probatorios sin el lleno de los requisitos legales. En tales casos, sin desdeñarlos, la casación laboral los trata como errores de hecho, aunque en rigor estricto no les convenga tal calificativo.

Mas restringido actualmente el error de hecho en la casación del trabajo, por virtud del art. 23 de la Ley 16 de 1968, a "solamente cuando provenga de falta de apreciación de un documento auténtico", habrá de concluirse que al recurrente le han quedado cerrados todos los caminos para que la Corte pueda examinar el pretendido error que se dice cometido por el

Tribunal en la apreciación de la prueba testimonial aludida.

No sobra advertir, por último, haciendo abstracción de los principios legales que se acaban de comentar, que el art. 697 del C. J. ("dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley") constituye una regla probatoria cuya eficacia se extiende al ámbito de las relaciones de mero derecho privado, donde impera el sistema de la tarifa legal, de que dicha norma es caracterizado prototipo. Mas en el campo del derecho laboral, en que rige el sistema de la persuasión racional, conforme al art. 61 del CPT, el juez no se halla atado a reglas predeterminadas de valoración probatoria, salvo el caso de las pruebas solemnes, pudiendo formar su convicción libremente, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes, y de ahí que la jurisprudencia ha podido decir con razón que "en los juicios laborales no hay tarifa probatoria, y el fallador forma su convencimiento libremente sin hallarse sometido a ella, por lo cual puede un tribunal desestimar el dicho de dos testigos, producido con caracteres de uniformidad, y atenerse al de uno solo que le produzca mejor impresión de credibilidad, sin que este proceder implique violación legal alguna". (Sent. 22 agosto de 1949, G. del T., tomo IV. pág. 716).

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Luis Fernando Paredes, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 92).

El doctor Mario Gómez Pacheco, demandó por medio de apoderado, ante el Juzgado Segundo del Trabajo de Cali, a la sociedad denominada "Productos Labrapia de Colombia, Limitada", representada por su Gerente apoderado Onésimo Azara Pereira, con el fin de que se la condene a pagarle:

1. Los salarios correspondientes al tiempo que faltó para completar el término presuntivo del contrato de trabajo (5 meses y 25 días); 2. El valor de las participaciones en ventas a que tenía derecho; 3. El valor correspondiente a los perjuicios sufridos por el actor, así como también el lucro cesante, como consecuencia de la terminación unilateral del contrato de trabajo; 4. Las sumas que se prueben por concepto de reajuste de vacaciones, primas y cesantía; 5. El valor de los pasajes de regreso a Río de Janeiro, para el demandante y los miembros de su familia, como consecuencia de haber sido contratado en aquella ciudad y por último, los salarios caídos.

Los hechos en los cuales se apoyan las anteriores peticiones, indican: Que el doctor Gómez Pacheco desde el día 3 de marzo de 1931 venía prestando sus servicios de Químico Licenciado en Río de Janeiro a los Laboratorios Brasileiro de Chimiterapia, Productos Labrapia S. A. (Casa Matriz) hasta el 26 de septiembre de 1948, fecha en la que se le hizo firmar una carta contrato con estipulaciones apropiadas para venir a Colombia a desempeñar igual cargo al que tenía en Brasil en la Agencia que se había establecido conforme a escritura pública 874 de 29 de marzo de 1948. Esta carta la suscribió igualmente al Gerente de la Empresa señor Carlos Da Veiga Soares;

Que por la vía aérea y en cumplimiento del contrato que había celebrado, salió el doctor Gómez Pacheco con destino a Colombia el 27 de septiembre de 1948, con pasaje ordenado por el ya citado señor Da Veiga Soares; que su entrada a este país la hizo por el aeropuerto de Barranquilla el día 28 del citado mes de septiembre, en donde fue recibido por el Gerente apoderado de Labrapia de Colombia José De Almeida Hilho y por el doctor Carlos Martín Leyes, Director Científico de los Laboratorios Picot, carácter con el cual era distribuidor de los productos Labrapia en Colombia;

Que el 29 de septiembre de 1948, el doctor Gómez Pacheco se incorporó de modo personal y directo a sus trabajos de laboratorio, en el carácter en que fue contratado, siendo testigos de este hecho Mario Soulie, la doctora Berta Díaz de Fernández y su esposo Roberto Fernández,

Que en el mes de junio de 1952 el demandante fue trasladado a Cali con el mismo cargo que había desempeñado en Barranquilla, y sin que se hubiera presentado solución de continuidad en el servicio y que allí continuó prestando su colaboración como químico hasta el 31 de marzo de 1960;

Que por cuenta de la sociedad demandada viajaron a Colombia los miembros de la familia del doctor Gómez Pacheco, quienes llegaron a este país el 31 de enero de 1949 y cuyo ingreso a Colombia, así como el del demandante, se encuentra registrado en los prontuarios del Departamento Administrativo de Seguridad, Sección de Extranjeros.

Que el sueldo que el doctor Gómez Pacheco devengó fue de $ 1.500.00 mensuales fijos, más el dos por ciento (2%) sobre ventas netas, sin que que hasta la fecha se le hayan pagado las efectuadas en el exterior. Que el promedio parcial liquidado mensualmente ascendió en el año de 1959, entre sueldos y comisiones sobre ventas, a $ 3.920.00;

Que con fecha 25 de marzo de 1960 se le hizo entrega al doctor Gómez Pacheco de una carta

por la cual la empresa demandada daba por terminado su contrato de trabajo el día 31 de marzo del mismo año, cosa que así ocurrió, después de haber prestado eficientes servicios por el lapso de 11 años, 6 meses y 5 días y sin que mediara una justa causa para tal determinación;

Y que pese a los reclamos que ha hecho a la empresa sobre reajuste y pasajes aéreos, no ha obtenido respuesta, y por lo mismo sus valores no le han sido reconocidos.

El Juzgado del conocimiento, agotados los trámites legales, puso fin a la primera instancia en sentencia de fecha 17 de marzo de 1962, por medio de la cual condena a la empresa "Productos Labrapia de Colombia, Limitada" a pagar en favor del doctor Gómez Pacheco por los conceptos que se enuncian, las siguientes cantidades: Por lucro cesante, $ 22.933.82, por pasajes aéreos para regreso de cinco personas al Brasil, $ 11.727.79 y las costas del juicio.

Con motivo de haberse interpuesto por las dos partes recurso de apelación contra la anterior providencia, los autos subieron a conocimiento del *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali,* cuya Sala Laboral, surtidos los trámites de ley, resolvió el recurso en sentencia dictada el 23 de junio de 1964 en la cual dispuso:

"1o. Refórmase la sentencia apelada. En consecuencia se confirma el ordinal A) del punto primero y se revoca el ord. B) del mismo punto.

"2o. Confírmase la condenación en costas.

"3o. Sin costas en esta instancia".

Oportunamente los apoderados de ambas partes interpusieron contra la sentencia anterior recurso de casación el que les fue concedido y admitido, pero como la parte demandante como recurrente no sustentó el recurso dentro del término señalado por la ley, se declaró desierto en auto que exhibe fecha 19 de octubre de 1964. Por este motivo se procede a estudiar el de la parte demandada, cuyo apoderado enuncia así el alcance de la impugnación;

"Con la presente demanda pretendo que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia, ya indicada, en cuanto condenó al pago de indemnización por lucro cesante y de las costas; se revoquen todas las condenaciones del fallo de primer grado, y se absuelva totalmente a la parte demandada".

Y acto seguido formula un cargo único con apoyo en la causal primera del art. 87 del C. P. T., por ser el fallo —afirma— violatorio de ley sustantiva. "La sentencia acusada violó —dice el recurrente— por aplicación indebida el art. 64 del C. S. T., a través de error de hecho". Y como pruebas indebidamente apreciadas señala las siguientes: La copia de la liquidación parcial de cesantía (fl. 15), la res. 884 de 10 de abril de 1959 (fl. 20), el informe del Jefe Seccional del Das (fl. 34), los recibos de fls. 42 y 43, la absolución de posiciones de Mario Gómez Pacheco (fls. 44 a 48), la certificación jurada de Carlos Martín Leyes (fls. 59 y 60), las declaraciones de Alberto Fernández (fls. 61 y 62), de Mario David Soulier Martínez (fls.73 y 74), de Roberto Fernández (fls. 79 y 80) y de Berta Díaz deFernández (fls. 80 y 81).

Y en la demostración del cargo expresa el impugnador: "El error de hecho consistió en dar por establecido que el demandante empezó a trabajar para la demandada el día 29 de septiembre de 1948, cuando la fecha inicial de labores fue el 1o. de octubre de 1948".

Manifiesta el recurrente que el ad quem en su sentencia habla de la importancia singular de la prueba testimonial recibida en el juicio, de la seriedad y solvencia moral de los deponentes, pero que sin embargo en su análisis se aparta del criterio que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento laboral, de conformidad con el art. 61 del Código respectivo que cita. Y ya refiriéndose concretamente a la declaración del doctor Leyes dice que el Tribunal de la manifestación hecha por el testigo acerca de que salió al aeropuerto de la ciudad de Barranquilla a recibir al demandante —por las razones que expone en su declaración— el 28 de septiembre de 1948, concluye que ha quedado demostrado que el doctor Gómez Pacheco se incorporó a sus labores en la empresa el 29 de septiembre de 1948. Y agrega: "No aparece lógico que el conocimiento del testigo sobre el día de la llegada del trabajador, sea base suficiente para establecer la fecha de iniciación de los trabajos, porque un hecho es el arribo de Gómez Pacheco a la ciudad de Barranquilla y otro hecho es la iniciación de sus labores al servicio de la demandada". De otro lado anota el impugnador la contradicción que apareja la declaración del doctor Leyes, quien afirma que el demandante Gómez Pacheco arribó a Barranquilla el día 28 de septiembre con el informe del Das en donde se dice que Gómez Pacheco "entró al país por primera vez

el 29 de septiembre de 1948 por Barranquilla". De ahí dice que: "Una correcta apreciación de las pruebas analizadas, lleva a la certeza de que el doctor Gómez Pacheco no entró al país el 28 sino el 29 de septiembre de 1948", lo que resta credibilidad a los recuerdos del doctor Carlos Martín Leyes y sobre todo, porque su declaración nada tiene que ver con el ingreso del trabajador a la empresa, sino que se refiere a su llegada al país, en discrepancia con la certificación o informe del Das.

En relación con la declaración de Alberto Fernández Cadavid dice el recurrente que de ella no puede deducirse la fecha de ingreso a la empresa del demandante, porque el testigo como claramente lo expresa, conoció al actor en 1955, años después de su llegada al país, y porque manifiesta que de algunas conversaciones se informó de varios hechos entre otros del ingreso del trabajador a la sociedad demandada. Hablando de las manifestaciones hechas por Roberto Fernández, dice que el sentenciador admite que este testigo no conoció directamente la fecha de iniciación de los servicios del doctor Gómez Pacheco a Labrapia, pero le da plena credibilidad a la expresión del deponente acerca de que se enteró de ella por el pasaporte y papeles de identificación del actor, porque tales papeles "no pueden determinar la fecha en que su dueño ingresó a una empresa". Y tratando de la declaración de la señora Berta Díaz de Fernández, considera que el ad quem la apreció indebidamente, porque la testigo solamente conoció al demandante en el año de 1949 y cuando se refiere a los servicios por él prestados y a la fecha en que se vinculó con la demandada, tales conocimientos los obtuvo por referencias y no directamente, sin determinar de manera satisfactoria las vías por las cuales tuvo conocimiento de tales hechos. Y por último el recurrente se refiere a la declaración del señor Soulie, quien si en verdad como lo dice salió a encontrar al demandante al aeropuerto de Barranquilla, cuando vino de Brasil, calla por no recordar la fecha de llegada. Y de ahí concluye el impugnador que apoyar en tal declaración la determinación de la fecha en la cual el doctor Gomez Pacheco se vinculó a Labrapia, constituye apreciación indebida de dicha prueba.

Y refiriéndose a la prueba documental expresa el recurrente que a pesar de admitir el sentenciador que la fecha del 1o. de octubre de 1948, como la de ingreso del trabajador al servicio de la demandada, consta en la liquidación parcial de cesantía, en la tarjeta de kárdex del propio trabajador, en los recibos de fls. 42 y 43 sobre salario, y que tal cosa se colige de la carta misma de despido, concluye que la fecha de ingreso fue el 29 de septiembre de 1948, lo cual implica una clara indebida apreciación de dichas pruebas, fuera de que olvida el ad quem el reconocimiento que de tales documentos hizo en la diligencia de posiciones el doctor Gómez Pacheco.

Concluye sus argumentaciones así el recurrente; "...Si no se hubiera cometido el error de hecho, el sentenciador aplicando correctamente el art. 64 del C. S. T., habría absuelto a Productos Labrapia de Colombia Limitada de la indemnización por lucro cesante, ya que la terminación del contrato de trabajo ocurrió al vencimiento de un período semestral, con manifestación anticipada y aún antes de la fecha alegada por el demandante".

Se estudia

Sobre la base de errores de apreciación probatoria en que incurrió el sentenciador, con relación a las pruebas aportadas, conformadas por testimonios unas y documentos otras, busca el recurrente la prosperidad del cargo que ha formulado contra la sentencia del ad quem y pretende su casación parcial en cuanto condenó a la sociedad "Productos Labrapia de Colombia, Limitada" al pago de indemnización por lucro cesante y a las costas judiciales, a la vez que solicita se revoquen todas las condenas que contiene el fallo de primer grado y en consecuencia que se absuelva totalmente a la empresa demandada.

Procede la Sala a continuación a estudiar la cuestión que le ha sido propuesta para lo cual seguirá el orden señalado por el recurrente, por estimarlo lógico.

Se trata simplemente de definir la fecha del ingreso al servicio de la Empresa demandada del doctor Mario Gómez Pacheco, en forma tal que, si se establece la del 29 de septiembre de 1948, la sentencia acusada no podrá ser casada, mas si se establece la del 1o. de octubre de 1948, deberá serlo, porque entonces la comunicación que le fue pasada al demandante por el Gerente apoderado de Labrapia con fecha 25 de marzo, anunciándole que el día 31 de dicho mes "termina el contrato presuntivo de trabajo que esta compañía tiene con usted" e indicándole a continuación que la empresa "no está interesada en la renovación de este contrato" dejando al trabajador en libertad de

cualquier compromiso "a partir de la fecha señalada", cumple a cabalidad con los mandatos legales sobre el particular.

La primera declaración que el recurrente estima mal apreciada por el sentenciador es la rendida por el doctor Carlos Martín Leyes en forma de certificación jurada, por ocupar por tal época el doctor Leyes el cargo de Ministro de Comunicaciones. El propósito buscado con esta y con las demás pruebas que obran en autos, es el de demostrar, —habida consideración de los respectivos intereses en juego—, la fecha de iniciación de labores del actor en la empresa demandada. El testigo, pese a que para el 4 de julio de 1961 habían pasado más de trece años sobre la fecha de llegada al país del doctor Gómez Pacheco, y luego de relatar los motivos o razones por los cuales salió al aeropuerto de Barranquilla a encontrarlo, cuando llegaba procedente del Brasil, lo que hace con minuciosidad, afirma que el actor llegó a Colombia el 28 de septiembre de 1948 y que "es verdad y me consta que el doctor Mario Gómez Pacheco, desde el día siguiente de su arribo al país, o sea desde el 29 de septiembre de 1948, se incorporó en forma efectiva a sus labores ordinarias de trabajo como Químico de la sociedad Productos Labrapia de Colombia Ltda". Es, pues, enfático en sus afirmaciones este testigo, producto ellas del conocimiento que de los hechos que relata parece tener. Pero en verdad, en lo referente a la fecha de ingreso del actor a la empresa demandada, el testigo no da la razón de su dicho, circunstancia que le resta valor probatorio a su manifestación al respecto y tanto más así ocurre si se considera que a fl. 34 del expediente aparece el informe del Departamento Administrativo de Seguridad, en el que se dice que el doctor Gómez Pacheco "entró al país por primera vez el 29 de septiembre de 1948 por Barranquilla". Dato este que desde luego tuvo que ser suministrado a dicha oficina, como es de rigor en estas materias, por el propio extranjero. Quiere esto decir, que la declaración del doctor Carlos Martín Leyes, está muy lejos de ser la prueba decisoria para determinar con exactitud la fecha de ingreso a sus labores por parte del demandante, que es precisamente lo que interesa conocer, ya que según el informe del Das, el doctor Gómez Pacheco entró al país, en la fecha en que según el testigo ingresó a su trabajo, habiendo llegado el día anterior. Existe, pues, una contradicción entre estos dos elementos probatorios, que llevan a estudiar los demás que hacen parte del proceso, para efectuar con precisión la determinación de la fecha de incorporación del demandante a los Laboratorios Labrapia.

A los fls. 61 y 62 aparece la declaración rendida por el doctor Alberto Fernández Cadavid, quien comienza por decir que conoció al actor en la ciudad de Cali a principios del año de 1955 como empleado Químico de Labrapia. Da cuenta de la conversación que sostuvo con el doctor Carlos Da Veiga Soares, gerente de la empresa durante una comida que el doctor Gómez Pacheco ofreció en su hónor, en la cual supo de la estimación que se le tenía al demandante, del tiempo que con la firma había trabajado en Brasil, que Gómez Pacheco había sido trasladado a Colombia. Y relata también los términos de una conversación, a la que asistió, habida entre Da Veiga Soares y Gómez Pacheco, que giró sobre el tema del despido del último, pero sobre la cuestión que interesa en este debate guardó silencio el declarante por no conocerla, como quiera que, como se dijo al principio, solamente conoció al actor algunos años después de haber llegado este al país.

Declaró igualmente el señor Mario Soulie (fl. 73 y s.) y dijo que conoce al doctor Gómez Pacheco desde cuando llegó al país procedente del Brasil, que lo fue a recibir al aeropuerto hace muchos años "no pudiendo precisar la fecha exacta de su llegada al país". Manifestó igualmente que le consta que el doctor Gómez Pacheco se incorporó a los Laboratorios Labrapia de Colombia Limitada, en su calidad de técnico de elaboración, "tampoco pudiendo precisar la fecha exacta por el tiempo transcurrido". Para concluir expresó que supo que venía a trabajar con Labrapia, pero que no tuvo ocasión de conocer el contrato que suscribió con dicha empresa. Este testigo aduciendo el transcurso del tiempo manifiesta que no puede decir, pese a que salió a recibirlo al aeropuerto, la fecha de llegada al país del doctor Gómez Pacheco y con la misma razón se abstuvo de expresar la fecha en que este se incorporó como trabajador a la sociedad demandada. Así, pues, este declarante lo mismo que el anterior, no tocan el aspecto sillar del problema y por razones atendibles, como las expresadas por el último, deja de señalar la fecha de incorporación del demandante a la sociedad Labrapia.

Depuso en estas diligencias el doctor Roberto Fernández (fl. 79 y 80) y dijo que conoció al doctor Gómez Pacheco en el año de 1949, como Químico de Productos Labrapia

de Colombia y luego a la letra expresó: "No me consta la fecha en que comenzó a trabajar en el Laboratorio el doctor Gómez Pacheco, ya que yo lo conocí en el año de 1949, pero por su pasaporte y por sus papeles, se que comenzó a trabajar con Labrapia desde el 29 de septiembre de 1948". Y luego explicó que como frecuentaba la casa del demandante, tuvo oportunidad de conocer los pasaportes y los contratos de trabajo que este había suscrito con Labrapia. No ofrece plena certidumbre sobre la fecha que suministra el testigo, porque es muy difícil poder precisar luego de tanto tiempo una fecha vista alguna vez en un contrato, a menos que sobre ella se tenga algún marcado interés. Cabe anotar sin embargo que el declarante inicialmente manifestó no conocer la fecha en la cual comenzó a trabajar en Colombia el demandante con Labrapia. Y que, como en el caso del doctor Leyes, su declaración choca con lo afirmado por el Das en el informe que corre a fl. 34, circunstancia esta que le resta valor probatorio a su testimonio.

Actuó también como testigo la señora Bertha Díaz de Fernández quien conoció al doctor Gómez Pacheco en el año de 1949 cuando ella comenzó a trabajar en Productos Labrapia de Colombia Limitada, en donde ya prestaba sus servicios el actor. Y dando una razón que no guarda ninguna armonía con su afirmación, dijo: "... Pero sí tuve conocimiento de que comenzó a trabajar en el año de 1948 en Colombia, pues él tenía muchos años desde la fundación de Labrapia de venir trabajando con ella en Brasil, después lo trasladaron a Colombia lo mismo que a su familia". Y un poco más adelante aclara: "Por referencias supe que comenzó a trabajar en esa fecha aquí en Barranquilla con Labrapia, pues yo comencé a trabajar con los mismos laboratorios en el año de 1949". Sin entrar a formular serias críticas a la declaración que se viene observando, cabe anotar simplemente que ella en nada aclara la cuestión por dilucidar, como quiera que no es materia discutible si Gómez Pacheco ingresó o no a los Laboratorios Labrapia en Colombia en el año de 1948, cosa aceptada por ambas partes, sino si su contrato de trabajo comenzó a tener vigencia el 29 de septiembre o el 1o. de octubre de ese año. De suerte, pues, que la declaración de la doctora Díaz de Fernández no tiene ninguna importancia procesal para el efecto que se analiza, como quiera que nada prueba.

Mirada en conjunto la prueba testimonial analizada encuentra la Sala que no tiene la virtualidad de demostrar que el doctor Gómez Pacheco se hubiera incorporado como trabajador a Productos Labrapia de Colombia, Limitada, el día 29 de septiembre de 1948, como lo pretende ocurrió el demandante. En efecto, el doctor Alberto Fernández Cadavid, sobre la cuestión objeto del debate guardó silencio, por no conocerla; el señor Mario Soulie expresó que no podía precisar la fecha de llegada al país del doctor Gómez Pacheco, pese a que salió a encontrarlo al aeropuerto el día de su llegada a Colombia y en relación con la fecha de su entrada al trabajo manifestó que tampoco la podía precisar, debido al largo tiempo transcurrido desde entonces; Roberto Fernández dijo inicialmente. "No me consta la fecha en que comenzó a trabajar en el Laboratorio el doctor Gómez Pacheco" y luego manifestó, que como conoció los pasaportes y contratos de trabajo del demandante, sabe que comenzó a laborar el 29 de septiembre de 1948. Ya se vio como esta declaración no ofrece mayor credibilidad sobre el particular y menos si se considera que se halla en contradicción con el informe del Departamento Administrativo de Seguridad (Das); y por último, el testimonio de la doctora Díaz de Fernández poco o nada aclara sobre el particular que se escruta, porque se limita a decir que sabe que Gómez Pacheco comenzó a trabajar en el año de 1948, hecho este que no se discute, como quiera que las partes lo aceptan. Y para concluir se ha dejado la declaración rendida por el doctor Carlos Martín Leyes la cual pierde mucho mérito por sus precisas afirmaciones hechas más de trece años después de ocurridos los hechos sobre los cuales depone y porque, también, entra en abierta contradicción con lo dicho en el informe del Das.

Juegan como pruebas documentales en el expediente, la liquidación parcial que se hizo del auxilio de cesantía del doctor Gómez Pacheco a solicitud suya en la que se dice: "Tiempo trabajado. Del 1o. de octubre de 1948, al 30 de junio de 1957, son ocho años nueve meses. (8 años 9 meses)". Esta liquidación lleva una nota que reza: "Esta liquidación ha sido estudiada por mí, y hallada de conformidad". (fdo.) Mario Gómez Pacheco. Y sirvió de base a la Res. No. 884 de 10 de abril de 1959 "por la cual se autorizó al pago parcial del auxilio de cesantía del señor Mario Gómez Pacheco" y fue dictada por la Inspección Seccional del Trabajo del Valle del Cau-

ca. (fls. 15 y 20 respectivamente); la Tarjeta de Kárdex (fl. 21), que dice: "Nombre: Mario Gómez Pacheco. Fecha de entrada: octubre 1/48"; dos recibos que figuran a fls. 42 y 43 que tienen la misma leyenda, a saber: "Productos Labrapia de Colombia Ltda. Barranquilla. Nombre: Mario Gómez (sic) Pacheco. Recibí de Productos Labrapia de Colombia, Limitada, el valor anotado al respaldo del presente recibo como importe de mi salario, por servicios prestados a la firma, en la semana comprendida desde... el día 1o. de octubre de 1948, hasta el día 31 de octubre de 1948" y el otro que hace relación al tiempo transcurrido del 1o. de noviembre al 30 de noviembre de 1948. Además, la comunicación que le fue pasada por la empresa al doctor Gómez Pacheco dándole cuenta de la terminación del contrato hace referencia a dicha fecha cuando tratándose de un contrato presuntivo se le dice con fecha 25 de marzo que el 31 termina el contrato.

Estos documentos además, fueron reconocidos por el doctor Gómez Pacheco en la diligencia de posiciones, en la cual aceptó como suya la firma puesta en ellos —liquidación de cesantía y recibos de sueldos— pero arguyendo que los firmó sin leer. Y auncuando no se ha discutido lo relativo al reconocimiento de tales documentos en posiciones, vale aclarar que la utilización de tal medio no infirma el hecho del reconocimiento. Ha dicho la jurisprudencia, de otro lado, que un documento reconocido por quien lo suscribió, tiene plena autenticidad, razón por la cual las tachas que se hagan sobre su contenido deben formularse y probarse por quien firmó y reconoció, si es que aspira a infirmarlo o desvirtuarlo total o parcialmente, conocido lo anterior se encuentra que el doctor Gómez Pacheco reconoció como suya la firma puesta en la liquidación de cesantía parcial y en los recibos sobre pago de sueldos, reconocimiento que implica el de su contenido, y si bien es cierto que sobre la circunstancia de no haberlos leído el demandante pretende su desconocimiento, también lo es que no probó en el juicio las tachas que insinuó lo que autoriza a afirmar que tales documentos no fueron infirmados ni desvirtuados, por lo que debe dárseles el mérito que les corresponde.

Estos documentos que se han relacionado con su contenido, prueban, con la aceptación del demandante Gómez Pacheco, que inició labores en la empresa demandada *"Productos Labrapia de Colombia, Limitada"*, el primero (1o.) de octubre de 1948 y no el 29 de dicho mes. En efecto, establecido con documento de valor irrecusable, como lo es el informe del Departamento Administrativo de Seguridad, Grupo de Extranjería, que el actor Gómez Pacheco entró por primera vez al país el 29 de septiembre de 1948, por Barranquilla, no puede tenerse como cierta la única manifestación enfática, hecha por el doctor Leyes, acerca de su llegada al país el 28 y su incorporación al día siguiente, 29, a la empresa demandada. De suerte que esta declaración pierde su valor al respecto, y si las demás no tienen la capacidad de demostrar el hecho cuestionado, como ya se dijo, preciso es darle a los documentos mencionados atrás el mérito probatorio que tienen. Estos documentos, demuestran: Que el demandante ingresó al servicio de los laboratorios Labrapia el 1o. de octubre de 1948. Así lo dice la declaración de censantía parcial, con expresa aceptación por parte del doctor Gómez Pacheco, los recibos de pago de sueldos que señalan la misma fecha, como quiera que el primero abarca del primero de octubre al último del mismo mes, y el segundo, del primero de noviembre al treinta, la tarjeta de kárdex de la Empresa referente al demandante que señala el primero de octubre como fecha de su ingreso al trabajo y por último, la carta sobre terminación del contrato, que se apoya en dicha fecha para todos los efectos que en ella se cobijan.

Lo anterior quiere significar que el ad quem incurrió en los errores de hecho que le atribuye el recurrente, cuando se decidió por una prueba testimonial que por su deficiencia no demuestra el punto materia de la discusión con abandono de la prueba documental que sí establece el hecho cuestionado, de donde hizo una inadecuada apreciación de los medios probatorios puestos a su consideración y estudio, apreciación indebida que conduce a la prosperidad del cargo formulado por el impugnador en la medida por este propuesta, como quiera que como consecuencia del evidente error de hecho señalado, fueron indebidamente aplicadas las normas contenidas en el art. 64 del C. S. del T.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia acusada en cuanto condenó al pago de indemnización por lucro cesante y a las costas del juicio, y obrando co-

mo tribunal de instancia, revoca en su totalidad la sentencia de primer grado, y en su lugar absuelve á la sociedad *Productos Labrapia de Colombia, Limitada,* de todos los cargos que le fueron formulados en el libelo inicial. Costas del juicio a cargo de la parte demandante.

Sin costas en el recurso.

Copiése, 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.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

La jurisprudencia ha sido constante al sostener que la regla general es la de que quienes laboran al servicio de la administración pública son empleados y la excepción es la de que algunos de ellos pueden encontrarse ligados por contrato de trabajo.

Por esta razón, corresponde probar que se halla dentro de la situación excepiva a quien la alegue en su favor y el argumento fundamental del Tribunal radica en que el actor no suministró dicha prueba, lo que muestra que se trata de un punto de hecho y no de interpretación equivocada de la norma legal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Aprobación: Acta No. 55).

En demanda repartida al Juzgado Sexto Laboral Municipal, Rafael Reina Bravo, mediante apoderado, solicitó que el Distrito Especial de Bogotá fuese condenado a pagarle vacaciones, lucro cesante e indemnización por no pago "en los términos del Decr. 797 de 1949", con base en la afirmación de que prestó sus servicios a dicha entidad, en la Secretaría de Obras Públicas, desde el 12 de enero de 1956 hasta el 31 de octubre de 1966, con una última asignación de $ 3.350.00, habiendo sido despedido en forma "intempestiva e injusta", según Decr. 606 de 21 de octubre de 1966.

El personero Distrital, por su delegado, respondió la demanda aceptando unos hechos y negando otros. Se opuso al pago de indemnización por lucro cesante, sosteniendo que el trabajador "fue despedido con justa causa" y propuso la excepción de pago respecto de las vacaciones cobradas. Además, en la primera audiencia de trámite alegó la excepción de incompetencia de jurisdicción, por considerar que el actor no estuvo ligado al Distrito por contrato de trabajo.

El *a quo*, en sentencia de 7 de mayo del año en curso, condenó a la entidad demandada a pagar al demandante $ 8.932.80 por concepto de lucro cesante, e indemnización moratoria a razón de $ 111.66 diarios desde el 20 de enero de 1967 "hasta cuando se cancele la anterior indemnización". Declaró probada la excepción de pago por lo que toca con las vacaciones, cuyo valor se impetraba.

Por apelación de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que, en fallo de 26 de junio del año que corre, revocó la anterior sentencia y absolvió al Distrito Especial "de todos los cargos formulados en su contra por el actor, conforme a la parte motiva de esta providencia", cuyo tenor, en lo sustancial del punto que se controvierte, copia la Sala a continuación:

"En el caso sub judice, hemos dicho antes, que el demandante ocupó al finalizar sus relaciones de trabajo con el Distrito Especial, el cargo de *Ingeniero Jefe de Estadística, Costos y Presupuestos* de la Secretaría de Obras Públicas. Desde luego que actividades de esta índole, analíticas, económicas, financieras y hacendísticas, nada tienen que ver con la conservación y construcción de las obras públicas, así aquellas funciones se hayan desarrollado en el ramo mediato de esas actividades del Estado. Y si fue cierto que el demandante desempeñó o desarrolló actividades de las indicadas en el supuesto, debió traer la prueba a los autos, como era lo indicado procesalmente.

"Se dirá que el actor desempeñó igualmente y en el curso de sus actividades en el Ramo de las Obras Públicas del Distrito Especial, otras funciones, como las del *Ingeniero de Conservación, Ingeniero de vías y Pavimentos, Ingeniero Interventor*, dentro de las cuales se supone la ocupación inmediata y directa en la conservación y construcción de obras públicas. Empero, y aún aceptando por vía de análisis el supuesto, estos cargos los desempeñó

el demandante dentro de un proceso de sucesión de etapas, terminando con el que se ha indicado antes. Lo que equivale a decir, que fue sustituyendo una función por otra, modificando una relación por otra nueva, reemplazando unas obligaciones por otras, es decir que se fueron novando periódicamente los términos de las sucesivas relaciones, con los naturales efectos de la extinción de unas y la presencia de otras, todas ellas legalmente válidas. De manera que sólo puede ser materia de estudio para los efectos de las obligaciones pertinentes, la última etapa de servicios, sustituta de todas las anteriores y ella únicamente real. En tales circunstancias, obviamente deberá concluirse en que, la relación de trabajo que unió al demandante con el Distrito Especial, no fue de la índole contractual supuesta por el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945, sino de carácter administrativo de derecho público. Así deberá declararlo la Sala, y absolviendo a la demandada de los cargos que le fueron formulados".

Interpuso el actor recurso de casación contra el fallo antedicho, y, mediante apoderado, formuló la demanda correspondiente en busca de que, casada la del *ad quem*, sea condenado el Distrito de Bogotá, por la Corte, en función de instancia, al pago de todas las indemnizaciones solicitadas en la demanda inicial del juicio.

Para conseguir este fin formula un sólo cargo del siguiente tenor:

"La sentencia materia de este recurso, incurrió en infracción directa, por errónea interpretación, violando los arts. 1o., 11 y 58, inc. final, de la Ley 6a. de 1945; arts. 2 y 3 de la Ley 64 de 1946; arts. 4, 20, 40, 43 y 51 del Decr. 2127 de 1945; art. 7 de la Ley 24 de 1947; art. 1o. de la Ley 61 de 1939; arts. 1o. y 2o. de la Ley 38 de 1946 y art. 1o. de sus Decrs. Regls. Nos. 709 de 1940 y 2058 de 1944; arts. 2o. y 6o. del C. S. del T. (Decreto-Ley 2158 de 1948) y art. 1o. del Decr. 797 de 1949; art. 17 de la C. N.".

Como sustentación del mismo trae los siguientes asertos:

"La competencia del juzgador laboral, en tratándose de trabajadores oficiales vinculados con la administración pública, mediante un contrato de trabajo, no es materia de distinciones intelectivas sobre la naturaleza de la entidad oficial a la cual se encuentre vinculado el trabajador oficial, ni la naturaleza de las funciones o servicios del trabajador oficial, ni si la función es intelectual o material, ni si en uno o en otra predomina el intelecto o la materialidad, ni si es empleado u obrero, ni el lugar donde se ejerce el cargo; ni que las funciones desempeñadas sean administrativas, de dirección, confianza o manejo. . . . . ".

"Lo anterior (agrega, luego de transcribir el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945) quiere significar que la labor del juzgador laboral para determinar la competencia en las controversias surgidas entre la administración pública y sus servidores, consistirá en rastrear no la naturaleza de la entidad oficial, no la naturaleza de las funciones del servidor oficial, no su calidad de empleado u obrero, no si ejerce funciones administrativas, o de confianza, manejo o dirección o el lugar o dónde ejerce sus funciones, sino que le bastará encontrar si el trabajador oficial ha prestado sus servicios con dicha entidad en una de las actividades cuya índole sea la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por estos en la misma forma. Encontrando por el juzgado laboral dicho elemento esencial, esto es, la índole de la actividad a la cual se dedica la respectiva entidad oficial, tendrá la solución respecto a la competencia afirmativa para decidir el conflicto jurídico que haya entre la administración pública y el trabajador, vinculado con ella mediante contrato de trabajo".

El Distrito, en su alegato de oposición, replica diciendo que el decidir si un trabajador al servicio de una entidad de derecho público o de un establecimiento público está en situación legal o reglamentaria o ligado por un contrato laboral, es cuestión de hecho y no de interpretación de la ley y fue lo que el Tribunal realizó en la sentencia acusada, por lo cual considera formulado con equivocación el cargo por vía directa (interpretación errónea) y no por error de hecho en la apreciación de las circunstancias fácticas que llevaron a aquel a estimar que el actor se encontraba en la primera calidad y no en la segunda.

Para decidir, la Sala considera:

La objeción formulada por el Distrito al cargo expresado es evidente, pues la simple lectura de lo transcrito del fallo *sub judice* mues-

tra cómo el sentenciador no llevó a efecto una interpretación del art. 4o. del Decr. 2127 de 1945, sino que se limitó a considerar que "las actividades de esta índole (las que correspondían al demandante), analíticas, económicas, financieras, y hacendísticas, nada tienen que ver con la conservación y construcción de las obras públicas, así aquellas funciones se hayan desarrollado en el ramo mediato de esas actividades del Estado. *Y si fue cierto que el demandante desempeñó o desarrolló actividades de las indicadas en el supuesto, debió traer la prueba a los autos, como era lo indicado procesalmente*". (Subraya la Sala).

La jurisprudencia ha sido constante al sostener que la regla general es la de que quienes laboran al servicio de la administración pública son empleados y la excepción es la de que algunos de ellos puedan encontrarse ligados por contrato de trabajo. Por esta razón, corresponde probar que se halla dentro de la situación exceptiva a quien la alegue en su favor y el argumento fundamental del Tribunal radica en que el actor no suministró dicha prueba, lo que muestra que se trata de un punto de hecho y no de interpretación equivocada de la norma legal.

Pero es el propio casacionista quien no deja lugar a dudas al respecto, cuando al glosar la parte de la sentencia en que se indican los diversos cargos servidos por el actor y cómo el último desempeñado, por su índole, implica una situación reglamentaria y no contractual, comenta:

"Por esta transcripción vemos cómo el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá encontró en los autos, según su sentencia de su Sala Laboral, que estaba comprobado que el actor desempeñó el cargo de Ingeniero de Construcciones, de Conservación, de Vías y Pavimentos, e Interventor de Estadísticas y Costos y Presupuestos de las obras públicas del Distrito Especial de Bogotá. Con lo cual se satisfizo al encontrar comprobado que mi poderdante había prestado sus servicios en las actividades de ingeniero de construcción de obras públicas distritales, y no obstante dio por no demostrada la existencia del contrato de trabajo entre aquel y las obras públicas distritales, es decir, con la entidad demandada, el Distrito Especial de Bogotá".

Nótese cómo el párrafo que acaba de trasladarse presenta en forma nítida qué fue lo que halló probado el juzgador y qué lo que no encontró demostrado y de qué manera, a juicio del impugnante, la demostración de lo primero debió llevar a concluir en pro de la existencia del contrato de trabajo. Es decir, que lo controvertido se reduce a una cuestión de análisis probatorio y no del sentido o alcance que en la sentencia se hubiese dado al art. 4o. del Decr. 2127 de 1945.

Lo que sucede es que la demanda confunde la violación de una norma sustancial por indebida aplicación o por falta de aplicación de ella a una situación de hecho establecida en el expediente, con el quebrantamiento de la misma por errónea interpretación, que implica prescindencia de la cuestión fáctica. Es suficiente para demostrar lo anterior, el párrafo de aquella que a continuación se transcribe:

"Necesariamente al comprobarse el anterior elemento de juicio, es decir, que mi poderdante se encontraba dentro del referido caso exceptivo, existió entre mi poderdante y el Distrito Especial de Bogotá un contrato de trabajo . . . . . .Pero como el Tribunal concluyó lo contrario, fue así como violó por vía directa, por interpretación errónea, los referidos preceptos legales".

Salta a la vista que si se hallaba establecido en autos que el actor tenía contrato de trabajo con la entidad demandada, el Tribunal, al negarlo, incurrió en error de hecho manifiesto, y, por él, dejó de aplicar o aplicó indebidamente las normas legales reguladoras de ese fenómeno jurídico, violándolas en forma indirecta; pero no las transgredió por interpretación errónea, como se afirma en el cargo, que, por consiguiente, no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia acusada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

REINTEGRO O INDEMNIZACION

Para la Sala es cierto que el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al juez para decidir entre la indemnización o el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, pero encuentra que en este caso, eso fue lo que hizo y por tanto el sentenciador no interpretó erróneamente la disposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Acta No. 94).

Víctor Manuel Stella Ayala formuló por conducto de apoderado demanda contra la *Colombian Petroleum Company*, entidad domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente señor William G. Bowen, a efecto de que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo fuera condenada a reintegrarlo en el cargo de Supervisor de Bodegas en igualdad de condiciones a las que tenía cuando fue despedido el 31 de mayo de 1967 y previo el pago de los salarios dejados de percibir como consecuencia del despido de que fue objeto por parte de la Compañía.

En seis hechos fundamentó sus peticiones y ellos se sintetizan así:

Que prestó sus servicios sin interrupción en beneficio de la demandada desde el 7 de abril de 1953 hasta el 30 de mayo de 1967, fecha en que fue despedido, sin que la empresa invocara justa causa, limitándose a decirlo por escrito que la decisión la tomaba "en armonía con el art. 6o. letra h) del Decr. 2351/65 en concordancia con el art. 8o. del mismo Decreto"; que durante el último año trabajado devengó un sueldo fijo de $ 3.250.00 y disfrutó durante su permanencia como trabajador de la Colombian Petroleum Company de una prima de antigüedad equivalente a 20 días de salario, que se le pagaba en el mes de diciembre de cada año, y finalmente, que a pesar de los requerimientos que se han hecho a la entidad para que lo reintegre, no lo ha logrado, por lo cual se vio obligado a presentar la correspondiente demanda.

En derecho apoyó sus peticiones en el art. 8o., numeral 5o. del Decreto Legislativo No. 2351 de 1965 y "en los textos pertinentes del C. S. del T.".

El Juzgado Segundo Municipal del Trabajo de Bogotá a quien correspondió el negocio, admitió la demanda el 23 de marzo de 1968 y ordenó correr traslado de ella al representante de la empresa. Este otorgó poder para la representación de la compañía en el juicio y el mandatario judicial acreditado contestó el libelo aceptando ser cierto el tiempo de servicio del actor y el salario indicado, como también que se habían invocado las disposiciones legales referidas en la demanda para poner fin a su contrato. Agregó que por haberse negado el trabajador a recibir el valor de sus prestaciones, su importe le había sido consignado a órdenes del Juzgado Primero (1o.) del Trabajo de Cúcuta y que en dicha consignación se había incluído la suma de $ 47.394.38 por concepto de la indemnización de que trata el art. 8o. del Decr. 2351 de 1965.

Trabada así la litis, se tramitó la primera instancia y el Juzgado le puso fin mediante sentencia de 4 de noviembre de 1968, en la cual se resolvió:

Primero.- Condenar a la sociedad denominada "Colombian Petroleum Company" a reintegrar al demandante al cargo de Supervisor de Bodegas o en su defecto a un cargo igual con un salario de $ 3.250.00 y en las mismas condiciones de trabajo que gozaba el día 30 de mayo de 1967;

Segundo.- Condenarla igualmente a pagar al actor la suma de $ 3.250.00 mensuales a partir del 31 de mayo de 1967 inclusive hasta

la fecha en que se cumpla el reintegro ordenado en el fallo, por concepto de salarios dejados de percibir.

Se autorizó a la sociedad demandada para deducir del monto de la condena la suma de $ 47.394.38, siempre que la expresada cantidad "ingrese o haya ingresado al patrimonio del demandante", conforme a la parte motiva de la providencia; y,

Tercero.- Condenó en costas a la demandada.

El apoderado de la empresa apeló del fallo y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso, agotado el trámite procesal de la segunda instancia, dictó sentencia el 24 de febrero de 1969, en la cual confirmó en todas sus partes el fallo recurrido y condenó en costas a la parte demandada.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la Colombian Petroleum Company, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, pasa a decidirse teniendo para ello en cuenta la demanda con que se sustentó y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Pretende el recurrente que la Sala Laboral de la Corte, case la sentencia de segundo grado, de fecha 24 de febrero de 1969 y que, convirtiéndose en Tribunal de instancia revoque el fallo del *a quo*, de 4 de noviembre de 1968 y absuelva a la parte demandada de los cargos formulados en el libelo.

Con este fin, acusa la sentencia del Tribunal de Bogotá, por la causal primera del art. 60 del Decreto 528 de 1964, y formula un solo cargo:

Ser la resolución del Tribunal violatoria de "ley sustancial, por interpretación errónea de los arts. 6o. letra h) del D. L. 2351 de 1965 y art. 8o. del mismo Decr. 2351 de 1965 en toda su extensión, y especialmente en su numeral quinto, en cuanto dispone que:

"Cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá, mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de este en las mismas condiciones de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4 literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro o la indemnización, el Juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas por el despido podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización '

Para el recurrente, en la demostración del cargo, el sentido claro del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965, en concordancia con el art. 6o. letra h) ibídem, es que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato en virtud de la simple declaración unilateral de voluntad y que si tal declaración emanada del patrono no obedece a motivos legítimos determinados en la ley y manifestados en el acto del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización correspondiente, salvo la excepción contenida en el numeral 5o. del citado art. 8o., que otorga una garantía de estabilidad relativa en favor de quien tiene más de 10 años de antigüedad en el servicio, cuando preceptúa que el Juez puede ordenar su restablecimiento cuando alegue y pruebe que el reintegro es más aconsejable que la indemnización.

Agrega el impugnador que la disposición debe interpretarse en el sentido de que el poder del Juez no es discrecional sino que debe basarse en hechos y circunstancias previamente establecidas en el juicio.

Con base en el razonamiento anterior, dice el recurrente que el Tribunal interpretó erróneamente la disposición cuando consideró "que no tenía que fundamentar las decisiones en prueba de ninguna clase, sino en su personal apreciación no basada en elementos del proceso", y que ese error de interpretación lo llevó a fundamentar su fallo en la sola consideración de que podría ser más conveniente el reintegro por razones que no indica y que no aparecen comprobadas, "salvo la referente a que se le cercena una expectativa al reconocimiento de esa pensión de jubilación si continúa en el servicio por el tiempo necesario".

Sobre la expectativa de jubilación afirma el acusador que no es exacto que el trabajador la haya perdido, pues ya tenía más de diez (10) años de servicio a la empresa.

Dice además, que no es conveniente la reincorporación al trabajo del actor por la circunstancia de haber acusado el trabajador a la Co-

lombian de ejercer presiones indebidas, lo cual es suficiente para crear un clima de pugnacidad incompatible con la armonía que debe reinar entre el capital y el trabajo, y por cuanto la Compañía se vio obligada a reducir su personal por falta de la materia del trabajo "previamente acreditada en el expediente".

Termina la demostración del cargo manifestando que la empresa reconoce que al notificar el despido no se expresaron las causas que justificaban la medida, pero rechaza el reintegro por las razones antes expresadas, y además, porque dice no ha existido una ruptura abusiva del contrato, por cuanto se ejercitó un derecho por motivos legítimos y sin ánimo de perjudicar al trabajador respecto de la pensión jubilatoria.

Por su parte, el opositor critica la demanda diciendo en primer lugar que ha debido indicarse como violada la Ley 48 de 1968 que adoptó como ley permanente el Decr. 2351 de 1965; que no singulariza las pruebas sobre los hechos que según el recurrente no hacen aconsejable el reintegro, tal como lo dispone el art. 23 de la Ley 16 de 1968; que la empresa frustró al trabajador la expectativa de la pensión consagrada en el inc. 2o. del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, más favorable que la pensión proporcional a diez (10) años de servicio y 60 de edad.

Dice además en la réplica que el Tribunal examinó cuidadosamente las circunstancias que aparecen en el juicio y de su examen dedujo que era más aconsejable el reintegro. Finalmente manifiesta que es al Juez y no al patrono a quien compete dicho examen para optar entre la indemnización o la reincorporación del trabajador, como también el determinar si existen incompatibilidades que no lo hagan procedente. Y, agrega: "Y es obvio que no cabe tener como hechos constitutivos de incompatibilidades la simple presentación de la demanda del trabajador contra el patrono y las afirmaciones no injuriosas que en ella se hagan para sustentar las peticiones de la misma. Si se prohijara la tesis del recurrente, la mencionada disposición nunca tendría efecto".

SE ESTUDIA

La interpretación errónea se hace consistir en que el Tribunal interpretó equivocadamente el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968) cuando consideró que no tenía que fundamentar su decisión de reintegro en pruebas de ninguna clase, sino en su personal apreciación no basada en elementos objetivos del proceso.

La última parte del numeral 5o. del art. 8o. citado, es del siguiente tenor:

"Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el Juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuera aconsejable en razón de las incompatibilidades creadas para el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización".

Se ha sostenido por el acusador que esta disposición se violó pues el Tribunal obró en forma discrecional sin basarse en hechos y circunstancias del proceso, todo lo cual fue la consecuencia de la errónea interpretación de la norma.

Sin embargo, una cosa distinta aparece en los autos:

El Tribunal sí estudió, estimó y tomó en cuenta las circunstancias del proceso y concluyó que el reintegro era aconsejable, por lo cual confirmó la sentencia del *a quo*, que condenaba a la empresa a la reincorporación del trabajador. Por lo demás tuvo en cuenta la expectativa del derecho a pensión de jubilación, que se entiende corresponde a aquella por quince (15) años de servicio, por lo que se expresa en el fallo.

Dijo el Tribunal:

"Pero es más: consultado el espíritu de la norma, sin mayor esfuerzo de exégesis puede decirse que la facultad concedida al fallador tiende a proteger expectativas de derecho del trabajador que podrían ser frustradas por el patrono como el de una futura pensión de jubilación con la que se ampara la vejez del trabajador una vez agotada su capacidad de trabajo y que podría ser lo más favorable que el pago de una indemnización en dinero. Pero precisa destacar, que es el Juez quien califica la conveniencia de esta o de la pensión, previa estimación de las circunstancias que aparezcan en el juicio.

"Tampoco puede ser de recibo en concepto de la Sala el argumento esgrimido por la demanda, en el sentido de que el reintegro no es procedente en razón de la incompatibilidad creada por el despido, porque precisamente al trabajador se le despidió sin justa causa,

y no hay prueba alguna de que su conducta hubiera dejado qué desear durante la ejecución del contrato, ni que se hubieran presentado desaveniencias o fricciones entre las partes que impidieren su normal cumplimiento. Tampoco hay evidencias de manifiesta hostilidad o animadversión entre las partes que dé lugar a deducir incompatibilidad alguna para el reintegro. La causa de dicha incompatibilidad no puede ser el despido mismo, y tampoco la acción promovida por el trabajador contra el patrono; si así fuera el reintegro jamás podría tener operancia. La incompatibilidad a que la alude el decreto, debe buscarse en actitudes o procederes de las partes, durante la ejecución del contrato que hubieren determinado su terminación y de tal manera graves que no hagan posible la continuidad o prosecución del contrato en condición de armonía y buen entendimiento. No hay a juicio de la Sala en el caso en estudio, motivos que hagan incompatible el reintegro".

Para la Sala es cierto que el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965, adoptado como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al Juez para decidir entre la indemnización y el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, pero encuentra que en este caso, eso fue lo que hizo y por tanto el sentenciador no interpretó erróneamente la disposición.

Las demás razones expuestas por el impugnador solamente habrían podido ser estudiadas en caso de que la acusación prosperara, pues tienden a demostrar que no es aconsejable el reintegro del actor.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA el fallo recurrido.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, copiése, 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)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla).

(Aprobación: Acta No. 92).

Gustavo Romero Daza instauró demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pronunciada el 31 de octubre de 1964, en virtud de apelación de la parte actora, por la cual se confirmó la del Juzgado 6o. Laboral de la misma ciudad, proferida el 24 de abril del año citado y absolutoria para el demandado Luis Jorge Eslava Daza de todas las peticiones formuladas, consistentes en lo siguiente:

" a) Auxilio de cesantía;
" b) Vacaciones;
" c) Prima de servicios;
" d) Calzado y overoles en dinero;
" e) Salarios caídos (art. 65 del C. S. T.).
" f) Contrato presuntivo de trabajo, o tiempo faltante para completarlo (6 en 6 meses).
" g) Dominicales y festivos;
" h) Salario en especie correspondiente al valor del arrendamiento de la casa del patrono, en que vivió, a $ 15.00 mensuales, o lo que se pruebe pericialmente".

RESUMEN DE LOS HECHOS LITIGIOSOS

Se afirma en el libelo demandatorio original que el actor trabajó en una finca de propiedad del demandado, ubicada en Subachoque (Cund.), mediante contrato verbal, en forma continua, inclusive los domingos y días de fiesta, desde el 2 de enero de 1956 hasta el 30 de junio de 1962, como administrador o mayordomo, con jornal inicial de $ 6.00, luego devengó salario de $ 210.00 mensuales y por último, a la fecha de salida, $ 230.00, más el valor de la habitación o residencia con su mujer en el lugar de labor, estimado en $ 15.00 al mes; recibió overoles, pero nunca calzado, y fue despedido injustamente, sin el pago de las prestaciones e indemnizaciones sociales reclamadas.

En la respuesta a la demanda, la parte opositora negó la totalidad de los hechos propuestos, desde la existencia de contrato de trabajo verbal o escrito y expuso que si hubo alguna prestación de servicios fue de manera discontinua, pues el actor "tenía negocios de compañía, para sembrar con el demandado".

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo presenta el recurrente en los términos que a continuación se transcriben:

"Pido, comedidamente, que se case totalmente esa sentencia y se decidan favorablemente a mi mandante las peticiones hechas en la demanda...".

En cuanto a *los cargos* y al concepto de la violación de normas legales, se plantea así:

CAUSAL PRIMERA

Primer cargo.- Censura la resolución judicial por infracción directa de los arts. 5, 9, 22, 23, 24, 65, 127, 249, 253, 186, 190, 192, 306, 230, 47 y 197 del C. S. T., y al emitir concepto de esta violación manifiesta:

"La infracción es directa, por extensión o contraposición, dado que esas disposiciones citadas no se aplicaron, a pesar de estar probado el contrato de trabajo, el tiempo de su duración y el sueldo devengado por el trabajador.

"El contrato de trabajo y el sueldo surgen del acta de conciliación surtida entre las partes ante el señor Inspector Cuarto de Asuntos Campesinos de Cundinamarca (fls. 25 y 26), valora-

da por las probanzas del juicio, o sea, con la demanda y su contestación; con las posiciones que ambas partes absolvieron, y con la consignación de $ 400.00 que hizo el demandado ante el señor Juez 1o. Laboral de este Circuito.

"El tiempo de su duración surge con nitidez de la contestación del hecho número trece (13) de la demanda inicial (fl. No. 10) y de la respuesta número ocho (8) de las posiciones que absolvió el demandado (fl. No. 55).

Se examina el cargo

Con suma insistencia ha sostenido la Sala Laboral de la Corte que cuando en casación se formula el cargo de infracción directa de la ley, la técnica del recurso extraordinario exige que la presentación por el impugnador —si es el caso—, de una proposición jurídica completa, es decir, el señalamiento de la norma o conjunto de normas que constituyen el ordenamiento consagratorio del derecho sustantivo, se proponga al margen o independientemente de toda cuestión de hecho y probatoria, sin implicaciones de tal índole, o que la situación fáctica sea indiscutible, a fin de poder dirigir el análisis al terreno puramente jurídico del desconocimiento e inaplicación del precepto sustancial, de su indebida aplicación o equivocada interpretación.

En el caso *sub lite*, la demostración de la existencia del contrato de trabajo y sus extremos de "tiempo de duración y sueldo devengado por el trabajador", como menciona el recurrente en desarrollo o sustentación del cargo, son problemas de hecho que exigen la revisión del material probatorio, ajenos por completo al motivo de acusación por infracción directa, razón suficiente para que la Sala, desde el punto de vista técnico, lo desestime.

Por consiguiente, se concluye que el cargo es inadmisible.

Segundo cargo.- Se propone de esta manera: "*Infracción directa*, de medio, de los mismos artículos del Código Sustantivo del Trabajo citados en el primer cargo, como son, es a saber: 5o., 9o., 22, 23, 24, 127, 249, 253, 65, 186, 190, 192, 306, 230, 47 y 197, así como el art. 50 del Decreto-Ley 2158 de 1948; el art. 145 del Decreto-Ley 2158 de 1948 y el art. 210 del C. J.".

Al desarrollar la acusación, el impugnador sostiene que los textos citados dejaron de aplicarse, por inaplicación, a la vez, del art. 210 del C.J., el 50 y 145 del C.P. del T., lo que "llevó al sentenciador a confirmar la sentencia negativa de primera instancia, cuando de haberlas aplicado, el trabajador hubiera salvado siquiera una parte de sus derechos".

Se examina el cargo

El primer reparo, de orden general, que merece la proposición de este segundo cargo, es que no expresa concretamente cuáles normas sustantivas pudieron ser o fueron infringidas a consecuencia de la transgresión de otras, lo que comporta el fenómeno llamado violación de medio, es decir, que a través de la infracción de unas disposiciones se llega a quebrantar los preceptos contentivos de los derechos reclamados.

Parece estimar también el casacionista que hay similitud entre el art. 210 del C. J. y el 50 del C. P. T., pero lo cierto es que las dos normas difieren notoriamente, desde que la segunda establece una facultad en favor del Juez Laboral de primera instancia para fallar extra o ultra petita, autorización que no gobierna el mencionado texto de procedimiento civil, relativo a extralimitación o exceso en la demanda y que se conoce como plus petitum.

Además, claramente entiende el acusador que sí se acreditaron los factores de tiempo de duración contractual y sueldo devengado, cuando el Tribunal dice todo lo contrario, o sea, que tales hechos quedaron indemostrados, lo que hace resaltar la contrariedad o discrepancia con la sustentación del ad quem y vincula el cargo a la misma actividad probatoria contemplada al examinar la primera impugnación, por infracción directa, no siendo entonces posible su planteamiento por esta vía, que excluye o prescinde de la dilucidación de aspectos fácticos y de prueba, para lo cual, técnicamente, el camino apropiado es el indirecto, por errores de hecho o de derecho en la estimación de los medios de convicción.

En consecuencia, resulta inaceptable este segundo cargo.

Tercer cargo.- Dice el recurrente: "Errores de hecho. Subsidiariamente, estimo violados por esta vía indirecta de los errores de hecho, los mismos preceptos legales del C. S. del T. citados en el primer cargo de esta demanda, o sean, los siguientes: 5o., 9o., 22, 23, 24, 127, 249, 253, 253 (sic), 65, 186, 190, 192, 306, 230, 47 y 197".

1. "Por falta de apreciación: Error de hecho en la prueba de confesión sobre el hecho número trece de la demanda y la contestación correlativa. (fls. 5 y 10, respectivamente)".

2. "Error de hecho en la prueba de confesión suministrada por las posiciones de la parte demandada. Pregunta 8a. y su respuesta. (fl. 55)".

3. "Por apreciación errónea: Error de hecho en los testimonios de Saturnino González (fls. 38 a 41); de Abelardo López (fls. 41 a 43 v.); de Julio Ramos (fls. 44 f a 46 f y de Jorge López (fls. 47 fte. a 49 fte) ".

4. "Error de hecho en la interpretación del acta de conciliación fl. 25 y 26".

En resumen, señala cuatro (4) errores; por falta de aplicación de la prueba confesoria, en cuanto al hecho número trece de la demanda y su correlativa contestación; desestimación de las posiciones rendidas por la parte patronal (pregunta 8a. y su respuesta); equivocada calificación testimonial y errada interpretación del acta conciliatoria.

Se considera

El recurrente no determina con claridad cuáles fueron los errores de hecho, graves, manifiestos, evidentes; en que incurrió el Tribunal sentenciador, en virtud de la incorrecta evaluación probatoria que indica el cargo.

Por la redacción de la censura en términos inadecuados u oscuros, parece que el impugnador confunde la causa, que es la falta de apreciación o estimación incorrecta de la prueba, con su consecuencia o efecto, o sea el error de hecho resultante de esa omisión o actividad probatoria equivocada, y quizá por ello no fija el concepto exacto de la infracción legal, no se detiene a analizar los medios, no explica cuál es su correcto entendimiento, ni concreta la incidencia de los posibles errores en la parte resolutiva del fallo, sino que el ataque se formula a base de simples afirmaciones o conceptos personales que el casacionista contrapone a las conclusiones del juzgador.

Si por amplitud se examinara el cargo, en la inteligencia de que su enunciación y desarrollo contienen los errores a que la imputación se refiere, surgiría el corolario de la inexistencia de tales equivocaciones, mucho menos con el carácter de protuberantes, en contraposición con la realidad y evidencia procesales, porque los razonamientos de la sentencia no conducen a tener por cierta una situación que no ha ocurrido o a desconocerla, estando claramente demostrada en autos.

En efecto, en relación con el análisis de pruebas, el Tribunal basa su decisión en que el demandado no confesó los extremos del contrato en la contestación del libelo inicial del juicio, ni los acreditan las posiciones, ni el acta de conciliación y tampoco se prueban con los testimonios, sobre los cuales, aparte de la informalidad rituaria, consistente en la carencia de la constancia del funcionario comisionado, acerca de su mérito o credibilidad, según el art. 52 del C. P. T., adujo que "no son lo suficientemente claros y precisos para ser tenidos en cuenta" y, respecto al deponente López, sostuvo que era contradictorio, de modo particular en las respuestas 2a. 9a. y 5a., alusivas a labores discontinuas y diversas, trabajo a otros patronos, etc., todo lo cual fluye del acervo analizado y converge a su adecuada estimación.

Luego, la Sala falladora sí apreció los escritos de demanda y respuesta, las posiciones, los testimonios y el intento de arreglo amigable, aunque en sentido adverso a lo que alega el acusador, pues el hecho 13 de la primera, referente al "precio del arrendamiento mensual de la habitación", al ser contestado, no produjo confesión del tiempo exacto de servicios, ni de los demás extremos del contrato de trabajo, precisamente porque la pregunta trata de una figura jurídica distinta, o sea, el arrendamiento; la diligencia absolutoria, en el punto octavo, tampoco denuncia la duración o los extremos contractuales que echa de menos la sentencia acusada; los elementos de convicción testimoniales le merecieron al Tribunal la calificación de oscuridad, imprecisión y contradicción, sin que el impugnador se esforzara por desvirtuarla, ya que más bien formula críticas ajenas a la valoración judicial de segunda instancia; y en lo concerniente al acta de conciliación, el mismo casacionista aporta un argumento inobjetable, con la siguiente cita jurisprudencial:

"Si el intercambio de propuestas y contrapropuestas en esta etapa preliminar no culmina en un acuerdo conciliatorio, los hechos que hayan sido aceptados por las partes tendrán mayor o menor fuerza probatoria según sea el respaldo y concatenación con los elementos de convicción que se produzcan en el juicio laboral. (Cas. Lab. Junio 12-59. No. 2211-2212)".

El acta discutida no contiene la confesión expresa y completa que le atribuye el censor, sino que registra un simple ofrecimiento de pago por vía conciliatoria y, además, consta allí mismo que el demandado manifestó claramente al final "no poseo los datos precisos que puedan dar una mayor certeza", por lo cual el Tribunal arguyó que la prueba no servía "para fundamentar condena" y tampoco aparece la conexión o respaldo con el resto de probanzas allegadas al juicio.

Por tanto, también se desestima 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 acusada, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Aprobación: Acta No. 55).

Ante el Juzgado de Trabajo de Popayán, *Edgard Agredo Q.* demandó, por medio de apoderado, a la *Cooperativa Agropecuaria del Cauca Limitada* para que, mediante los trámites de un juicio ordinario laboral, fuese condenada a pagarle las sumas que resulten probadas por concepto de salarios insolutos, auxilio de cesantía, primas de servicio, vacaciones, trabajo suplementario, lucro cesante, indemnización moratoria y costas del juicio.

Afirmó en el libelo que había prestado sus servicios personales a la entidad demandada, como expendedor de artículos y con remuneración de $ 700.00 mensuales, desde el 14 de noviembre de 1961 hasta el 2 de diciembre de 1962. El 14 de noviembre de ese año, por medio de nota distinguida con el número 524 G., se le comunicó que, a partir del 29 de diciembre siguiente, se prescindía de sus servicios debido a "exigencias económicas de la entidad"; al final de la nota se habla de un término de 45 días que ninguna incidencia puede tener en la terminación del contrato, pues este era verbal. La demandada solamente consignó lo que creyó deber el día 3 de enero de 1963 cuando los Juzgados estaban en vacaciones judiciales; por lo tanto, la disponibilidad para el trabajador solo se produjo el 11 de enero.

La Cooperativa, al contestar la demanda, aceptó parcialmente los hechos, pero negó que hubiese despedido al actor por medio de la nota 524 G., pues en ella, simplemente, se consignó una prórroga de 45 días, o sea hasta el 29 de diciembre de 1962. El hecho de que en esa comunicación se dijese que por "exigencias económicas de la entidad" se prescindiría de los servicios del trabajador a partir del 29 de diciembre siguiente, sólo indica que por ese motivo no podía accederse a una prórroga por mayor tiempo. Alegó las excepciones perentorias de pago y cobro de más de lo debido.

Dentro de la audiencia de conciliación las partes conciliaron sus diferencias relativas a los extremos de cesantía, primas, vacaciones, salarios insolutos y trabajo suplementario. Sólo quedaron sujetas a decisión judicial las súplicas relacionadas con las indemnizaciones por lucro cesante y por mora.

El Juzgado del conocimiento falló la controversia el día primero de agosto de mil novecientos sesenta y tres, condenando a la Cooperativa a pagar a Agredo la cantidad de $ 3.150.00, por concepto de indemnización por lucro cesante; la absolvió de los demás cargos y no hizo condenación en costas.

El Tribunal Superior de Popayán, al desatar la alzada interpuesta por los apoderados de ambas partes, revocó la decisión del *a quo*, en cuanto condenó por lucro cesante, y la confirmó en lo demás.

Contra ese fallo, proferido el veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, el procurador judicial del actor interpuso el recurso de casación que la Corte va a decidir mediante el examen de la demanda que lo sustenta. No hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Lo primero que advierte la Sala es que el alcance de la impugnación no está adecuadamente formulado, pues el recurrente se limita a pedir que se revoque la sentencia de segundo grado y se hagan determinadas condenaciones, pero no expresa qué debe hacer la Corte, en el evento de la prosperidad del recurso y como Tribunal de instancia, con la proferida por el Juzgado.

A esta deficiencia del *petitum* se agregan otras fallas técnicas que exhiben los cargos a través de los cuales se concreta la acusación. Así, en el primero, se predica violación indirecta, a causa de error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de algunas pruebas, de los arts. 13, 37, 39, 43, 45, 47, 49, 61, 63, y 66 del C. S. T., 1o. del Decr. 616 y 1o. y 2o. del Decr. 617 de 1954; e interpretación errónea de esas mismas disposiciones legales. Estos dos conceptos de infracción de la ley, según lo ha explicado en forma reiterada la jurisprudencia, obedecen a modalidades distintas y no pueden, por lo tanto, producirse simultáneamente con respecto a unas mismas normas. La indirecta siempre estará vinculada a la actividad probatoria y a errores de hecho o de derecho. La interpretación errónea, en cambio, sólo ocurre cuando el juzgador, independientemente de todo problema fáctico y considerando la norma en sí misma, hace una equivocada inteligencia de su contenido. De ahí que no sea admisible, por contradictoria, la acumulación en un mismo cargo de los dos tipos de infracción cuando ella se afirma de los mismos preceptos legales.

Y en el segundo se plantea la violación directa del art. 65 del C. S. T., mas sin indicar la modalidad de la infracción. Y su desarrollo se adelanta a través de los conceptos de la buena o mala fe, que constituyen cuestiones de hecho que sólo pueden dilucidarse mediante examen del material probatorio. Por consiguiente, la transgresión a que alude la censura no pudo tener lugar por la vía directa como lo señala el impugnante, pues que esta clase de infracción se produce sin nexo alguno con situaciones de hecho sujetas a discusión.

Resalta, pues, la ineficacia de los cargos y la Sala los rechaza, 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 del recurso, proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el día veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y tres.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, 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.

REINTEGRO
Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales

Si bien el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965 (64 del CST), que permite el restablecimiento en el cargo del empleado despedido unilateralmente por el patrono, sin justa causa, es aplicable a los trabajadores oficiales, lo es tan sólo por excepción, cuando el empleador se ha sometido voluntariamente a ese régimen, o este es más favorable para el trabajador siempre que el patrono haya determinado sujetarse a él.

La regla general es, en todo caso, la exclusión de los empleados públicos del estatuto legal de los trabajadores particulares —salvo en lo concerniente al derecho colectivo—, pudiendo sin embargo acogerse a la legislación más favorable, cualquiera que sea la clasificación que les corresponda, pero a condición, tratándose de los públicos u oficiales, que la que gobierna las relaciones laborales en el sector privado rija también las de la institución oficial por propia determinación de esta, si es ella la invocada. A lo que cabe añadir, en lo que atañe a la aplicación preferente de la norma más favorable al trabajador, que el texto del art. 36 de la Ley 6a. de 1945 es muy claro en el sentido de que esa aplicación preferencial es dable, pero respecto de los preceptos reguladores de las prestaciones establecidas en las secciones segunda y tercera de dicha ley 6a., y la reincorporación al servicio no se halla en este caso: ni en dichas secciones, ni en ley alguna relativa al *status* de los trabajadores oficiales, existe regla que establezca el restablecimiento en la función en caso de despido unilateral injusto, si se exceptúa, desde luego, el de los empleados inscritos en la carrera administrativa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo.

(Aprobación: Acta No. 55).

Alfonso Andrade Carrera demandó al Banco Cafetero en juicio ordinario laboral de mayor cuantía, ante el juez civil municipal de Garzón, porque se ordenare su reintegro al cargo de gerente de esta entidad en la localidad mencionada y el pago de los salarios y prestaciones sociales no devengados por el trabajador durante el lapso en que permaneció cesante; o en subsidio, el pago de cuarenta mil doscientos cincuenta pesos por concepto de preaviso y las demás sumas que por prestaciones sociales resultare a deberle la expresada institución bancaria.

El casacionista expone así, resumidamente, los antecedentes del recurso que se decide:

"Alfonso Andrade Carrera estuvo trabajando para el Banco Cafetero durante más de diez años, en diversos cargos, y fue despedido por este cuando estaba desempeñando el cargo de gerente de la sucursal de Garzón. El banco basó su determinación en que Andrade había incurrido en varias de las causales que para dar por terminado el contrato con justa causa establece el art. 7o. del Decr. 2351 de 1965. Considerando injurídico el proceder del banco, Andrade lo demandó para que fuera condenado a reintegrarlo en el mismo cargo que había tenido, y "mediante el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar por el trabajador hasta que se produzca el reintegro". Subsidiariamente, para el caso de que no fuera ordenado el reintegro, impetró condena contra el banco por la suma de cuarenta mil doscientos cincuenta pesos ($ 40.250.00) 'o lo que resulte probado', por concepto del preaviso legal.

"Al contestar la demanda, presentada, como se dijo, en el juzgado civil municipal de Garzón, el banco, a vueltas de aceptar algunos hechos y negar los demás, se opuso a que se hicieran los pronunciamientos impetrados en el libelo, estimando que el despido se verificó por justa causa comprobada.

"En su sentencia el juzgado absolvió al banco de todos los cargos de la demanda, con costas al actor.

"Apelado por este dicho proveído, el Tribunal lo revocó, con el voto disidente de uno de sus miembros, y condenó al banco a reintegrar al demandante en el cargo de gerente de la sucur-

sal de Garzón, en las mismas condiciones de empleo que tenía en la fecha de cancelación del contrato de trabajo, y a pagarle los sueldos y primas dejados de percibir desde el día 16 de marzo de 1968 hasta el del reintegro, a razón de tres mil quinientos pesos ($ 3.500.00) mensuales, con costas.

"A juicio del Tribunal no aparecieron comprobados los motivos que adujo el banco como justa causa para dar por terminado el contrato, y, por otra parte, estimó que no encontraba incompatible con el reintegro la situación del demandante respecto de dicho establecimiento de crédito".

En la aludida sentencia de segundo grado, pronunciada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón* el 18 de abril del presente año, por apelación interpuesta por el actor contra el fallo absolutorio de primera instancia, la sala sentenciadora decide:

"*Primero.* Declárase que el trabajador Alfonso Andrade Carrera, quien desempeñaba la gerencia del Banco Cafetero en la ciudad de Garzón, fue injustamente despedido de su cargo al dar el patrono, Banco Cafetero, por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a término indefinido sin justa causa comprobada y grave.

"*Segundo.* Revócase la sentencia de primera instancia de fecha 14 de febrero del presente año.

"*Tercero.* Condénase al Banco Cafetero, entidad con domicilio en Bogotá y representado por su gerente general, a reintegrar en el cargo de gerente de dicho banco en la sucursal de la ciudad de Garzón, en las mismas condiciones de empleo que este señor Alfonso Andrade Carrera tenía en la fecha en que le fue cancelado el contrato de trabajo.

"*Cuarto.* Condénase al mismo Banco Cafetero a pagar al nombrado Alfonso Andrade Carrera los sueldos y primas dejados de percibir por este desde el día dieciséis (16) de marzo de mil novecientos sesenta y ocho (1968) hasta el día en que sea reintegrado en el cargo que se deja expresado, a razón de tres mil quinientos nueve pesos ($ 3.509.00) m/cte. mensuales.

"El reintegro y el pago de sueldos y primas a que alude el punto anterior se hará el día que quede ejecutoriada esta sentencia.

"*Quinto.* Condénase a la parte demandada a pagar las costas en este juicio causadas en primera y segunda instancia".

Es premisa en la cual se apoya la corporación falladora para llegar a las anteriores conclusiones, que "por lo que hace al contrato de trabajo que se alega entre las partes en el presente juicio y del cual se originan o derivan las pretensiones invocadas a que se ha hecho referencia, es un hecho evidente que se encuentra establecida la existencia del mismo entre el exgerente demandante y la entidad demandada, por la confesión de las partes, tanto al formular la demanda como en la respuesta a la misma, en cuanto se hace referencia a la actividad personal del trabajador, a la dependencia del mismo respecto de la entidad demandada y al salario como retribución de los servicios"; esto es, por haber hallado suficientemente acreditados los elementos a que se refiere el art. 23 del CST el Tribunal llegó a la conclusión de que las partes se hallaban ligadas por un contrato de trabajo.

Contra este fallo interpuso la parte demandada recurso de casación, con fundamento en la causal primera del art. 60 del Decr. 528 de 1964.

Tres cargos formula contra él, de los cuales el primero es por violación directa, por aplicación indebida, del art. 8o., numeral 5o., del Decr. 2351 de 1965, proveniente de la infracción directa, o falta de aplicación, de los arts. 3, 4 y 492 del CST, 1o. de la Ley 76 de 1927, 1o. del Decr. 355 de 1928, 4o. de la Ley 41 de 1937, 7, 8, 9, 10 y 12 del Decr. 2078 de 1940, 4o. del Decr. 2127 de 1945, 1, 3 y 4 del Decr. 2314 de 1953 y 3 del Decr. 322 de 1957.

Para demostrar el cargo el casacionista se apoya en la sentencia de 16 de abril de 1968 (Cas. en el juicio de Julián Cock Escobar contra el Banco Cafetero), en que esta Sala, con fundamento en varias de las disposiciones que se considera fueron materia de infracción directa en este negocio, llega a la conclusión de que si el Banco Cafetero "tiene origen en una ley que lo creó; si su capital proviene de la suscripción de acciones con fondos públicos nacionales, como son los del Fondo Nacional del Café; si fue establecido para colaborar en la satisfacción de fines vinculados al fomento de la industria que provee la mayor cantidad de divisas extranjeras al comercio exterior, esto es, para cumplir cometidos de servicio público; si dos de sus directores y el gerente general son designados por el Presidente de la República; y si, finalmente, se halla sometido a la vigilancia y control de organismos estatales, no puede negarse que es un establecimiento público u oficial, y que como tal forma parte de la administración pública general"; lo que el impugnante trae a colación para corro-

borar las siguientes proposiciones con que se propone demostrar el cargo: "Por ignorar o no haberle reconocido validez a las normas citadas en la letra b) el Tribunal dio aplicación indebidamente al art. 8o., numeral 5o., del Decr. 2351 de 1965, que permite al juzgador ordenar el reintegro del trabajador particular que haya sido despedido sin justa causa y que haya laborado por diez años. O sea, que el Tribunal consideró que entre el demandante y el Banco existió una relación de derecho privado, o mejor dicho, que el demandante era un particular frente al Banco y que podía beneficiarse de disposiciones que, como la citada, sólo son aplicables a los particulares. Pero de tales normas resulta que el Banco es un establecimiento público u oficial, y en consecuencia, sus empleados no son trabajadores particulares sino oficiales, si bien encuadrados dentro del régimen contractual. A trabajadores de esta categoría no se les pueden aplicar las normas del CST, según resulta de los arts. 3o., 4o. y 492 del CST, que no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal, como tampoco el 4o. del Decr. 2127 de 1945. El fallador de segundo grado ignoró estas normas o no les reconoció validez, y por ello aplicó el art. 8o., numeral 5o., del Decr. 2351 de 1965, no siendo aplicable en el presente caso".

Pretende el impugnador, con el cargo así formulado, que se case totalmente la sentencia de segunda instancia, y que consecuencialmente se confirme la de primer grado.

En el escrito de réplica, la parte actora manifiesta que "en ninguna parte de la providencia sujeta a gravamen se hacen las consideraciones que denuncia el cargo", pues que "en el juicio no fue objeto de controversia la naturaleza jurídica del banco demandado ni la calidad de particular u oficial de sus trabajadores"; y que del hecho cierto de que el Banco Cafetero es un establecimiento público, y de que hubiese sido un trabajador oficial de dicho instituto, "no se sigue necesariamente que el CST, en su parte de derecho individual, y dentro de ella el Decr. 2351 de 1965, no le sea aplicable, como se desprende de la jurisprudencia" de la Sala que transcribe. Llama además la atención hacia que de haber indebida aplicación del art. 8o. del Decr. 2351 en su numeral 5o., sería por motivos de orden fáctico; pero que el casacionista no propuso la acusación con fundamento en esa causal.

Se examina el cargo:

En concepto del casacionista la indebida aplicación del art. 8o., numeral 5o., del Decr. 2351 procede de la infracción directa de los arts. 3o., 4o. y 492 del CST, que determinan la clase de relaciones de derecho individual laboral a que les es aplicable el CST, y de los demás que menciona en el libelo, relativos, unos a la organización y otros a actividades del Banco Cafetero, de los cuales resulta que dicha institución es un establecimiento público, como se hace notar en la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1968 dictada en el ordinario de Julián Cock Escobar contra la institución bancaria demandada en este juicio. En este fallo la Corte se limitó a examinar la naturaleza jurídica del instituto, sin entrar a estudiar la cuestión que es sujeta materia de este recurso, ya que aquí no se discute la calidad de establecimiento público que él tiene, sino la aplicabilidad a tales entidades oficiales de ciertas regulaciones del CST.

Pero, por otra parte, sobre este último tema dijo la Corte en sentencia dictada en el ordinario de Hermógenes Mendoza Rodríguez contra Puertos de Colombia el 15 de abril de 1968, en la cual estudia la aplicabilidad de las disposiciones que en primer término menciona la censura como infringidas directamente a las relaciones de las entidades de derecho público con sus trabajadores:

"Los arts. 3o. y 4o. del Código sacaron del ámbito de sus regulaciones el Derecho Individual del Trabajo, dejándolo vigente para el Colectivo, respecto de los trabajadores oficiales, así de la Administración Pública, como de sus institutos descentralizados, con el propósito de crear estatutos especiales posteriores sobre la materia, los que aún no han sido expedidos, razón por la cual han venido aplicándoseles las citadas leyes anteriores a la promulgación de aquel. No imponen, pues, aquellos artículos, prohibición de que un establecimiento público pueda someterse, por determinación suya, al régimen laboral del Código en lugar del previsto en la Ley 6a. de 1945, su decreto reglamentario y demás disposiciones modificativas o complementarias correspondientes. A falta de tal determinación, rigen obviamente estos ordenamientos legales para las empresas públicas, conforme a la regla general de los arts. 3o. y 4o. en comento; pero si el acto constitutivo de una de ellas o una Convención Colectiva con sus trabajadores, adoptan aquel régimen en vez de este, no existe razón legal que reste validez a esa manifestación de la voluntad autónoma del establecimiento público respectivo.

"Con la adopción de ese régimen laboral el establecimiento no contraría su naturaleza, ni

desvirtúa sus fines u objetivos propios, ni entorpece el cumplimiento de sus funciones peculiares. Simplemente, ante dos regulaciones legales del mismo fenómeno jurídico; la incorporación del trabajo humano, prefiere una de ellas como parte de su organización interna, sin que haya ley expresa que se lo prohiba, y cuando, por otra parte, la misma que reglamenta el trabajo de los servidores públicos, prevé la existencia del sistema contractual del Código Laboral para los de las obras públicas y los de las empresas del Estado de carácter industrial, comercial, agrícola o ganadero que se exploten con fines de lucro o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma, conforme al texto del art. 4o. del Decr. 2127 de 1945.

"En términos generales, la diferencia entre ambos regímenes consiste en que el del Código parte del supuesto de la existencia del contrato de trabajo y el de la Ley 6a. y disposiciones completamentarias, del de una relación de servicio público y mira como excepcional dicho contrato, según lo explicado anteriormente, y así, no se ve motivo jurídico que impida a las empresas que por sus fines puedan estar incluídas dentro de lo previsto por el art. 4o. inmediatamente antes invocado, el que adopten el régimen contractual, como más acorde con sus objetivos peculiares y el desarrollo normal de sus funciones.

"Podría surgir, sin embargo, una situación dudosa en los casos en que la regulación laboral de los trabajadores oficiales sea más favorable a estos que la del Código, respecto de una determinada prestación, como por ejemplo, la edad requerida para gozar de pensión jubilatoria. Pero en tales casos bastaría que el trabajador se acogiera a la norma que más lo favorece, según regla establecida por las leyes respectivas para ambas clases de trabajadores, sin perder de vista que al escoger aquella debe hacerlo en su integridad, es decir, también en la parte de la misma que pudiera no serle tan favorable".

De acuerdo con esta doctrina, si bien el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965 (64 del CST), que permite el restablecimiento en el cargo del empleado despedido unilateralmente por el patrono, sin justa causa, es aplicable a los trabajadores oficiales, lo es tan sólo por excepción, cuando el empleador se ha sometido voluntariamente a ese régimen, o este es más favorable para el trabajador siempre que el patrono haya determinado sujetarse a él. La regla general es, en todo caso, la exclusión a los empleados públicos del estatuto legal de los trabajadores particulares —salvo en lo concerniente al derecho colectivo—, pudiendo sin embargo acogerse a la legislación más favorable, cualquiera que sea la clasificación que les corresponda, pero a condición, tratándose de los públicos u oficiales, que la que gobierna las relaciones laborales en el sector privado rija también las de la institución oficial por propia determinación de esta, si es ella la invocada. A lo que cabe añadir, en lo que atañe a la aplicación preferente de la norma más favorable al trabajador, que el texto del art. 36 de la Ley 6a. de 1945 es muy claro en el sentido de que esa aplicación preferencial es dable, pero respecto de los preceptos reguladores de las prestaciones establecidas en las secciones segunda y tercera de dicha ley 6a., y la reincorporación al servicio no se halla en este caso: ni en dichas secciones, ni en ley alguna relativa al *status* de los trabajadores oficiales, existe regla que establezca el restablecimiento en la función en caso de despido unilateral injusto, si se exceptúa, desde luego, el de los empleados inscritos en la carrera administrativa.

En este orden de ideas, versando la controversia sobre si con abstracción de cuestiones de hecho que acreditasen una situación de excepción, el Banco Cafetero está obligado a someterse al régimen del CST en punto de reincorporación al servicio de trabajadores o empleados despedidos por él, debe concluirse que no, como regla general, y que por consiguiente el fallador de instancia omitió tener en cuenta los preceptos que se mencionan como infringidos, con la consecuencia de haber aplicado el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 a una situación fáctica que la regla no regula, ya que esta sólo se refiere a relaciones jurídicas de carácter particular;o sea, que la aplicó indebidamente, puesto que las relaciones de trabajo entre la administración pública y sus empleados y trabajadores se gobiernan por normas especiales, distintas de las de aquel código.

Sin que sea atendible el argumento de la parte opositora en el recurso, de que la aplicación indebida de los preceptos mencionados, de existir, provendrían de circunstancias fácticas que el recurrente (o sea, la parte demandada) ha debido probar en el juicio y demostrar en el recurso, pues que en este caso la situación de hecho es en un todo ajena al olvido en que incurrió el sentenciador de unas normas que ha debido tomar en cuenta para absolver por ellas el conflicto, ya de manera positiva o bien en forma negativa. Ni conviene dejar sin observa-

ción —aunque no sea estrictamente pertinente para los fines del recurso—, que la sujeción de la empresa a las regulaciones del CST constituiría un hecho exceptivo que correspondería probar a quien lo alega, que no es al banco sino al trabajador.

El cargo es, pues, fundado, y por tanto prospera.

Como consideraciones de instancia, para fundamentar la revocatoria de la sentencia de segundo grado y la confirmación de la proferida por el juez *a quo,* bastan las formuladas al estudiar el cargo, sin que sea menester, por otra parte, examinar los otros dos, ya que prospera el primero.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA totalmente la sentencia pronunciada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón, y en su lugar CONFIRMA la proferida en primera instancia por el juez *a quo.*

No hay lugar a condenación en costas.

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 O., Secretario.

CONTRATO PRESUNTIVO DE TRABAJO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Aprobación: Acta No. 55).

Archibaldo Pisciotti, por medio de apoderado, demandó al *"Instituto de Fomento Algodonero" (IFA)* para el pago de salarios insolutos, lucro cesante, indemnización moratoria y costas.

Según los hechos de la demanda, trabajó al servicio de dicha entidad, como almacenista, en Codazzi, del 1o. de junio de 1962 al 25 de junio de 1963. El Instituto se comprometió a retribuirle su trabajo con un sueldo fijo, y una prima de localización equivalente al 20% de ese sueldo. Del 1o. de junio al 31 de diciembre de 1962, el sueldo fue de $ 900.00 y la prima de $ 150.00. Del 1o. de enero al 31 de marzo de 1963, devengó un sueldo de $ 1.020.00 y una prima de $ 204.00, pero a partir del 1o. de abril de ese año, el Instituto dejó de pagar la prima. Fue despedido en ejercicio de la cláusula de reserva, mediante preaviso notificado el 15 de abril de 1963, y los salarios y prestaciones fueron cancelados el 12 de julio siguiente. El contrato debía terminar el 29 de mayo pero, por disposición del patrono, continuó prestando sus servicios hasta el 25 de junio.

En la contestación, el Instituto niega que se hubiese comprometido a pagar un sueldo fijo y una prima de localización, o que haya dejado de pagar esta última teniendo derecho a ella el trabajador, ya que fue suprimida por Res. No. 17 del 12 de marzo de 1963.

Acepta que el preaviso le fue comunicado al trabajador el 15 de abril de 1963, y que el pago de las prestaciones se hizo el 12 de julio del mismo año. Pero niega que al demandante se le hubiese exigido que continuara prestando sus servicios o que se hubiese visto en la obligación de proseguirlos.

Como razones de la defensa, manifiesta que por Res. No. 121 de 19 de mayo de 1961 se creó una prima de localización para el personal técnico y administrativo que sea destinado a prestar sus servicios en Codazzi, Tumaco, Barrancabermeja y Calima, mientras permanezca en tales sitios y cuyo valor será equivalente al 20% del sueldo básico mensual del funcionario que resulte beneficiado, y se dispuso que ella no constituye salario, ni se tendrá en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales.

Que por Res. No. 7 de febrero 9 de 1962 fue adicionada la anterior en el sentido de hacer extensiva dicha prima al personal técnico administrativo que prestara sus servicios en las agencias de Becerril y Aguachica. Y por Res. No. 017 de 12 de marzo de 1963 y a partir del 1o. de abril del mismo año, quedó suprimida la prima de localización y derogadas las Resoluciones que la crearon.

Que por oficio No. 02446 del 15 de abril de 1963, fue notificado el trabajador sobre la determinación de la empresa de dar por terminado el contrato en ejercicio de la cláusula de reserva mediante preaviso de 45 días, el cual vencía el 29 de mayo, y por oficio No. 03477 del 25 de mayo se le insinuó que pasara una cuenta de cobro por los días que sobrepasaran la fecha de expiración del preaviso, en las diligencias de entrega del Almacén, las que se prolongaron hasta el 25 de junio siguiente, en que se firmó el acta correspondiente.

Las prestaciones fueron liquidadas y pagadas el 12 de julio de 1963, en cheque contra el Banco Grancolombiano, por la suma de $ 3.560.77, que Pisciotti recibió a su entera satisfacción.

Termina la parte demandada oponiéndose a las solicitudes de la demanda y solicitando que el demandante sea condenado en costas.

El juicio terminó en primera instancia por sentencia del 11 de diciembre de 1963, proferida por el Juzgado 1o. Laboral de Bogotá. En ella condena al Instituto de Fomento Algodo-

nero (IFA) a pagar a Archibaldo Pisciotti la suma de $ 578.00 por concepto de salarios insolutos o prima de localización. Lo absuelve de los demás cargos, y lo condena a pagar el 33% de las costas.

Apelaron los apoderados de las partes y *el Tribunal Superior de Bogotá,* en providencia del 21 de febrero de 1964, confirmó la de primer grado, sin costas en la segunda instancia.

La parte demandante interpuso el recurso de casación, que le fue concedido. Tramitado aquí en forma legal, ha llegado la oportunidad de decidirlo.

EL RECURSO

Persigue que la sentencia de segundo grado sea casada parcialmente, en cuanto absolvió del lucro cesante, y salarios caídos o indemnización moratoria y que la Corte, como Tribunal de instancia, revoque parcialmente el fallo de primer grado, en cuanto absuelve por los mismos conceptos y en su lugar, haga las respectivas condenas.

Con fundamento en la causal primera de casación, formula dos cargos que se estudian en su orden.

Primer cargo.- Acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta del art. 48 del C. S. T., actualmente sustituído por el art. 1o. del Decr. 616 de 1954, en concordancia con los arts. 64 y 66 del mismo Código. Violación que se produjo a consecuencia de error evidente de hecho por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Expresa que el error de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que el Instituto no dio por terminado legalmente el contrato de trabajo que lo vinculaba con el demandante, o sea, qué no hizo mal uso de la cláusula de reserva, para terminar el contrato, no obstante estar demostrado que el pago de los salarios y prestaciones debidos al trabajador no fue previo o concomitante a dicha terminación sino posterior.

Como pruebas erróneamente apreciadas cita los documentos de fls. 12 y 19, y como dejadas de estimar, la confesión contenida en la contestación de la demanda (fl. 20) y la declaración de confeso de la entidad demandada (fls. 31 a 33). Aquellas probanzas fueron equivocadamente apreciadas —continúa la censura— porque si se hubieran estimado correctamente se habría llegado a la conclusión de que el contrato existente entre las partes fue uno solo y su duración, del 1o. de junio de 1962 al 25 de junio de 1963, sin que quede duda de que terminó por uso de la cláusula de reserva. Agrega, que hace este análisis probatorio, porque la motivación de la sentencia parece que diera a entender que el medio de extinción del contrato, no fue la invocación de la cláusula de reserva.

Se refiere, luego, a la prueba no apreciada, para significar que por esa circunstancia el *ad quem* incurrió en el error de no dar por establecido que la entidad demandada, no obstante que hizo uso de la cláusula de reserva para terminar el contrato, no pagó al trabajador sus salarios y prestaciones debidos, en forma previa o concomitante y, por tal razón, la disolución del vínculo es ilegal.

Se considera

La sentencia acusada dijo en lo pertinente:

"*Lucro cesante.*- En la cláusula quinta del contrato suscrito entre las partes (fl. 8), se estipuló que estas "se reservan expresamente el derecho de darlo por terminado en cualquier tiempo, mediante aviso previo dado por escrito al otro contratante con una anticipación no inferior a cuarenta y cinco (45) días".

"Al fl. 9 del informativo obra copia de la comunicación enviada por la empresa al trabajador el 15 de abril de 1963, y en la cual le manifiesta su deseo de "prescindir de sus servicios mediante preaviso legal de 45 días que se empiezan a contar a partir de la fecha, con vencimiento el 29 de mayo". Ahora bien: si la relación laboral no terminó en esta fecha, sino que se extendió hasta el 25 de junio de 1963, ello se debió exclusivamente a las circunstancias especiales y modalidades propias del cargo que desempeñaba el demandante Pisciotti, cargo de Almacenista. Con toda lógica se infiere que el actor debía entregar a su sucesor los bienes y enseres que la empresa había colocado bajo su guarda y custodia mediante el correspondiente inventario; no es tampoco difícil deducir que para la entrega se requería un prudencial período de tiempo, y así realmente sucedió. El despido, por tanto, no puede considerarse como irregular por la sola circunstancia de los días excedentes a la fecha indicada como de terminación del contrato".

El contrato de trabajo terminó por voluntad del patrono, en ejercicio de la cláusula de reserva. Para el efecto, mediante oficio No. 02446 del 15 de abril de 1963, el trabajador fue notificado del preaviso correspondiente, el cual vencía el 29 de mayo siguiente. Sin embargo, en tarea de entrega del almacén, Pisciotti continuó sus actividades hasta el 25 de junio, con el asentimiento de la empresa, según consta en el acta de esta fecha, que obra a fls. 19, y que es, precisamente, uno de los documentos que el casacionista señala entre las pruebas que, a su juicio, fueron erróneamente apreciadas por el *ad quem*.

El pago de los salarios y prestaciones debidos se hizo el 12 de julio de 1963, tal como aparece de la liquidación visible a fls. 12. Otra prueba que, según la censura, fue mal apreciada. Además, estos antecedentes también se infieren de la contestación de la demanda, (fl. 20), documento señalado en el cargo como dejado de apreciar. Luego la cancelación de las deudas, como lo afirma el impugnador, no fue previa a la extinción del contrato, ni concomitante, circunstancia contraria al correcto ejercicio de la cláusula de reserva, puesto que como lo tiene sentado la reiterada jurisprudencia de la Corte, para que esa cláusula sea operante es menester dar cumplimiento a la obligación de preavisar por escrito con la antelación que señala la ley y satisfacer previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. El Instituto dio el preaviso por escrito con la antelación que señala la ley, pero esto no basta, sino que es indispensable cancelar previamente todas las sumas adeudadas al trabajador, en virtud del contrato laboral.

Las consideraciones del *ad quem*, como se desprende del pasaje arriba transcrito, indican que en su actividad probatoria hubo errada estimación de unas pruebas y falta de estimación de otras, lo que dio lugar a los errores ostensibles de hecho a que alude la censura. El cargo prospera, y la sentencia debe ser casada en este aspecto, para decidir, en instancia, lo que sea pertinente.

Segundo cargo.- En este acusa violación indirecta del art. 65 del C. S. T. que dejó de aplicarse, en concordancia con los arts. 57, numeral 4o.; 142 y 149 del mismo Código, que tampoco se aplicaron. Violación que se produjo a consecuencia de evidente error de hecho por errónea apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Para el casacionista el error de hecho consiste en no dar por demostrado, estándolo plenamente, que la entidad demandada obró de mala fe al no pagar al demandante la totalidad de sus salarios y retener parte de ellos sin razón justificativa, a la terminación del contrato.

Como pruebas erróneamente apreciadas indica la liquidación de prestaciones sociales (fl. 12), la copia de la Res. No. 017 de 1961 (fl. 4) y la sentencia de primera instancia, y como dejada de estimar, la declaratoria de confeso de la entidad demandada. (fls. 31 a 33).

Agrega que de conformidad con la declaratoria de confeso es irrefragable, como lo aceptaron los juzgadores de primera y segunda instancia, que la llamada prima de localización constituye salario y es incuestionable que al trabajador se le pagaron dichas primas como retribución por sus servicios desde que inició la ejecución de su contrato hasta el último día de marzo de 1963. A partir del 1o. de abril de 1963 y hasta la terminación del contrato se le dejó de pagar esa prima sin razón alguna valedera. Si el Tribunal —continúa el acusador hubiera apreciado esa declaratoria de confeso, habría llegado a la conclusión evidente de que la entidad demandada, a la terminación de contrato, no pagó todos los salarios debidos, y que hay renuencia de su parte en el pago de los mismos y evidente mala fe al negarse a cancelarlos.

Continúa la censura expresando que fue mal apreciada la liquidación de prestaciones sociales, puesto que en ella no se incluye el monto de los salarios debidos, y fue también mal estimada la copia de la Res. No. 017 de 1963, porque este documento no sólo carece del carácter de prueba por provenir de la misma parte que la quiere hacer valer en su favor, sino porque el patrono no puede por acto de su voluntad exclusiva suprimir derechos adquiridos.

Se considera

El *ad quem*, en lo pertinente, motivó su decisión así:

"*Indemnización moratoria.*- La absolución impartida por el Juzgado en cuanto a esta petición es correcta y la Sala la comparte. De conformidad con la reiterada doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, la condena por mora consagrada en el art. 65 del C. S. del T. de-

be aplicarse al patrono que niega una clara prestación debida al trabajador, que se resiste a pagarle los emolumentos legítimamente ganados por este; pero no a aquel patrono que reconoce las prestaciones de quien está a su servicio y se apresura a cubrir el correspondiente valor, y sólo por error en la apreciación de los reales derechos del trabajador o de su cuantía, paga una suma un poco menor de la efectivamente adeudada".

"En el caso de autos, la empresa demandada al finalizar el vínculo con el actor liquidó y pagó al mismo las prestaciones que creyó deberle (fl. 12). Y el no pago de la prima de localización, como acertadamente lo dice el fallador de la primera instancia, "tampoco puede originar esta sanción; en efecto, el Instituto suprimió esa prima por una Resolución o acto de la Empresa de igual naturaleza a la Resolución que la creó, y no pagó las primas una vez suprimidas porque creyó que estaba en su derecho, que procedía correctamente. No tuvo intención temeraria o dolosa".

Por lo visto, el fallador ha encontrado que el Instituto procedió de buena fe cuando se abstuvo de pagar la prima de localización, a partir de la fecha en que fue suprimida por una Resolución o acto de la empresa "de igual naturaleza a la Resolución que la creó", y la Corte no halla argumentos serios para separarse de esa apreciación del Tribunal. En efecto, a fls. 17 y 18, obra en copia, la Res. No. 017 de 1963, por la cual se deroga la 121 de 1961, que creó la prima de localización. Manifiesta en sus considerandos que el progreso urbano, el desarrollo económico y el mejoramiento de las condiciones higiénicas de las localidades de Codazzi, Tumaco, Barrancabermeja, Calima, Aguachica y Becerril, han colocado las agencias del Instituto en esos lugares en un plano de igualdad con sus demás instalaciones y por consiguiente, no se justifica que se sostenga "el halago que estimule la permanencia del personal del Instituto en las citadas agencias" y "en guarda de la equidad que debe reinar entre los diferentes servidores del Instituto de acuerdo con las condiciones de trabajo es necesario suprimir aquellas prerrogativas que no cobijan sino a parte del personal".

No incurrió el Tribunal en el error de hecho ostensible que se le atribuyó. El cargo, por tanto, no prospera.

Fallo de instancia.

El contrato fue celebrado por tiempo indefinido. El documento que recoge este antecedente contractual obra a folios 8 y vto. Por tanto, se entiende que fue pactado por seis meses, con fundamento en la presunción que acerca de su duración consagraba para estos casos el art. 47 del C S. T. pero prorrogable en las mismas condiciones, por períodos iguales, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo, conforme a la previsión del art. 49 ibídem.

Tuvo una duración del 1o. de junio de 1962 al 25 de junio de 1963, y terminó por voluntad del patrono, mediante un uso incorrecto de la cláusula de reserva, como se explica en el estudio del cargo correspondiente. Es decir, que por parte del Instituto hubo incumplimiento de lo pactado, con la consiguiente indemnización de perjuicios que, por el aspecto del lucro cesante, consisten en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para cumplir el plazo presuntivo (art. 64 del C.S. T.).

Con aplicación de las prórrogas de seis en seis meses, de que ya se habló, el último plazo presuntivo terminaba el 30 de noviembre de 1963, lo que quiere decir que el lucro cesante equivale al monto de los salarios de 158 días, que era el tiempo que faltaba para la expiración de ese plazo. Liquidados sobre un salario mensual de $ 1.020.00, que es el que aparece de la liquidación de las prestaciones hecha por la empresa, según documento de fl. 12, la indemnización es de $ 5.372.00.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida en cuanto absuelve por lucro cesante, revoca en el mismo punto la de primer grado y, en su lugar, condena al Instituto de Fomento Algodonero a pagar a Archibaldo Pisciotti la suma de *Cinco mil trescientos setenta y dos pesos* ($ 5.372.00) por concepto de lucro cesante. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

José Enrique Arboleda V., J. Crótatas Londoño C., Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CAPITAL DE LA EMPRESA

El capital empresarial decisivo en la determinación del monto de las indemnizaciones y prestaciones sociales, no es el social que se cuestiona en las ciencias económica y contable, sino el integrado por "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", según la definición que trae el art. 195 del C. S. del T., cuya demostración corre a cargo del patrono para que se produzca el efecto legalmente previsto, so pena de que si no lo aporta se presuma "tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre dos de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 55).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por el demandante contra el fallo en que el *Tribunal Superior de Ibagué* puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por *Juan Emilio Valle contra la sociedad denominada "Trabajos Aéreos de Fumigación y Abonos del Tolima —Tafatol— Limitada"*, representada por su gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad demandada a pagar al demandante el lucro cesante y la indemnización moratoria, vacaciones, cesantía y prima de servicios, reajuste salarial, "todos los demás derechos y prestaciones a que tenga derecho conforme a la ley", originarios del contrato de trabajo que vinculó a las partes y que no "estén contenidos en las peticiones anteriores", y las costas del juicio.

En apoyo de estas pretensiones se adujeron treinta y un hechos, en los que se sostuvo, en síntesis, lo siguiente: En virtud de contrato verbal de trabajo, celebrado por término indefinido, el demandante Juan Emilio Valle entró a prestar sus servicios a la sociedad "Trabajos Aéreos de Fumigación y Abonos del Tolima —Tafatol— Limitada", como piloto aviador, en labores de fumigación aérea, el 23 de agosto de 1962, actividades dichas que realizó bajo la dirección y control directo de la gerencia hasta el 9 de marzo de 1963, fecha esta en que fue despedido en forma sorpresiva, injustificada y sin previo aviso. La remuneración inicialmente pactada fue del 28% del valor total de los trabajos de fumigación aérea que ejecutara, la que posteriormente fue elevada de común acuerdo al 33% del mismo monto. Durante el mencionado tiempo de prestación de servicios, los trabajos ejecutados por el actor montaron a la cantidad de $ 216.792.34, sobre la cual la sociedad le liquidó y pagó el 28% de la remuneración inicialmente convenida, o sea la suma de $ 60.701.85, quedándole a deber la diferencia del 5% del aumento asimismo acordado. Al despedirlo en la forma antes expresada, cuando apenas se había empezado el segundo plazo presuntivo del contrato de trabajo, la sociedad demandada no le liquidó ni pagó la indemnización a que tiene derecho por la ruptura unilateral e ilegal del pacto, ni las prestaciones sociales causadas que reclama, de cesantía, vacaciones y prima de servicios, por lo que, del propio modo, le debe la indemnización moratoria.

En la contestación de esta demanda, el apoderado que constituyó la demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas y propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, fundándose para ello en que la relación contractual que vinculó a las partes no fue laboral sino una fundamentalmente distinta, propiamente de sociedad, conforme a la cual la empresa demandada suministraba una avioneta para las fumigaciones que se contrataran y el actor aportaba su energía para el logro de estos concretos resultados, distribuyéndose entre ellos el valor de la obra, correspondiéndole al demandante un 28%, labor en la que no hubo tampoco continuidad, ni estuvo sujeto el aviador a subordinación alguna, a

horario o reglamento alguno, contrato al que el mismo actor puso término abandonando sus labores y reclamando se le hiciera la liquidación de las participaciones que le correspondieron.

Concluído el debate, el señor Juez del Trabajo de Ibagué, que fue el del conocimiento, puso fin al negocio en sentencia del 21 de septiembre de 1963, en la que condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante las sumas de $ 1.771.81, por prima de servicios, y de $ 5.058.48 por concepto de auxilio de cesantía, lo mismo que las costas procesales, y la absolvió de las demás peticiones de la demanda.

Por apelación del demandante, el Tribunal Superior de Ibagué, por conducto de su Sala Laboral, revisó esta decisión, una vez surtido el trámite correspondiente, en fallo de 21 de noviembre del citado año de 1963, reformando el apelado en el sentido de aumentar la condena por prima de servicios de la primera instancia, cuya cuantía determinó en la suma de $1.898.41, y confirmándolo en todo lo demás.

Contra esta providencia interpusieron ambas partes el recurso de casación, que les concedió el ad quem y admitió esta Sala de la Corte. Pero como el de la demandada se declaró desierto, tan solo se tramitó el del actor, que pasa a decidirse teniendo en cuenta la demanda del recurrente y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el demandante con su recurso la casación parcial del fallo de segundo grado, "en cuanto negó el derecho a indemnización por falta de pago y en cuanto redujo el derecho a la prima de servicios, para que convertida la H. Corte en tribunal de instancia, revoque la absolución por indemnización moratoria, condene a la demandada a lo pedido por tal concepto, y modifique la condenación por prima de servicios, ajustándola a la obligación legal para las empresas con capital de más de $ 200.000.00".

LA ACUSACION

En orden a este fin, y con invocación de la causal primera de casación laboral, formula y sustenta dos cargos, así:

Primer cargo

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los arts. 195 y 306 del C. S. del T.

"El error de hecho consistió en admitir que la empresa había demostrado tener un capital inferior a $ 200.000.00, cuando evidentemente no se produjo tal demostración.

"La prueba indebidamente apreciada fueron los papeles que aparecen a fls. 27 a 36 del primer cuaderno".

Observa el recurrente, en la sustentación, que el sentenciador admitió como prueba de la declaración de renta y patrimonio de la demandada los papeles referidos y de allí dedujo que el capital líquido de la empresa era de $ 164.400.00, lo que constituye un error evidente, por cuanto dichos papeles no están firmados por persona alguna, ni tienen constancia de que el original haya sido oficialmente recibido, ni aparece tampoco la certificación de que ellos realmente constituyen la declaración de renta y patrimonio pretendida, por lo que no tienen mérito probatorio, ni darse, por ende, por establecido con ellos el capital de la demandada.

Ahora bien, como el fallador solo produjo la condena por prima de servicios con base en el capital a que aluden tales papeles, se aplicó indebidamente el art. 195 del C. S. T., por cuanto "no habiéndose establecido el patrimonio gravable mediante la prueba adecuada, era necesario presumir que la empresa tenía un capital superior a $ 200.000.00" y violó consecuencialmente, asimismo por aplicación indebida, "el art. 306 del mismo Código, porque si no se hubiera cometido el error de hecho, se habría tenido la empresa como de capital superior a la suma indicada y se habría producido la condenación de que trata el aparte a) de la norma citada, condenación que no se produjo por las violaciones indicadas".

Para el opositor, la constancia y la certificación a que el recurrente se refiere no las reclama el invocado art. 195 del C. S. T., por lo que el capital allí definido puede ser demostrado por el patrono utilizando todos los medios probatorios reconocidos por la ley, que es lo ocurrido en el presente caso, pues al mentado capital de la demandada se refieren no sólo los papeles glosados por el recurrente sino también otras piezas procesales. Por lo demás, la mencionada declaración de renta fue conocida por el actor desde la primera audiencia de trámite y ha obrado en autos sin que se hubiera rebatido ni tachado en forma alguna, por lo que tiene el valor probatorio que le asigna el art. 645 del C. J..

Pra resolver, la Corte considera:

1. El capital empresarial decisivo en la determinación del monto de las indemnizaciones y prestaciones sociales, no es el social que se cuestiona en las ciencias económica y contable, sino el integrado por "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", según la definición que trae el art. 195 del C. S. T., cuya demostración corre a cargo del patrono para que se produzca el efecto legalmente previsto, so pena de que si no la aporta se presuma "tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada".

Esta definición legal está indicando claramente que es a través de la respectiva declaración de renta y patrimonio presentada por la empresa ante el funcionario fiscal correspondiente, como puede llegarse al conocimiento del capital en referencia, puesto que es ella, hecha bajo la gravedad del juramento por su autor ante el empleado que la recibe, juntamente con los comprobantes anexos, la que sirve de base al Estado para deducir el patrimonio gravable de los contribuyentes del tesoro público. Como de ellas, al tenor de la reglamentación administrativa, se elaboran varios ejemplares, uno de los cuales, autorizado con la firma y sello del recepcionista, queda en poder del declarante, es apenas natural que con él puede este colmar en juicio del trabajo la exigencia memorada del art. 195 del estatuto sustantivo laboral, por cuanto a más de reunir los requisitos integradores de todo documento, como son la expresión del lugar y fecha de su confección y presentación y la de lo que constituye su propio contenido, bajo la firma responsable de quien la presenta, la autorización de quien la recibe le confiere autenticidad a su contexto y el consecuencial mérito probatorio para los fines legales pertinentes. Pero también puede obtenerse idéntico resultado, tomando copia autenticada de ella por funcionario competente en el desarrollo de una inspección ocular oportunamente decretada, o por el empleado encargado de la custodia del archivo donde se encuentran los ejemplares presentados por el declarante, en virtud de orden impartida por el Juez del conocimiento para que obre en autos y produzca en ellos el efecto probatorio mencionado; obteniendo una fotocopia de la misma y aparejándola al proceso debidamente autenticada; y allegando a los autos una certificación de la respectiva Administración de Impuestos Nacionales acerca del hecho de la presentación de tal declaración y del monto del patrimonio gravable del declarante.

No son otros los medios probatorios de que se puede valer un patrono para probar en juicio el capital de su empresa, para los fines relacionados con las indemnizaciones y prestaciones sociales que conforme a la legislación laboral pesan sobre ella, dada la naturaleza de lo que legislativamente integra ese patrimonio para los objetivos aludidos.

2. En el presente caso, el apoderado de la demandada presentó en la primera audiencia de trámite los papeles que obran a fls. 27 a 36 del Cdno. ppal., denominándolos "copia de la declaración de renta de la entidad demandada, correspondiente al año gravable de 1962", para demostrar "que el capital de mi cliente, para efectos laborales es inferior a $ 200.000.00", documentos que el Juez ordenó se agregaran al juicio y se tuvieran como prueba "hasta donde ello sea posible".

Estos papeles sustancialmente contienen la declaración enunciada, vaciada en uno de los formatos que de ordinario distribuye la administración entre el público para esos fines. Pero ni dicho formato ni sus anexos aparecen firmados por persona alguna, ni los autoriza el funcionario que los haya recibido. No puede decirse, por lo tanto, sea el ejemplar de la declaración presentada por la empresa demandada ante el funcionario fiscal correspondiente, ni atribuírsele tampoco el carácter de copia tomada del original que reposa en los archivos oficiales, pues carece de las características propias de un documento de tal naturaleza. La circunstancia de que haya obrado en autos sin observación de la parte contra la cual se ha pretendido hacerlos valer, no autoriza para que se los tenga como reconocidos en los términos del art. 645 del C. J., porque esta norma parte de la base de que el documento tenga el carácter de tal, lo que no ocurre aquí por lo ya anotado.

No obstante lo anterior, en el fallo recurrido, después de acotarse que entre las pruebas aducidas figura "Copia de la declaración de renta y patrimonio presentada por "Tafacol Ltda.", correspondiente al año gravable de 1962, en la cual aparece que el capital líquido de la empresa era de ciento sesenta y cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 164.400.00) m/cte., se tiene en cuenta dicho capital para liquidar el monto de la prima de servicios del demandante, que se reconoce le corresponde por el trabajo realizado entre el 23 de agosto y el 19 de diciembre inclusive de 1962, pues así se expresa al respecto:

"De conformidad con el art. 306 del C. S. T. no solamente debe tenerse en cuenta el capital de

la empresa, sino también el tiempo servido.

"Está demostrado que el capital de la empresa era menor de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) m/cte., y que en el último semestre de 1962, Valle trabajó desde el 23 de agosto hasta el 19 de diciembre inclusive, o sea, tres meses veintisiete días, y en ese lapso devengó la suma de cuarenta y cinco mil quinientos sesenta y un pesos con ochenta y un centavos ($ 45.561.81) m/cte., que da un promedio mensual de once mil seiscientos ochenta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 11.682.50) m/cte., que dividido por treinta da un diario de trescientos ochenta y nueve pesos con cuarenta y un centavos ($389.41), correspondiéndole por este concepto, la suma de un mil ochocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y un centavos ($ 1.898.41) m/cte.,

No hay duda, en consecuencia, que incurrió en una ostensible equivocación al dar por demostrado con los documentos aludidos que el capital de la empresa demandada es inferior a doscientos mil pesos y con base en él liquidar la prima de servicios mencionada. Y como con ningún otro elemento probatorio idóneo se ha demostrado dicho capital, debe dedùcirse que se restringió ilegalmente el monto de esta prestación social, dándole indebida aplicación a los arts. 195 y 306 del C. S. T..

Prospera, por ende, el cargo que se estudia, conclusión que conduce al quebrantamiento de la decisión impugnada en esta parte y a su sustitución por la Corte, en función de instancia, por la que al caso corresponde, que no es otra que la de reforma de la determinación al respecto tomada por el Juez de primer grado, aumentar la condena sobre prima de servicio, teniendo en cuenta que el capital de la empresa hay que presumirlo superior a doscientos mil pesos y de que el tiempo servido por el actor y el salario por él devengado son los deducidos por el ad quem en la parte antes transcrita de su fallo, lo que arroja un total de $ 3.796.82, siendo lo anterior suficiente como consideraciones de instancia.

Segundo cargo

"La sentencia impugnada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los arts. 23, 24 y 65 del C. S. T. y el art. 61 del C. de P. L.

"El error de hecho consistió en admitir como poderosas y serias las razones alegadas por la parte demandada sobre la inexistencia del contrato de trabajo y hallar justificada la duda acerca del carácter de la relación, cuando evidentemente resulta de las pruebas, que ningún apoyo tenía la alegación de la defensa y que la existencia del contrato resultó perfectamente clara en el proceso.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron los testimonios de William Briebling, fs. 66 y 67, Migdelia Orjuela Bonilla, fls. 67 v. y 68, Pablo Emilio Roldán, fls. 69 v. y 70, Víctor Manuel Camacho Sánchez, fls. 70 y 71, Hernán Aldemar Ospina Archila, fls. 90 v. y 91".

En el desarrollo de esta acusación el recurrente repara en que la absolución de la demandada al pago de la indemnización moratoria se funda en que la empresa con razones poderosas y serias ha discutido la existencia entre ella y el actor de un contrato de trabajo, por lo que no puede pregonarse su mala fe indispensable para la operancia de esa sanción, pues que aparece de autos que el demandante tenía autonomía técnica; celebraba y firmaba la mayoría de los contratos de fumigación, pudiendo comprometer a la sociedad; desempeñó eventualmente el cargo de Jefe de operaciones, y suspendía labores, a más de que los testigos que consideraban Valle era empleado, apenas suponen que eso debía ser así, pero no dan la razón de su dicho. Empero, la prueba testimonial enunciada, que analiza detenidamente, indica "en forma clara que el gerente impartía al demandante las órdenes necesarias para el cumplimiento de sus labores" y que este dependía administrativamente de aquel, por lo que la subordinación o dependencia echada de menos por el fallador es incuestionable, subordinación que no desaparece por la circunstancia de que Valle celebraba y firmaba la mayoría de los contratos, pudiendo comprometer a la empresa, "pues dentro de nuestra legislación los empleados de dirección son trabajadores a pesar de que representen al patrono y de que lo obligan en relación con otros trabajadores". De otro lado, la suspensión de labores alegada "no sancionada y que puede explicarse por razones de la naturaleza del trabajo, como lo indican algunos testigos, no desvirtúa la subordinación del demandante a la empresa demandada". No hay duda, por lo tanto, que hubo una indebida apreciación de las pruebas, que "condujo al sentenciador al error de hecho de encontrar aceptables las razones de la defensa, cuando en el juicio quedó demostrado que tales razones no tienen fundamento alguno, sino que son perfectamente contrarias a la realidad", y a la absolución de la demanda-

da al pago de la indemnización moratoria, aplicando indebidamente las normas relacionadas en el cargo, por lo que debe casarse el fallo para en su lugar imponer dicha sanción.

Para el opositor, la conclusión censurada del ad quem no solo descansa sobre el conjunto armónico de los testimonios que analiza el recurrente, sino también en los de Jesús María Viana (fls. 65 v.), René Rudd, José Echegaray (fls. 100 v.) y Simón Saavedra (fls. 101), que ni siquiera se mencionan, por lo que, al tenor de reiterada jurisprudencia laboral, la acusación es incompleta, ya que los elementos probatorios citados últimamente son suficientes para mantener la decisión del Tribunal, aún en el supuesto de que la crítica hecha a los otros testimonios fuera atendible, que no lo es, pues reposa en la interpretación acomodaticia que se hace de algunos pasajes de sus exposiciones, los que particularmente interesan al impugnador, pasando por alto los que lo desvirtúan, que destaca para comprobar su aserto. Consecuencialmente, si conforme al estudio detenido que realiza de estas probanzas puede sostenerse que no hubo contrato de trabajo, con mayor fundamento puede afirmarse que no se equivocó el Tribunal cuando dedujo que la demandada tuvo razones poderosas y valederas para discutir la existencia de las obligaciones reclamadas por el actor y que, por ende, no ha obrado de mala fe, requisito este indispensable para condenar al pago de salarios caídos.

Para resolver, la Corte considera:

En la relación de los antecedentes procesales se dejó anotado que la empresa demandada se opuso, en la contestación de la demanda, a que se hicieran las condenaciones impetradas por el actor, alegando que el contrato que la vinculó con este no fue de carácter laboral, por los motivos que allí se dejaron consignados. En el fallo acusado el Tribunal estudia la posición discrepante de las partes al respecto, a la luz de las probanzas aportadas a los autos, no para verificar si la razón está con el demandante, tal como lo dedujo el Juez de la primera instancia, debido a que esta decisión es intocable por imperio del principio de la "reformatio in pejus", pues la revisa por apelación únicamente de dicha parte actora, sino para determinar si son poderosos y serios y surgen del litigio, los aludidos fundamentos expuestos por la demandada para sustentar su planteamiento y justificada, por ende, su duda acerca del carácter del contrato que había celebrado con el demandante, concluyendo que sí lo son, por lo que de conformidad con la jurisprudencia y la interpretación científica de la ley, hay que deducir que ha obrado de buena fe y se la debe exonerar de la sanción consagrada en el art. 65 del C. S. T. Es decir, el ad quem está reconociendo que el acervo probatorio establece los extremos fundamentales alegados por la defensa, los que si bien no son suficientes para descartar el contrato de trabajo, sí son capaces de inducir al Gerente de la empresa demandada a discutir válidamente la existencia del contrato de la naturaleza referida.

El recurrente en la presente acusación se contrae a destacar aquellos pasajes de la prueba testimonial por él relacionada, que en su sentir establecen claramente los hechos estructurantes del contrato de trabajo, y a realizar un análisis crítico de las circunstancias aducidas por la parte demandada, para deducir que ellas no alcanzan a desvirtuar el carácter laboral de dicha relación contractual. No está negando, por lo tanto, que estas últimas carezcan de respaldo probatorio y que el Tribunal hubiera contrariado la realidad procesal al deducir su existencia de los elementos de convicción aportados a los autos. Lo que está alegando es que no son idóneos para admitir la duda razonable de la demandada alrededor de la verdadera naturaleza del contrato que celebró con el demandante, contra lo que considera el ad quem. Esta discrepancia acerca del alcance o significado que tienen en la vida real determinados hechos o comportamientos humanos, ponen de presente que al acoger el fallador uno de los mencionados no está incurriendo en un error ostensible, único incidente en casación, pues para que pudiera cometerlo se necesitaría que solo fueran susceptibles de conducir a una sola interpretación y no obstante ello el juzgador se hubiera separado de ella.

Como aquí los hechos alegados por la defensa para sustentar su posición si se desprende de la prueba testimonial estudiada por el recurrente, como también de la anotada por el opositor, y ellos, conforme a la apreciación del ad quem, como acaba de verse no es evidentemente errónea, son capaces de haber sembrado en la demandada la duda razonable acerca de la naturaleza del contrato que la vinculó al demandante, no es dable pregonar su mala fe al no satisfacer a este al término de esa relación contractual las obligaciones reclamadas, por lo que hizo bien el Tribunal al no imponerle la sanción moratoria a que se contrae el mentado art. 65 del C. S. T.

No prospera, en consecuencia, esta 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, CASA PARCIALMENTE el fallo con que el Tribunal Superior de Ibagué, por conducto de su Sala Laboral, puso término a la segunda instancia de este juicio, en cuanto limitó el monto de la prima de servicios a la suma de mil ochocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y un centavos ($ 1.898.41), y en su lugar y en función de instancia, REFORMA la condena que sobre el particular trae la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar el valor de dicha prestación que la demandada debe satisfacer al demandante en la cantidad de tres mil setecientos noventa y seis pesos con ochenta y dos centavos ($ 3.796.82). En lo demás, no se casa la decisión recurrida.

Sin costas en el recurso de casación.

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)

No es de recibo el pretender la violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma, como consecuencial a la interpretación errónea de otra, pues estos dos conceptos de transgresión legal se excluyen, sin que pueda derivarse el uno del otro.

Fallado un asunto con equivocada inteligencia de un precepto no se ve de qué manera esa errónea interpretación pueda conducir a la falta de aplicación de otro. El fenómeno planteado por el casacionista suele ocurrir en los casos de error evidente o manifiesto de hecho en que hay indebida aplicación de un artículo, y, por consecuencia, falta de aplicación de otro, que fue como debió formular el cargo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección segunda. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia).

(Aprobación: Acta No. 56).

Temístocles Riascos, mediante apoderado, recurrió en casación ante esta Sala de la Corte contra la sentencia pronunciada por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta* el 16 de mayo de 1968, dentro del juicio promovido por aquel contra la *Compañía Frutera de Sevilla,* y en la respectiva demanda precisa el objeto del recurso diciendo que "la disconformidad con el fallo del Tribunal radica, naturalmente, en su negativa al reconocimiento de la pensión", pues ocurrió que el Juzgado Laboral de Santa Marta despachó favorablemente, entre otras, la petición del actor para que la compañía demandada le cubriese el valor de pensión especial de jubilación establecida por el art. 8o. de la Ley 171 de 1961; pero el Tribunal mencionado revocó en este punto el fallo del *a quo,* por considerar "que Riascos Miranda no trabajó durante el tiempo exigido por la ley".

El texto de la sentencia acusada, en el punto controvertido, es del tenor siguiente:

"Se reclama pensión de jubilación con base en el art. 8o. de la Ley 171 de 1961, que establece que el trabajador que preste servicio por más de diez (10) años y menos de quince (15) tiene derecho a tal prestación al cumplir los sesenta (60) años de edad.

"El apoderado del actor afirma en el hecho 1o. de la demanda que este trabajó desde el 27 de abril de 1953 hasta el 3 de marzo de 1963, en lo que concuerda con la confesión hecha en la contestación de la demanda y con lo que se expresa en el documento de fl. 8, firmado por empleado de la Compañía Frutera de Sevilla. Tomando estas referencias de fechas, resulta que Riascos Miranda no trabajó durante el tiempo exigido por la ley.

"En esta instancia alegó el apoderado del actor que sí se dieron los años de servicios necesarios para el derecho de la pensión porque el contrato terminaba después del tres (3) de abril y porque la cesación de servicios se dio por haber la empresa aplicado la cláusula de reserva. Entiende la Sala que el contrato termina el día en que se despide el trabajador, con aplicación de la expresada cláusula, y no en la fecha en que normalmente habría terminado el contrato si no se pacta la cláusula de separación. Estas son concepciones legales que hay que entender en todo su rigor, así aparente o realmente se dé la injusticia de frustrar el derecho a una prestación. Mal puede entenderse prestado un servicio en etapa que verdaderamente no se trabajó. Es dura la ley, pero hay que aplicarla. En consecuencia, se impone la conclusión de que el actor no tiene derecho a la pensión de jubilación reclamada. Por lo tanto, se revocará este extremo de la demanda, modificándose la sentencia apelada".

A este respecto formula el demandante dos cargos, que se considerarán en su orden.

Dice el primero: "Aduzco la causal primera de casación del art. 60 del Decr. 528 de 1964: ser la sentencia violatoria de la ley sustancial, por infracción directa y por interpretación errónea. En efecto, el Tribunal al denegar el reconocimiento de la pensión jubilatoria trans-

gredió directamente, al dejarlo de aplicar, el art. 8o. de la Ley 171 de 1961, y a tal resultado llegó previa conculcación, por errónea interpretación, de los arts. 1o. del Decr. 616 de 1954, 43 y 44 de la Convención Colectiva suscrita entre la Compañía Frutera de Sevilla y el sindicato de la misma, el 3 de marzo de 1960, y de la cláusula 12 de la convención sellada entre las mismas partes el 6 de abril de 1962, y la violación directa, por falta de aplicación, del art. 267 del C. S. del T.".

La Compañía, al oponerse, por su apoderado, a la prosperidad del recurso, replica contra este cargo, lo que se copia:

"La cita de las normas convencionales, constitutivas de situaciones de hecho distintas de las legales, implica un defecto en el cargo, por involucrar cuestiones *de hecho* en la acusación por vía directa, lo que impediría considerarlo. Pero aún pasando por alto esa defectuosa formulación, es claro que donde la Ley 171 exige *más de diez años* de servicios y el sentenciador encuentra demostrados *menos de diez años*, la falta de aplicación de aquella ley era ineludible, a menos que se hubiera incurrido en errores de hecho. Lo mismo puede afirmarse del art. 1o. del Decr. 616 de 1954 (cláusula de reserva), cuya errónea interpretación se atribuye al sentenciador sin que este en su fallo se ocupe de ese tema".

La Sala, para resolver, considera:

Es evidente la defectuosa formulación de la censura que se estudia, lo que obliga a rechazarla, por las siguientes razones:

a) No es exacto que el Tribunal hubiera dejado de aplicar el art. 8o. de la Ley 171 de 1961 al haber resuelto en forma negativa la solicitud sobre pensión de jubilación del actor por considerar que no reunía uno de los requisitos (tiempo de servicio) señalados en la misma, "pues, como lo enseña la jurisprudencia, este concepto de violación de la ley se presenta cuando el Tribunal hace caso omiso de la norma y no cuando la tiene en cuenta para declarar que sus efectos no convienen al asunto estudiado. Un precepto puede aplicarse en dos sentidos: condenando con base en él o absolviendo con apoyo en el mismo y, aun cuando en lenguaje corriente suela decirse en el segundo caso, que no es aplicable la norma, la realidad es que sí fue tenida en cuenta para resolver el litigio, sólo que dio por resultado la absolución y no la condena impetrada. Y lo que el Código trae como concepto de infracción legal 'por falta de aplicación', no es este segundo evento, sino el de que el sentenciador ignore el precepto o no le reconozca validez, no obstante incidir en una cuestión de hecho dada, como lo han explicado los autores y la jurisprudencia". (Sentencia de 14 de julio de 1969, Nandor Kalli Farago vs. Loffland Brothers de Suramérica S. A.).

b) Es sabido también que cuando el cargo se presenta por violación directa o por interpretación errónea (y el que se estudia acumula ambas causales), el impugnador acepta la situación de hecho que el sentenciador dio por establecida y no la discute. Y en el punto a estudio resulta que el casacionista difiere del Tribunal precisamente en cuanto al tiempo de servicio, lo que indica que el ataque debió hacerse por equivocada estimación de pruebas, como lo muestra sin dificultad este aparte de la sustentación del cargo:

"b) Pero el Tribunal, según la transcripción que se hizo de sus argumentos, procedió en tal forma por considerar que el tiempo físico de labores del demandante al servicio de la demandada no alcanzó al mínimo requerido de diez años, desconociendo todo alcance al hecho de que la empleadora hubiese declarado unilateralmente la terminación del contrato cuando apenas le faltaba cincuenta y cuatro días al trabajador para completar el tiempo de servicios necesario para la pensión, contando ya con la edad indispensable, y pagando un preaviso de noventa días, según los términos de la norma estatuída en las convenciones colectivas, tiempo este con el que la cuenta sobrepasa el mínimo de tiempo de labores prevenido por la ley que otorga el derecho a la pensión".

c) No es de recibo el presentar la violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma, como consecuencial a la interpretación errónea de otra, pues estos dos conceptos de transgresión legal se excluyen, sin que pueda derivarse el uno del otro. Fallado un asunto con equivocada inteligencia de un precepto no se ve de qué manera esa errónea interpretación pueda conducir a la falta de aplicación de otro. El fenómeno planteado por el casacionista suele ocurrir en los casos de error evidente o manifiesto de hecho en que hay indebida aplicación de un artículo y, por consecuencia, falta de aplicación de otro, que fue como debió formular el ataque.

Por los motivos expuestos no prospera, pues, el cargo.

El segundo, sostiene que "la sentencia incurrió en un error de hecho manifiesto en los autos, al dejar de apreciar un documento auténtico: el recibo de pago de auxilio de enfermedad, transcrito en la inspección judicial que obra al fl. 40 del cdno. 1o., en el que, con fecha 24 de abril de 1963, consta que a Riascos se le pagó tal auxilio hasta el 19 de abril de 1963, y por esa omisión o falta de apreciación del documento auténtico, dejó de considerar que, como lo alegó el mismo demandante en segunda instancia, el despido se produjo estando el trabajador aquejado por enfermedad, lo cual lo hacía inoperante mientras dicha enfermedad subsistiera, y, por tanto, condujo al juzgador a violar por falta de aplicación, violación directa, normas sustanciales: el art. 8o. de la Ley 171 de 1961 y el art. 1o. del Decr. 616 de 1954, y del 61 g) del C. S. del T., por aplicación indebida".

Arguye el opositor que en este caso el quebrantamiento de la ley es por vía indirecta y no directa, como la presenta el impugnante; que el recibo de la inspección ocular citada no es el documento auténtico a que se refiere el art. 23 de la Ley 16 de 1968 y que, aún aceptando que lo fuese, no tiene el alcance probatorio que el casacionista pretende.

Para resolver, la Sala considera:

Es evidente la confusión que aparece en el cargo entre la violación directa de la Ley, por falta de aplicación, y la transgresión de la misma en forma indirecta por error evidente de hecho, que conlleva indebida aplicación de una norma y consecuencial falta de aplicación de otra. Mas, prescindiendo de este aspecto puramente técnico, resulta que en la inspección ocular a que el casacionista alude no aparece copia de ningún documento auténtico, sino una relación de los diversos pagos hechos a Riascos por la empresa y tomados de las planillas que el apoderado de esta puso a disposición del juzgado, y tal relación no puede tomarse como la prueba específica dejada de estimar a que alude en forma inequívoca el art. 23 de la Ley 16 de 1968.

En consecuencia, tampoco prospera este cargo.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia impugnada.

Con costas a cargo del recurrente.

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

Jose Enrique Arboleda Valencia, J. Crótatas Londoño C.,Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DOCUMENTO AUTENTICO

Dentro del sistema de los Decrs. 2158 de 1948 y 528 de 1964, el error de hecho podía generarse en la equivocada estimación o en la falta de apreciación de cualquiera de los elementos de prueba contemplados en la ley. El art. 23 de la Ley 16 de 1968 buscó reducir el radio de operancia del error de hecho dentro de la causal primera de casación en materia laboral y para ello excluyó como determinante de tal error, toda falla probatoria referida a medios de prueba distintos del documento con calidad de auténtico.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).

(Aprobación: Acta No. 56).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los apoderados de las partes en el juicio ordinario de *Julio César López vs. la firma "Ray Construction Corporation S. A.", contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* Sala Laboral, con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho. Los recurrentes formularon en oportunidad las respectivas demandas pero sólo fue replicada la del demandado recurrente.

ANTECEDENTES

Julio César López demandó a la "Ray Construction Corporation S. A.", y solidariamente a la "Texas Petroleum Company", para que fuesen condenadas a pagarle "el valor de la indemnización total y ordinaria de perjuicios" por las consecuencias del accidente de trabajo de que fue víctima el actor por culpa de la entidad empleadora.

El pedimento del demandante se fundamentó en los siguientes hechos: 1) López trabajó al servicio de la "Ray Construction Corporation S. A." como operador de "buldozer", entre el 18 de abril de 1960 y el 28 de abril de 1961, fecha esta en que sufrió un accidente de trabajo, y se desvinculó definitivamente el 19 de diciembre del último año citado; 2) La "Ray Construction Corporation S. A." adelantaba la construcción de una vía para la "Texas Petroleum Company" y allí trabajaba el accidentado; 3) El accidente ocurrió por rompimiento de un cable metálico que hirió con uno de sus extremos al trabajador ocasionándole una grave lesión en el ojo derecho; 4) El "buldozer" carecía de las defensas metálicas que traen originalmente estas máquinas para proteger al operador en caso de rotura del cable; 5) Este se encontraba deteriorado no obstante lo cual no fue atendida la solicitud del trabajador para colocar las defensas, y a ella contestó el jefe de mecánicos de la Empresa que "había orden superior de trabajar inclusive hasta que se rompiera el cable"; 6) El actor recibió la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente por el accidente de trabajo; 7) El demandante devengó en el último año de servicios un salario promedio de cincuenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($ 53.75).

La demanda fue contestada por la "Texas Petroleum Company", quien se opuso a las pretensiones del actor. No así, por la "Ray Construction Corporation", la cual en la primera audiencia de trámite excepcionó por inexistencia del derecho y pago de la obligación.

El juez de primera instancia, que lo fue el Cuarto Municipal del Trabajo de Bogotá, decidió el litigio en sentencia de cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y siete, mediante la cual condenó a la sociedad "Ray Construction Corporation S. A." al pago de indemnización total por los perjuicios sufridos por el actor López como consecuencia del accidente de trabajo al servicio de dicha firma, en cuantía de doscientos siete mil ochocientos cincuenta y siete pesos con setenta y dos centavos ($ 207.857.72), declaró probada la excepción de pago por veinticinco mil setecientos veintinueve pesos con veinte centavos ($ 25.729.20), absolvió a la "Texas Petroleum Company" de los cargos de la demanda y condenó a "Ray Construction Corporation S. A." al pago de las costas de la instancia.

De la decisión de primer grado apeló la sociedad gravada, y el Tribunal, en el fallo objeto del recurso extraordinario, modificó la sentencia del a quo para reducir la condena por concepto de reparación total de perjuicios a noventa y cuatro mil ciento treinta y cuatro pesos con noventa y seis centavos ($ 94.134.96) m/cte.

LAS DEMANDAS

Al estudiar las sustentaciones formuladas por los recurrentes se encuentra que mientras la del demandante en juicio persigue la casación parcial de la sentencia impugnada con miras a obtener luego en fallo de instancia el aumento en la cuantía de la condena, mediante confirmación de lo resuelto por el juez de primer grado, la del demandado aspira a la quiebra parcial de la misma, pero en cuanto condenó a la Compañía, y con el propósito de conseguir como resultado un fallo de instancia que revoque la condena del a quo y absuelva a la demandada de los cargos de la demanda. Por consiguiente se procederá al estudio y decisión de la segunda en primer lugar, porque del resultado correspondiente se desprenderá que sea o no necesario entrar a considerar la presentada por el actor recurrente.

LA SUSTENTACION DEL DEMANDADO RECURRENTE

La demandada recurrente ataca la sentencia del ad quem con un cargo por violación de ley sustancial y lo concreta por el concepto de "aplicación indebida del art. 216 del C.S. del T., en relación con los arts. 199, 204, 217 y 218 del mismo, a consecuencia de errores de hecho evidentes y manifiestos en los autos, a los cuales llegó el sentenciador por falta de apreciación de tres documentos auténticos que aparecen a fls. 68 a 70, 91 a 92 y 137, que son pruebas aportadas por la empresa demandada".

En el curso del desarrollo del ataque el impugnador singulariza así los elementos probatorios no apreciados por el sentenciador: "A fls. 68 y 70 aparece una prueba documental, que constituye el 'documento auténtico' no apreciado, exigido por la Ley. Consiste en las declaraciones extrajuicio rendidas por los técnicos o expertos de la firma General Electric, Sección Caterpillar, ratificado según el rito procesal en audiencia pública cuya acta es visible a fls. 134 y ss. y 156 y 159", examina el contenido de tales testimonios y luego afirma que si el fallador hubiera apreciado el documento contentivo de las declaraciones de los técnicos habría llegado a la conclusión de que las tapas o platinas para evitar que los cables se salgan dèl carril de sus poleas no tienen carácter protector.

Más adelante agrega: "Que esto es cierto lo reafirma el mismo demandante en otro documento auténtico que contiene su propia confesión, tampoco tenida en consideración y que obra a fls. 91 y 92 en donde reconoce que, 'sí es cierto, porque los otros accidentes que hubo fue en transporte de personal', respondiendo al texto contenido en la pregunta séptima del pliego que decía si era la única vez que había ocurrido un accidente".

El recurrente hace igualmente una crítica al valor que atribuyó el ad quem a los testimonios de los cuales dedujo la culpa de la Empresa en la ocurrencia del accidente, y califica como error de hecho el dar por probada dicha culpa.

Se estudia el cargo:

Lo primero que debe definirse es el punto relacionado con el señalado error de hecho con origen en la inapreciación por el Tribunal de documentos auténticos. Se ha visto que el impugnador señala como tales "las declaraciones extrajuicio rendidas por los técnicos o expertos de la firma "General Electric" y ratificadas en audiencia pública, y la "confesión" del demandado al absolver posiciones. Debe determinarse, entonces lo que se entiende por documento auténtico para los efectos del art. 23 de la Ley 16 de 1968, es decir, para examinar el fundamento de un ataque por violación de la ley como consecuencia de un error de hecho determinado por la falta de estimación de dicho documento, y, con tal fin, establecer si la prueba señalada como tal por el acusador tiene esta naturaleza.

Dentro del sistema de los Decrs. 2158 de 1948 y 528 de 1964, el error de hecho podía generarse en la equivocada estimación o en la falta de apreciación de cualquiera de los elementos de prueba contemplados en la ley.

La disposición legal buscó reducir el radio de operancia del error de hecho dentro de la causal primera de casación en materia laboral y para ello excluyó como determinante de tal error toda falla probatoria referida a medios de

prueba distintos del documento con calidad de auténtico. Por ello, la norma, ha de entenderse referida exclusivamente a la denominada prueba literal, que se contempla en los Capítulos III, IV y V del Título 17 del Libro 2o. del Código de Procedimiento Civil, y mal puede llegar a comprender toda versión escrita de los otros medios probatorios, como lo son el testimonio, la confesión judicial, el dictamen pericial, la inspección ocular. Esto equivaldría a confundir el documento como prueba específica y la constancia escrita dentro del juicio sobre la aducción o la práctica de los medios probatorios. Por eso esta Sala ha definido el punto en este sentido, especialmente en las sentencias de fechas tres y veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y nueve (Casaciones sobre los fallos en juicios de Mario Charry Salas vs. "Compañía Interamericana de Envases S. A." y Ramón Jacinto Anchique Viáfara vs. "Fondo de Trabajadores de Providencia", aún no publicadas). En la segunda de las citadas sentencias se dijo, con reiteración de lo definido en la primera:

"El proceso, que comienza con la demanda, resulta así ser el vehículo en que se vierten los medios probatorios, cuya aducción, para no hablar aquí de su valoración, en materia de normas separadas que regulan todas las ritualidades concernientes a su ofrecimiento, admisión, recepción y práctica. Entre tales medios probatorios se encuentra el "documento auténtico", concepto genérico de prueba literal que abraza tanto los instrumentos públicos como los privados, que son objeto de regulación independiente, y de cuya naturaleza jurídica se ocupó recientemente esta Sala en fallo proferido en caso en que se perseguían los mismos fines del presente recurso, o sea investigar el error de hecho a través de la falta de apreciación de actuaciones procesales calificadas como "documento auténtico".

"Ni el escrito de demanda tiene esta calidad, como no la tienen tampoco las demás actuaciones, diligencias o piezas procesales contentivas de medios probatorios tales como posiciones, testimonios, inspecciones oculares y peritazgos. El error de hecho en casación laboral, circunscrito exclusivamente a la falta de apreciación de documento auténtico, no puede investigarse, por tanto, a través de los medios probatorios indicados, mediante el recurso de considerar como documentos auténticos las piezas o diligencias procesales que los consignan. Sin que la Corte pretenda ahora examinar la bondad de la restricción consagrada en el art. 23 de la Ley 16 de 1968, le basta observar que de prosperar la tesis del recurrente esbozada en el cargo que se estudia, la reforma carecería de sentido y a la postre habría resultado inoperante".

De acuerdo con esta definición jurisprudencial, las pruebas singularizadas por el casacionista como "documentos auténticos" no tienen el carácter de la prueba específica literal así denominada, sino que constituyen simplemente testimonios y confesión judicial, y el escrito que figura en autos es la constancia que en él ha quedado de su recepción por el juez —confesión— y de su ratificación dentro del juicio en el caso de las declaraciones de nudo hecho.

Si los citados por el casacionista como "documentos auténticos" no tienen tal carácter para los efectos del recurso de casación laboral, el soporte fundamental del ataque desaparece y este no puede producir el efecto buscado, por lo cual, sin otras consideraciones, debe declararse la inoperancia del cargo.

DEMANDA DEL ACTOR RECURRENTE

Con el propósito de obtener la casación parcial de la sentencia acusada y que la Corte (Sala de Casación Laboral), constituída en tribunal de instancia condene a pagar la cantidad de ciento ochenta y dos mil ciento veintiocho pesos con cincuenta y dos centavos ($ 182.128.52) m/cte., deducción hecha de la suma de veinticinco mil setecientos veintinueve pesos con veinte centavos ($ 25.729.20), recibida por concepto de indemnización laboral objetiva, "confirmando así en todas sus partes la sentencia de primera instancia", el demandante recurrente formula dos cargos por violación de ley sustancial, cargos que pasan a estudiarse y decidirse.

Primer cargo

Se plantea en estos términos:

"La sentencia impugnada viola por interpretación errónea los arts. 216 y 218 del C.S. del T. en relación con el art. 127 del mismo Código".

Para desarrollar el ataque el casacionista empieza por hacer notar que el fallador acepta los hechos que fundamentan el derecho reclamado en el juicio y de conformidad con ellos declara que el trabajador debe ser indemnizado en forma total por el patrono para resarcir los perjuicios ocasionados por el accidente de

trabajo, como lo dispone el art. 216 del C.S. del T., no obstante lo cual "restringe el alcance de la norma, en cuanto debido a su errada inteligencia, toma un factor salarial, base de la liquidación, o sea el que denomina salario fijo o por unidad de tiempo, inferior al que se deduce de su espíritu y verdadero entendimiento... que a voces del art. 127 del C.S. del T., no puede ser otro que el salario integral"... Considera que si no se tiene en cuenta el salario en esta forma, no existirá la indemnización total de que trata el citado art. 216. Estima igualmente equivocada la interpretación dada por el sentenciador al art. 218 del C.S. del T., al hacer la distinción entre salario fijo y salario variable para efecto de determinar la remuneración base para el pago de los perjuicios totales, pues no hay lugar a tal distinción, y transcribe jurisprudencias de esta Sala en las cuales se define que para efecto de las indemnizaciones por daños con origen en enfermedades profesionales o accidentes de trabajo debe tomarse en cuenta al salario devengado, con todos los elementos que lo integran conforme al art. 127 del Código, es decir, el salario en su integridad.

Se estudia:

El Tribunal, al decidir el punto relativo a la indemnización por las consecuencias del accidente de trabajo sufrido por el actor en juicio, razonó así:

"Afirma el perito que cuando sucedió el accidente, el trabajador devengaba un salario promedio de $ 53.73. fundamentándose en los datos obtenidos en la inspección ocular. En el acta de la diligencia se dijo lo siguiente: "total devengado inclusive hasta el 19 de diciembre de 1961: $ 25.939.67. En este estado el señor Alfredo Forero, asistente del Gerente, manifiesta: "Que el total anotado corresponde única y exclusivamente a salarios recibidos por el trabajador durante la vigencia del contrato". Hechas las operaciones aritméticas correspondientes da un salario promedio diario devengado por el trabajador de $ 42.80.4"... "para mayor aclaración de lo devengado por el trabajador desde la fecha de su ingreso hasta el día en que ocurrió el accidente de trabajo de que fue víctima (28 de abril de 1961), se estableció que devengó un salario promedio de dicho lapso de $ 53.73.5 diarios" (fls. 44 y 45).

"De acuerdo con lo transcrito, el perito tomó el promedio de lo devengado entre el 18 de abril de 1960 y el 28 de abril de 1961, es decir, durante aproximadamente un año. No da razón alguna para haber tenido en cuenta este salario, y no el realmente devengado en el momento en que se produjo el accidente, o sea cuando sufrió el daño. Aplicando por analogía el art. 218 del C.S.T., que señala el salario base para liquidar la indemnización laboral, si el salario no fuese fijo se tomará en cuenta el promedio de lo devengado por el trabajador en el año de servicios anterior al accidente o la enfermedad.

No hay prueba alguna en el expediente de que el salario del demandante era variable. En cambio, existe testimonio de que era fijo, por unidad de tiempo. Así Leopoldo Romero, declara que Julio César López devengaba tres pesos por hora (fls. 15 y 119); igualmente declara Félix Antonio López Rendón (fl. 144 a). Los mismos testigos afirman que el demandante trabajaba hasta 15 horas diarias y un mínimo de 11 horas, inclusive los domingos y días de fiesta. Si el salario era de tres pesos por hora, por día ascendía a veinticuatro pesos ($ 24.00), durante jornada máxima legal, y este era el salario fijo devengado por el trabajador, y que debe tomarse en cuenta para la indemnización correspondiente, pues no se trata de un salario variable. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 30 de enero de 1964, juicio de Fabio Duque contra Sears Roebuck, aclaró el concepto sobre las dos clases de salarios, fijo y variable, en la siguiente forma. "Según lo expuesto es correcta la tesis del Tribunal al sostener que el salario por unidad de tiempo es tipo de asignación fija... Conviene anotar que el salario fijo no deja de serlo en el supuesto de que durante la ejecución del contrato reciba aumento por disposición del patrono, por acuerdo de las partes, o por obra de elementos marginales, como el valor del trabajo suplementario, primas, bonificaciones, etc. Nada de eso altera el principio de que la medida de la retribución es siempre la unidad de tiempo".

"De manera que devengando Julio César López un jornal de $ 24.00, al año devengaba $ 8.760.00, sustituyendo en las operaciones realizadas por el perito la suma de $ 19.342.80 que determinó como salario anual, por $ 8.760.00, que es la que la Sala considera acertada, se obtiene que el valor de la indemnización total asciende a $ 8.760.00 x 14.328 = 125.513.28. Mas como la incapacidad es de 75%, la indemnización debe reducirse en la misma proporción, o sea que se obtiene una

suma de 125.513.28 x 0.75 = 94.134.96. Por último de esta cifra debe descontarse la cantidad de $ 25.729.20, que según confesión del demandante, hecho 11o. de la demanda, recibió como indemnización laboral, según lo ordenado por el art. 216, del C.S. del T. La indemnización en consecuencia, queda reducida a $ 68.405.76". (fls. 277, 278, y 279 cdno. ppal.).

En la transcrita motivación, así como en la resolución final que contiene la sentencia según lo visto en los antecedentes resumidos al principio de este fallo, se encuentra:

1) El ad quem reconoció la existencia de culpa por parte de la "Ray Construction Corporation S. A." en el accidente de trabajo sufrido por Julio César López y, en consecuencia, concurrentes la circunstancia que determinan el derecho del accidentado a las "indemnización total y ordinaria de perjuicios", conforme al mandato del art. 216 del C.S. del T., por lo cual dispuso el pago de tal indemnización. Este artículo no se refiere al salario que debe tomarse como base para la determinación del monto de la indemnización. Por consiguiente, si el fallador le dio aplicación conforme a su texto, no puede decirse que haya sido mal interpretado por razón del criterio que el Sentenciador tuvo en cuenta para la fijación de la cuantía de la indemnización.

2) En las consideraciones de la decisión del Tribunal no se hacen observaciones ni se exponen criterios sobre lo que debe entenderse por salario propiamente, sino respecto de la retribución que ha de tomarse en cuenta para liquidar la indemnización originada en las consecuencias del accidente de trabajo, conforme al art. 218 del estatuto sustantivo del trabajo. Es decir, que para resolver sobre este punto el ad quem no ha hecho interpretación ninguna de la definición de salario contenida en el art. 127 de tal estatuto, por lo cual no pudo incurrir en su errónea interpretación del mismo.

3) Respecto del salario que ha de estimarse para establecer la cuantía de la indemnización total y ordinaria de perjuicios en favor del actor en el juicio, el Tribunal concluyó: a) Que conforme a los testimonios de Leopoldo Romero y Félix Antonio López Rendón, el demandante Julio César López devengaba un salario de tres pesos($3.00) por hora; b) Que el accidentado trabajaba un mínimo de once horas y un máximo de quince horas diarias, incluyendo los domingos y días festivos; c) Que tratándose de salario por unidad de tiempo, aquel tiene, conforme a la jurisprudencia de la Corte, el carácter de salario fijo; d) Que, en consecuencia, no existiendo salario variable, no puede hacerse el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicio para establecer el salario con el cual ha de liquidarse la indemnización por los resultados permanentes del accidente de trabajo, pues el art. 218 del C. S. T. sólo manda realizar tal promedio en el caso del salario variable; e) Que si la remuneración de López era fija de tres pesos por hora, en la jornada ordinaria o máxima legal ascendía a veinticuatro pesos ($ 24.00), "y este era el salario fijo devengado por el trabajador, y que debe tomarse en cuenta para la indemnización correspondiente".

4) Tiene razón el sentenciador al afirmar que habiéndose señalado el salario del trabajador por unidad de tiempo, aquel es salario fijo, y por esta razón no puede hacerse el promedio de lo devengado en el último año para deducir la retribución que ha de tomarse en consideración al liquidar la indemnización a cargo de la Empresa y en favor del trabajador accidentado, pues el art. 218 del C.S. del T. establece que "si el salario *no fuese fijo* (subraya la Sala), se toma en cuenta el promedio de lo devengado por el trabajador en el año de servicios anterior al accidente...", lo que equivale a decir que cuando la retribución es fija no se realiza tal promedio. Por consiguiente, en el caso sub lite debe tomarse en consideración el salario fijo devengado por el demandante en juicio, y no tiene fundamento el aserto del impugnador en el sentido de que no debe hacerse diferencia entre salario fijo y salario variable. En tales condiciones, no ha existido interpretación errónea del precepto citado por parte del Tribunal cuando rechaza el promedio salarial adoptado por el perito y aceptado por el a quo. Pero, de otro lado, se ha visto que el Tribunal no tiene en cuenta para la liquidación el salario fijo realmente devengado por el trabajador durante la totalidad de la jornada servida, que se encuentra probada por el dicho de los testigos, a que alude el mismo Sentenciador, sino la remuneración por la jornada máxima legal, con lo cual llega tácitamente a la interpretación de que el salario fijo de que trata el art. 218 se asimila, además, al salario de la jornada ordinaria para los efectos del mandato legal. Y no se encuentra ningún fundamento para esta interpretación, pues una cosa es que el salario sea fijo, y por consiguiente no dé lugar al promedio anual que dispone el artículo para el variable, y otra que, tanto en este como en

el primero, para liquidar las indemnizaciones originadas en los daños causados por el accidente o la enfermedad profesional deba tenerse en cuenta la totalidad del salario realmente devengado por el trabajador que sufrió el accidente o la enfermedad, en el último caso dentro del período anual anterior al siniestro y en el primero el que estaba percibiendo "en el momento de realizarse el accidente o de diagnosticarse la enfermedad", según las voces mismas del precepto positivo. A este respecto la Sala ha mantenido la reiterada jurisprudencia que se encuentra en el fallo de veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y nueve (Casación Ernesto Zaqui Bendeck Barake vs. Aerovías Nacionales de Colombia S. A." Avianca), en el cual se lee: "Como lo tiene definido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, para efectos de liquidar la indemnización correspondiente a la incapacidad permanente derivada del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, el salario a que se refiere el art. 204 del C.S. del T., no es otro que el constituído por todos los elementos que lo integran y definen, conforme al art. 127 del mismo Código".

No obstante lo anterior, la Sala sólo puede realizar la correspondiente rectificación jurisprudencial, sin efecto sobre la parte resolutiva de la sentencia impugnada, pues conforme a la deposición de los testigos, el actor en juicio trabajó todos los días entre once y quince horas, sin que puedan precisarse las laboradas a la fecha del accidente, y si las excedentes de la jornada legal eran total o parcialmente nocturnas para considerar los recargos legales respectivos con miras a determinar la retribución efectivamente percibida. Por ello la acusación no conduce a la quiebra del fallo recurrido.

Segundo cargo

Su planteamiento es como sigue: "Acuso la sentencia de ser violatoria del art. 216 del C.S. del T. por aplicación indebida, en virtud de que el H. Tribunal le hizo producir consecuencias contrarias a las previstas en la norma. Violación esta que se produjo sin que medien errores de hecho".

En el desarrollo del ataque, después de referirse el recurrente al contenido del precepto legal citado en el cargo, de transcribir su texto, y de traer a cuento apartes de las consideraciones de la sentencia en los cuales se da por probada la culpa patronal y se afirma el derecho del trabajador a la indemnización total y ordinaria por las consecuencias del accidente, anota:

"Es evidente que el fallador de segunda instancia, al resolver sobre la petición formulada por el actor relativa a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, eligió acertadamente el precepto en el sentido de que deben repararse totalmente los perjuicios sufridos por el demandante, aplicándolo al hecho probado de que este los recibió o fue sujeto pasivo, por culpa del patrono. Mas no produjo la condena por la totalidad del daño material demostrado en el proceso, sino por un valor inferior, haciéndole en esta forma a la norma aplicada, producir una consecuencia contraria a la querida en su espíritu y claridad de la misma, ya que su voluntad es la reparación plena de los perjuicios sufridos y no la reparación parcial de ellos, como ocurre en el caso de autos definido por el H. Tribunal, pues solo condenó al valor correspondiente liquidado con base en el salario fijo o asignado al actor el día del infortunio laboral y no con el salario mayor promedio diario".

El mismo casacionista reconoce que "se eligió acertadamente el precepto en el sentido de que deben repararse totalmente los perjuicios sufridos por el demandante", pero estima que la indebida aplicación estriba en no condenar al pago de los perjuicios totales, por escoger el salario fijo para determinar la cuantía de la indemnización y no el salario promedio señalado por el perito.

Si el Tribunal acepta que en el accidente de trabajo de que fue víctima Julio César López existió culpa patronal y por consiguiente hay lugar a la indemnización total y ordinaria de perjuicios, la decisión en lo que atañe a la base salarial que ha de tenerse en cuenta para fijar el monto de la indemnización no toca ya con la aplicación del art. 216 del C.S. del T. sino, como se vio al examinar el cargo primero, con la del art. 218, norma esta que señala la retribución que se toma como base para establecer el monto de tal indemnización. La expresión que emplea la norma primera sobre la obligación de pagar la indemnización "total", se refiere al alcance de esta, en cuanto no se restringe a las consecuencias meramente laborales sino a todas las que el accidente debido a culpa patronal tenga y, por consiguiente, a todo daño que determine en la persona del accidentado y a su resarcimiento, pero no al elemento salarial que debe ser considerado en la determinación de la suma que ha de pagarse al damnificado. Por ello, como también se anotó al decidir el cargo primero, si la disposición del art.

216 se interpretó bien porque se consideraron en el fallo todas sus previsiones, también fue bien aplicada cuando en su preceptiva se enmarcó el caso sub lite.

No prospera, por consiguiente, este segundo 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 demandada 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.

CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO

En lo que respecta al despido, está ya sentado, por uniforme y reiterada jurisprudencia, que la carga de la prueba de su establecimiento corresponde al trabajador y la justificación al patrono.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F.).

(Aprobación Acta No. 97).

El señor *Tomás Fontalvo,* mayor y vecino de Barranquilla mediante apoderado, demandó en juicio ordinario laboral a la firma *"Canteras Munarriz Steffens, Ltda.",* para que sea condenada a pagarle "las sumas de dinero que le adeuda por concepto de auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, salarios caídos, salarios faltantes, para completarse el plazo presuntivo del contrato de trabajo, y la indemnización correspondiente por la limitación de los movimientos del brazo derecho... así como las costas... y aumento de salarios a que se refiere la Ley 1a. de 1963".

Los hechos en que funda la acción relatan que trabajó para la demandada, desde el 17 de agosto de 1950, y que el 24 de este mismo mes en 1963, ilegalmente, se dio por terminado el contrato, cuando había comenzado una nueva prórroga; que sufrió un accidente laboral que lo incapacita, por haberle "ocasionado limitación en los movimientos del brazo derecho", y que el patrono no ha cancelado las prestaciones, ni las indemnizaciones sociales.

Citó como fundamentos de derecho los arts. 64, 65, 186, 249, 227, 278 y demás concordantes del C. S. T., 25 y s.s. del C. P. T.

El apoderado de la empresa manifestó que no le constan algunos hechos, como la iniciación de labores y el accidente, negó la falta de pago de prestaciones e indemnizaciones y sobre el despido alegó: "La empresa que represento, por un error entregó al demandante la carta de retiro con fecha 24 de agosto de 1963. No obstante, mediante un arreglo amigable. el actor fue reintegrado a la empresa, quedando por lo mismo sin valor alguno el contenido de la carta de retiro de fecha 24 de agosto de 1963, cómo lo demostraré plenamente".

FALLOS DE INSTANCIA

Surtida la tramitación de primer grado, el Juez del conocimiento, que lo fue el Primero del Circuito del Trabajo de Barranquilla, dictó sentencia con fecha 18 de septiembre de 1964, por la cual condenó a la demandada a pagar al actor la suma de $ 251.29, por concepto de cesantía, absolvió de los demás cargos y se abstuvo de condenar en costas.

En el capítulo destinado a estudiar la terminación del contrato laboral y bajo el título de *"Presuntivo",* el fallador de primera instancia expuso, para deducir que no se produjo ruptura unilateral e ilegal, imputable al patrono, que la afirmación del apoderado de la parte demandada sobre arreglo amigable y reintegro del trabajador para dejar sin efecto la carta de retiro que por un error le entregó la empresa, "se demostró plenamente en la inspección ocular, ya que allí se estableció que el Sr. Fontalvo trabajó al servicio de la demandada del 17 de agosto de 1960 al 29 de agosto de 1963, y esto se corrobora con la declaración del señor Víctor Manuel González Vásquez, que si bien no es constantemente explícito en su testimonio, por lo menos da razón de alguna entidad para aceptar el hecho establecido en la inspección ocular".

Apeló la parte demandante y la Sala sentenciadora del *Tribunal Superior de Barranquilla,* mediante breve examen del haz probatorio allegado al juicio y después de sentar la conclusión de que sí se operó el despido injusto del trabajador, pronunció fallo el 26 de noviembre de 1964, reformatorio de la decisión del Juzgado, en el sentido de condenar a la empresa a "pagar al actor la suma de $ 2.853.29 por concepto del

resto del contrato presuntivo y el saldo de cesantía"; absolvió a la demandada de los demás cargos contenidos en la demanda y profirió condenación en costas.

EL RECURSO DE CASACION

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, les fue concedido y admitido por esta Sala, pero el de la actora se declaró desierto, por lo cual sólo se considera la demanda de casación presentada oportunamente por la firma demandada, sin formulación de escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se pide que la Corte "*Case parcialmente* la sentencia recurrida, en la parte que condena a pagar el resto del plazo presuntivo de duración (literal a) de la parte resolutiva), y en su lugar, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cumpliendo funciones de Tribunal de instancia, decrete la absolución de la demandada en este extremo de la litis".

LA ACUSACION

El recurrente formula un solo cargo, que enuncia así:

"Acuso la sentencia por violación indirecta del art. 64 del C. S. T., por aplicación indebida de dicha norma legal, por haberla aplicado al caso de autos siendo inaplicable y como consecuencia de error de hecho notorio y ostensible, consistente en no haber apreciado la prueba de inspección ocular practicada el 30 de julio de 1964 (visible a fls. 27, 28 del cdno. número 1 del expediente)".

En desarrollo y demostración del cargo, dice que el "demandante pidió entre varias condenas, la indemnización por incumplimiento del contrato, consistente en la ruptura ilegal del mismo, afirmando que fue despedido el 26 de agosto de 1963 con base en una nota de despido fechada el 24 de agosto de 1963"; que "la cuestión de hecho básica para este aspecto del litigio quedó reducida a la comprobación de si evidentemente el contrato de trabajo terminó por la voluntad unilateral del patrono", o por "otra causa distinta, que es la tesis sostenida por la sociedad demandada", ya que esta no negó la entrega de la carta de retiro, pero aclaró que tal acto fue "producto de un error" y que la comunicación quedó sin ningún valor.

Agrega más adelante que la inspección ocular y el testimonio de Víctor Manuel González Vásquez, pruebas pedidas y practicadas legalmente (fls. 27 y 32 cdno. No. 1"), establecen que la desvinculación de Tomás Fontalvo de la empresa no ocurrió el 26 de agosto de 1963, sino con posterioridad a dicha fecha, o sea, el 29 de los mismos mes y año, sin que hubiera intervenido determinación patronal en la ruptura del contrato, "antes bien —prosigue el acusador— hace apenas en lo verosímil de la declaración del testigo González Vásquez, quien afirmó que el demandante le había referido que su retiro había sido voluntario (fl. 33 cdno. No. 1)". Reproduce la fundamentación del fallo del Juzgado, alusiva al resultado absolutorio, por concepto de la indemnización reclamada, mediante análisis y estimación del reconocimiento judicial y de la declaración del prenombrado testigo, para luego argumentar que el "Tribunal de Barranquilla al estudiar este aspecto del litigio, solamente tomó en cuenta el testimonio de González Vásquez, que considera prueba no del todo convincente, *sin que haga mención alguna ni directa ni indirecta a la prueba de inspección ocular*"

Termina el casacionista su argumentación con estos conceptos, en torno a la decisión del Tribunal: "lógicamente dejó de convencerse con la prueba testimonial, a diferencia del juzgador de primera instancia. De haber actuado bien, de haber tomado en cuenta la prueba de inspección ocular, su conclusión jurídica habría sido totalmente diversa. Al dar vigencia plena a la carta de despido presentada a los autos (por no haber quedado desvirtuada en su razonamiento a consecuencia del error de hecho) estimó que evidentemente el contrato había terminado por voluntad patronal y de manera ilegal... El art. 64 citado, fue aplicado así indebidamente, violado indirectamente a consecuencia del error de hecho, pues tal norma no es aplicable a la terminación de un contrato que no ocurrió ni por voluntad patronal ni ilegalmente. Por lo tanto, considero que la H. Corte Suprema de Justicia, reconociendo tal error y aplicación indebida debe casar la sentencia en el literal a) antes mencionado en cuanto condena a Canteras Munarriz Steffens Limitada a pagar al actor la suma de $ 2.853.29 por concepto del resto del contrato presuntivo y en su lugar, con base en la prueba dejada de apreciar y el testimonio del señor González Vásquez, absuelva a la demandada, por considerar que no se probó el

despido ilegal y no hay lugar por lo tanto al pago de ninguna indemnización".

Se estudia la acusación

La sola cita del art. 64 del C. S. T., cuya violación se invoca, por vía indirecta o error de hecho en lo concerniente a evaluación probatoria, la estima la Sala suficiente para los fines de la casación en el presente caso, porque dicha disposición regula el incumplimiento del contrato laboral y la respectiva indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, máxime que aquí no se discute la existencia del convenio del trabajo, sino únicamente la causa de terminación y su consecuencial responsabilidad".

La esencia del ataque al fallo del Tribunal reside en que para la firma empleadora y el recurrente la terminación del contrato de trabajo no ocurrió por voluntad patronal, sino por decisión unilateral del trabajador.

En lo que respecta al despido, está ya sentado, por uniforme y reiterada jurisprudencia, que la carga de la prueba de su establecimiento corresponde al trabajador y la justificación al patrono, pero en el evento de autos este niega haber dado motivo a la ruptura injusta y más bien se la atribuye a aquel, por lo cual es indispensable examinar la prueba a que alude el cargo, dentro de los precisos límites que señala el impugnador, para ver si en realidad incurrió el Tribunal en el error de hecho ostensible y demostrado de que habla la acusación.

La primera y fundamental observación que hace la Sala consiste en que el censor afirma, categórica y repetidamente, que el fallador de segunda instancia dejó de apreciar y ni siquiera mencionó de manera directa o indirecta la diligencia de inspección ocular, cuando lo que aparece de bulto y salta a la vista es que la Sala sentenciadora no sólo tuvo en cuenta, desde el comienzo de su motivación, la precitada prueba, sino que hasta la transcribe en lo pertinente, relacionándola con la carta de despido y el testimonio de González Vásquez, en estos términos:

"En la inspección ocular practicada en la empresa demandada se verificó 'que el señor Tomás Fontalvo trabajó al servicio de la demandada de agosto 17 de 1960 (sic) al 29 de agosto de 1963. Se estableció igualmente que las primas y las vacaciones hasta la fecha de salida le fueron pagadas en legal forma y que el auxilio de cesantía le fue consignado en este mismo Juzgado el 2 de septiembre del año próximo pasado en cuantía de $ 1.160.00'. Se verificó asimismo que el salario que devengaba el trabajador era de $ 15.50 diarios .

"La empresa en carta de 24 de agosto de 1963 y que obra en el informativo, le notificó al actor que el día lunes 26 de ese mismo mes el contrato de trabajo quedaba terminado 'por reorganización de la empresa'. De ahí que el trabajador reclame el resto del valor del contrato presuntivo del trabajo, en atención a que la empresa rompió el contrato 9 días después de empezar un nuevo período presuncional .

"Por su parte la empresa alega que si en verdad pasó dicha carta de rotura del contrato, fue por un error, de ahí que hizo comparecer al testigo Víctor Manuel González Vásquez, quien afirma que él ordenó al señor Julio C. Morón para que arreglara el problema entre las partes y por consiguiente, el trabajador se conformara a ir nuevamente al trabajo. Pero es el caso de manifestar que para la Sala el testimonio del señor González a pesar de adolecer de contradicciones, no puede tenerse en cuenta como prueba absoluta de lo afirmado por la demandada, pues dentro del informativo no se ha demostrado que el actor expresamente le hubiera autorizado a él o al señor Morón para el arreglo a que hace alusión el testigo, y por otra parte no está demostrado tampoco dentro del proceso que González fuera miembro directivo del Sindicato que hace mención .

"De todo lo anterior hay que deducir que la empresa rompió injustamente el contrato de trabajo y le sale a deber al trabajador la suma de $ 2.602.00 por concepto del resto del contrato de trabajo (168 días a razón de $ 15.50)".

No obstante la crítica inicial que merece el cargo, en vista de la transcripción anterior, tampoco resulta eficaz la impugnación para infirmar parcialmente el fallo, en cuanto a la condena indemnizatoria por rompimiento ilegal del contrato, porque la sustentación que presenta la providencia judicial acusada, a base de juicios emitidos sobre los demás hechos y medios instructorios aportados al proceso, entre los cuales aparece la nota en que la empresa comunica al trabajador el fenecimiento de la relación laboral, documento que obra en autos, que no ha sido redargüido ni tachado de falso y que constituye su soporte principal, ponen de manifiesto la libre formación del convencimiento y calificación probatoria, al tenor del art. 61 C. P. T., actitud inacatable en casación, mientras no se acredite el error de

hecho ostensible, por falta de apreciación o equivocada evaluación de la prueba.

La simple circunstancia de que la desvinculación del trabajador no hubiera ocurrido el 26 de agosto de 1963, sino tres (3) días después, dato que registra la diligencia de inspección ocular, no destruye por sí sola el hecho cierto, innegable e indiscutible de la entrega de la carta de despido, ni mucho menos acredita que la terminación del contrato tuvo una causa distinta. Entonces, no cabe sostener, como lo pretende el casacionista, que esa comunicación perdió vigencia y que el operario se retiró voluntariamente, con fundamento en el testimonio de Víctor Manuel González Vásquez, porque sobre este dice el propio sentenciador de primer grado que "no es lo suficiente explícito", para el mismo recurrente resulta apenas "verosímil" y el Tribunal lo califica de contradictorio y de escaso poder convincente, dado que no presenció el arreglo amigable que se trataba de probar, y la separación de Tomás Fontalvo la supo por referencia, como en forma repetida consta en su declaración, al ser repreguntado.

Siendo, pues, atendibles las conclusiones que deduce la Sala sentenciadora del Tribunal en su decisión impugnada, al dar por probado el despido con la carta que pasó a su empleado, sin que haya más elementos que desvirtúen ese hecho indiscutible o comprueben una retractación oportuna de tal actitud o la justifiquen en derecho, y ya que expresamente tuvo en cuenta la inspección ocular, igual que el testimonio citado, en que el censor apoya el cargo, por falta de apreciación probatoria de dicho reconocimiento judicial, queda descartada la presencia del error protuberante de hecho que se imputa al fallo recurrido y así no puede sostenerse que hubo indebida aplicación del art. 64 C. S. T.

Por lo tanto, el cargo se desestima.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla de fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá diciembre nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño).

(Aprobación: Acta No. 56).

La parte demandada en el *juicio de Rafael García Acosta vs. la sociedad "Hipódromo de Techo S. A.",* interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por *El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,* Sala Laboral, el veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y nueve. La demanda sustentatoria fue planteada dentro de los términos legáles y la contraparte formuló la correspondiente réplica. La Sala entra a resolver de conformidad, previo el cumplimiento de los trámites de rigor.

Los antecedentes de la litis dan cuenta de que García Acosta demandó a la nombrada sociedad para que se la condenase al pago del reajuste en la cuantía de la pensión jubilatoria, con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios por razón de los prestados con diferentes contratos de trabajo. Para apoyar sus pedimentos, el actor afirmó: 1. Haber servido a la sociedad demandada desde el 17 de octubre de 1954 hasta el 26 de diciembre de 1965, fecha en que la Compañía dio por terminado el último de los contratos de trabajo que tenía suscritos con el demandante, sin que mediara justa causa para ello; 2. El Hipódromo reconoció al actor, con fecha 21 de febrero de 1967, la pensión jubilatoria establecida en el art. 8o. de la Ley 171 de 1961; 3. Por la retribución correspondiente a los dos contratos de trabajo que el actor tuvo simultáneamente con el Hipódromo recibió durante el último año un promedio mensual de dos mil seiscientos cuarenta y un pesos con diez y siete centavos ($ 2.641.17), a pesar de lo cual la Empresa sólo le reconoció una pensión de cuatrocientos setenta y ocho pesos con noventa y dos centavos ($ 478.92) mensuales; 4. Rafael Acosta García cumplió sesenta años de edad el 31 de diciembre de 1966.

La Empresa demandada se opuso a las pretensiones del actor con fundamento en que el demandante tuvo con ella varios contratos de trabajo y que sólo en uno de ellos cumplió el tiempo necesario para la jubilación.

El juez de primer grado, en sentencia de veintiseis de febrero de mil novecientos sesenta y ocho, condenó a la empresa "Hipódromo de Techo S. A." a pagar al actor Rafael García Acosta, una pensión de jubilación de un mil ochenta y nueve pesos ($ 1.089.00) mensuales, a partir del dos (2) de febrero de mil novecientos sesenta y siete (1967), y la condenó en las costas de la instancia. De la decisión apeló el apoderado de la entidad demandada, y el Tribunal, en el fallo objeto del recurso extraordinario, sólo modificó lo resuelto por el a quo para reducir la cuantía de la pensión a la cantidad de un mil veintiun pesos con noventa centavos ($ 1.021.90) mensuales: No condenó al pago de costas en la segunda instancia.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Se propone el recurrente que el fallo del Tribunal sea casado totalmente para que la Corte, en función de instancia, declare que no hay lugar al reajuste de la pensión ordenada por el juez de primer grado. Para respaldar este petitum concreta la censura en un cargo que plantea así:

"La sentencia que acuso, es violatoria de la Ley sustantiva, por interpretación errónea, con error de hecho, manifiesto en los autos". Luego concreta como disposiciones quebrantadas:

"El art. 127 del C. S. T., porque extiende el concepto de salario que contiene, (suma de factores componentes de salario), a sumas de salarios diferentes, por contratos coexistentes diferentes".

"El art. 132 del C. S. T., porque violenta la libertad del patrono, imponiéndole como salario para la liquidación de una prestación, la suma

de salarios diferentes por contratos coexistentes, diferentes".

"El art. 8o. de la Ley 171 de 1961, porque ordena la liquidación con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, en relación con un contrato o contratos que sumen más de 10 años de servicios continuos o discontinuos, pero no en la suma de salarios por contratos diferentes, coexistentes".

Sostiene que aceptada la coexistencia de los contratos de trabajo, que la ley no prohibe y que el juzgador reconoce como hecho probado en autos, la acumulación de salarios mediante la suma de los devengados en uno y otro contratos, es un error manifiesto en los autos que conduce a la violación de las normas citadas.

El opositor replica el ataque con la manifestación de que adolece de grave falla técnica porque involucra la violación por vía directa, como es la por interpretación errónea de la ley, con la que se presenta por vía indirecta, originada en errores de hecho.

SE ESTUDIA

Como salta a primera vista de la lectura del cargo en su planteamiento inicial, el casacionista considera que las normas sustanciales de la ley han sido quebrantadas por errónea interpretación, y como consecuencia de error de hecho manifiesto en los autos, error consistente en haber acumulado los salarios provenientes de dos contratos de trabajo distintos.

Esta presentación del ataque contiene, como lo observa el opositor, un fundamental error de técnica que lo hace ineficaz. En efecto: la violación de la ley sustancial en el concepto de interpretación errónea está enmarcado dentro del quebrantamiento por vía directa, que conlleva la relación inmediata de la sentencia con la norma; en este caso, del criterio del juez frente al sentido del precepto legal, que excluye como factor mediato toda cuestión fáctica. No puede, pues, presentarse una violación de la ley sustancial por interpretación errónea como resultado de que el fallador haya incurrido en error de hecho derivado de fallas en la estimación de las pruebas. Con esta modalidad sólo ocurre el quebranto legal dentro del concepto de la aplicación indebida, único entre de los tres de la causal primera de casación que ocurre por errores de hecho o de derecho en la interpretación errónea el sentenciador, independiente de toda cuestión de hecho, yerra sobre el sentido del mandato legal.

El cargo, pues, con estas características planteado, debe desecharse.

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 del recurrente

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

José Enrique Arboleda Valencia, J. Crótata; Londoño, Carlos Peláez Trujillo.

Vicente Mejía Osorio, secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 56)

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra el fallo en que el *Tribunal Superior de Bogotá*, por conducto de su Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por *Gilberto Sarmiento Moncayo* contra el *Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.*

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del proceso se pidió se condenara al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico a pagar al demandante auxilio de cesantía, reajuste de prima de servicios de los años de 1958 y 1959, lucro cesante, indemnización moratoria y las costas del juicio, con fundamento en los siguientes hechos:

Gilberto Sarmiento Moncayo laboró al servicio del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, como Revisor de Impuestos de Licores Destilados de la Sección de Interventoría, desde el 5 de diciembre de 1957 hasta el 15 de abril de 1959, fecha esta en que la entidad demandada prescindió de sus servicios sin previo aviso, ni causa legal justificativa, devengando un salario mensual de un mil cien pesos ($ 1.100.00). Mientras el actor estuvo al servicio del Instituto, este le pagó por concepto de viáticos y para alojamiento y alimentación, la suma de seis mil setecientos pesos ($ 6.700.00). Y ni a la terminación del Contrato, ni posteriormente, la entidad demandada ha pagado al demandante el auxilio de cesantía, ni para la liquidación de las primas de servicio tuvo en cuenta los viáticos, ni le ha cancelado las demás acreencias que se reclaman.

Se invocaron como normas aplicables la Ley 6a. de 1945, los Decrs. 2127 de 1945, 797 de 1949, 1160 de 1947, 243 de 1951 y los arts. 593 y ss. del C. J., 2o., 5o., 25, 42, 55, 74 y concordantes del C. P. del T.

En la contestación de esta demanda, el apoderado que constituyó la entidad demandada aceptó lo relativo al servicio prestado, tiempo laborado y salario devengado y negó los hechos restantes; se opuso a las pretensiones del actor, alegando que el auxilio de cesantía debía pagarlo la Caja Nacional de Previsión Social, no había lugar al reajuste de las primas de servicio por haberse pagado estas en cantidad mayor de la legal y la entidad demandada no estaba obligada al pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria, pues la relación que vinculó a las partes fue reglamentaria o legal y no laboral y al demandante se le pagaron las prestaciones que le correspondían; y finalmente propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción, enriquecimiento injusto o indebido y contrato no cumplido.

Concluído el debate, el señor Juez Tercero del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, definió el negocio en sentencia de 16 de agosto de 1962, condenando a la entidad demandada a pagar al demandante las siguientes cantidades de dinero y por los conceptos que a continuación se expresan: un mil novecientos ochenta y seis pesos con dieciocho centavos ($ 1.986.18) por auxilio de cesantía; dos mil cuatrocientos veintisiete pesos con diez centavos ($ 2.427.10) por lucro cesante, y treinta y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 36.66) diarios, a partir del 16 de abril de 1959 y hasta cuando se paguen las anteriores condenas, lo mismo que el sesenta por ciento (60%) de las costas; absolviendo a la misma entidad de los demás cargos formulados en la demanda; y declarando no probadas las excepciones propuestas.

En virtud de apelación interpuesta por ambas

partes, el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de su Sala Laboral, revisó la anterior decisión, una vez surtido el trámite correspondiente, en fallo de 27 de noviembre de 1963, revocando la condena por cesantía y absolviendo, en cambio, de ella a la demandada; reformando las relacionadas con lucro cesante y los salarios caídos, en el sentido de fijar el monto de aquel en la suma de un mil ochocientos treinta y tres pesos con veinte centavos ($1.833.20) y de determinar que los últimos, en la cuantía de treinta y séis pesos con sesenta y séis centavos ($ 36.66) diarios, se pagarán a partir del 16 de julio de 1959 y hasta el día en que se paguen al actor la condena a que ese fallo se contrae; reduciendo las costas de la primera instancia a un cuarenta por ciento (40%); confirmando los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, y disponiendo que no hay costas de segundo grado.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del Instituto el recurso de casación, que le concedió el ad quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y el cual pasa a decidirse teniendo en cuenta la demanda del impugnador y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Se propone el recurrente con su impugnación la casación parcial de la sentencia del Tribunal en cuanto ella condenó al pago de indemnización por lucro cesante e indemnización por falta de pago, se revoquen las condenas contenidas en la sentencia de primer grado y se absuelva totalmente a la demandada.

LA ACUSACION

Para el logro de este resultado y con invocación de la causal primera de casación laboral, se formulan y sustentan tres cargos, así:

Primer cargo.

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de errores de hecho, los arts. 30 y 43 de la Constitución Nacional; 2o., 3o. y 14 de la Ley 80 de 1946; 46 del Decr. 1112 de 1952; 44 del Decr. No. 647 de 1953; 1o. del Decr. 079 de 1958; 4o., 40, 51 y 52 del Decr. No. 2127 de 1945; 1o. del Decr. 797 de 1949 y 3o., 4o., 47, 64, 65 y 292 del C. S. T.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron la demanda de fls. 2 a 4, la copia de la reclamación administrativa visible a fls. 9 y 10, la copia de la Res. No. 81 de 1959 que aparece al fl. 13, el certificado del fl. 15, la copia del acta No. 97 que se encuentra al fl. 24 y la copia de la Resolución No. 82 que aparece al fl. 25.

"Los errores de hecho en que incurrió el sentenciador fueron los siguientes:

"1. Haber dado por establecido que el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico es una empresa industrial que se explota con fines de lucro o una institución idéntica a las de los particulares o susceptible de ser fundada y manejada por estos en las misma forma.

"2. Dar por establecido que Gilberto Sarmiento Moncayo ejecutaba labores susceptibles de ser realizadas por un empleado particular, y

"3. Dar por establecida la existencia de un contrato de trabajo entre las partes".

Segundo cargo

"La sentencia acusada violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los arts. 77 de la Ley 167 de 1941 y 51 del Decr. 2127 de 1945.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron todas las aportadas al juicio, o sean las de fls. 5 y 6, 8, 9 y 10, 11 y 12, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 43 y 44, 63 y 64 y 78.

"El error de hecho consistió en admitir que el señor Sarmiento dejó de prestar servicios por terminación unilateral del contrato de trabajo".

Tercer cargo

"El sentenciador violó por aplicación indebida a través de error de hecho, los arts. 52 del Decr. 2127 de 1945, 1o. del Decr. 797 de 1949.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron todas las aportadas al juicio, o sean las de fls. 5 y 6, 8, 9 y 10, 11 y 12, 13, 14, 15, 16, 24, 25, 43 y 44, 63 y 64 y 78.

"Los errores de hecho fueron:

"1. Admitir que a la terminación del vínculo la parte demandada adeudaba una indemnización, y

"2. Considerar que la parte demandada no obró de buena fe en el pago de sus obligaciones legales".

Se sustentan estas acusaciones alegando en primer término, que entre las partes no exis-

tió contrato de trabajo, como lo dedujo el Tribunal, sino una relación de derecho público, puesto tanto de su objeto como de su financiación y manera de operar, previstos en los arts. 2o., 3o. y 14 de la Ley 80 de 1946 y 1o. del Decr. 079 de 1958, se desprende que el Instituto demandado es una entidad oficial que ejerce funciones propias del Estado, de utilidad pública e interés social, que no pueden ser cumplidas por empresas privadas, idéntica a la cual tampoco pueden fundar los particulares, por lo que no es de aquellas empresas comprendidas en la excepción de que habla el art. 4o. del Dcr. 2127 de 1945, como para calificar de contrato de trabajo el vínculo que une a la entidad con sus servidores.

En segundo lugar, que ni aún la relación administrativa referida terminó unilateralmente, puesto que la Res. No. 81 de 1959, que suprimió el cargo y declaró insubsistente el nombramiento del señor Sarmiento, era susceptible de los recursos de reposición y apelación, que no se interpusieron, por lo que sin duda alguna consintió el acto, no pudiéndose, por ello, hablar de terminación unilateral.

Y finalmente, que habiéndose absuelto por cesantía y prima de servicios, la indemnización moratoria no procedía, porque como las normas que la consagran hablan de indemnizaciones que se adeuden a la terminación del vínculo, solo puede referirse "a las que resultan de los riesgos laborales, como accidente de trabajo o enfermedades profesionales, que la ley ha impuesto al patrono por hechos ajenos a su culpa", de ninguna de las cuales es el lucro cesante, que se impuso en la sentencia. De otro lado, el instituto ha aducido razones atendibles para negar la existencia de un contrato y por consiguiente y tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, no puede pregonarse su mala fe, indispensable para que se imponga la sanción en referencia.

Para el opositor estos cargos no son atendibles, por cuanto la proposición jurídica de derecho sustancial es incompleta, pues se omite señalar como infringidos los arts. 1o. 8o. (modificado por el 2o. de la Ley 64 de 1946) y 11 de la Ley 6a. de 1945, que son las normas sustantivas que consagran la existencia del contrato de trabajo con los trabajadores oficiales y determinan los elementos que lo integran, el derecho al lucro cesante por despido o terminación ilegal del vínculo contractual y el correspondiente a la indemnización moratoria. Se limita a indicar como violados los arts. 4o., 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945 y 1o. del Decr. 797 de 1949, que sustituyó el últimamente mencionado, olvidando que ellos apenas son desarrollo reglamentario de los invocados de la Ley 6a., por lo que su señalamiento como infringidos solo procedería en este recurso extraordinario a condición de que se hubieran citado igualmente como quebrantados los textos de la ley reglamentada, como lo ha sostenido la Corte en varias oportunidades, entre otras con ocasión de desatar la demanda de casación que Ofelia Arenas Sánchez promovió en juicio ordinario por ella adelantado contra el mismo Instituto aquí demandado.

A este error de técnica se agregan el de reputar como violados los arts. 47, 64 y 65 del C. S. T., en que no se apoya el Tribunal y que no son aplicables a este caso, ni mucho menos el 292 de dicho Código, que determina cuál es el valor del seguro de vida de los trabajadores particulares, que nada tiene que ver en el presente litigio; y el de censurar únicamente la apreciación de parte del acervo probatorio en que el ad quem sustenta sus conclusiones, dejando inatacada la valoración de las pruebas restantes, como son las documentales de los fls. 43 y 44 y la confesión contenida en la contestación del hecho primero de la demanda, circunstancia por la cual por este aspecto también quedó incompleta la acusación.

No obstante estas deficiencias, refuta los razonamientos del recurrente y refuerza los del Tribunal para poner de presente que este no ha incurrido en error alguno, ni ha violado, consecuencialmente, las normas enunciadas en estos cargos.

Para resolver, la Corte considera

1. Tanto el sentenciador de segundo grado como el impugnador concuerdan en que se confronta en el presente caso una relación de trabajo entre un establecimiento público del Estado y un particular que estuvo adscrito a su servicio. Por tanto, no se regula por las previsiones del C. S. T. en virtud de lo estatuído por su art. 4o., sino por las especiales que rigen al respecto y que se encontraban vigentes cuando se expidió ese estatuto, tal como lo ha entendido la jurisprudencia laboral. En estas condiciones la inclusión en el primer cargo de normas de este código entre las infringidas resulta impertinente, con mayor razón cuando no se las invoca en el fallo acusado y la del art. 292 ni siquiera se relaciona con la controversia desatada por el Tribunal.

Al comportarse de esta manera el recurren-

te, incurrió sin duda alguna en un error de técnica, que hace inaceptable su censura.

2. En lo que discrepan el ad quem y el impugnador es en la calificación de dicha relación individual de trabajo, pues mientras para aquel es contractual, para el último es reglamentaria o legal y de derecho público, por lo que fue indebidamente aplicado el art. 4o., del Decr. 2127 de 1945 y como consecuencia de ello, en igual equivocación se incurrió al hacer operantes los arts. 51 y 52 del mismo Decr. y el 1o. del 797 de 1949.

Ocurre empero que estos preceptos son puramente reglamentarios de la Ley 6a. de 1945, como se desprende del propio título de los actos de que forman parte, y como tales no pueden dar base a un cargo en casación si no se señalan, al propio tiempo, los sustantivos que ellos reglamentan, por ser estos, en definitiva, los que ha podido infringir el sentenciador y dar lugar al quebrantamiento de su decisión por la Corte, tal como lo ha dicho en repetidas ocasiones esta Sala de la Corporación, doctrina que acaba de reiterarse en la casación de tres de octubre del año en curso (Juicio de Evangelista Soto Palau contra el Instituto de Fomento Algodonero), en la cual volvió a expresarse lo siguiente, especialmente pertinente en este caso:

"Es evidente que el Decr. 2127 de 1945, según reza su encabezamiento, es reglamentario de la Ley 6a. del mismo año y que el 797 de 1949, como lo dice de manera explícita, lo que hizo fue sustituir el art. 52 del mismo Decr. Regl. 2127 de 1945. Y aunque a veces en los estatutos que reglamentan leyes suelen encontrarse disposiciones sustanciales y no meramente reglamentarias, no sucede así en este caso, pues los arts. 51 y 52 del Decr. 2127 de 1945 no son otra cosa que el desarrollo del 8o. de la Ley 6a. en cuanto determina que la terminación de un contrato de trabajo ha de hacerse 'previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar' y del 11 de la misma, cuando estableció: 'En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable'. Por tanto, las normas sustanciales que pudieron ser infringidas por la sentencia acusada fueron estas y no aquellas, al haber condenado al pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria, puntos a cuya revocatoria se contrae el alcance de la impugnación...".

Aquí precisamente el recurrente aspira a que se absuelva al Instituto demandado del pago de las indemnizaciones moratorias y por lucro cesante, por considerar que no medió contrato de trabajo por las razones antes expresadas, en que fundamenta los cargos formulados, y sin embargo, no incluye entre las normas sustanciales indebidamente aplicadas las de la Ley 6a. de 1945 que regulan estas situaciones con los trabajadores oficiales, sino las meramente reglamentarias a que se ha aludido.

Este error técnico, que implica haber dejado incompleta la proposición jurídica de derecho sustancial, es suficiente para que no se estimen estos cargos. Por lo tanto, no se los 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 recurrido con que el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de su Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia de este juicio.

Costas a cargo del recurrente.

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.

HOMOLOGACION

Se declara *inexequible* el artículo del laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento en el conflicto colectivo laboral y surgido entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de Contratistas y Subcontratistas de la Texas Petroleum Company (Sinaltracontex), en cuanto señala la jornada de trabajo de los trabajadores de los contratistas de la Texas Petroleum Company en cuarenta y cuatro (44) horas semanales y se *homologa* en las restantes disposiciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Aprobación: Acta No. 99).

La Sala Laboral de la Corte, al decidir con fecha 21 de julio de 1969 el recurso de homologación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 5 de mayo anterior en el conflicto colectivo laboral surgido entre el *Sindicato Nacional de Trabajadores de Contratistas y Subcontratistas de la Texas Petroleum Company (Sinaltracontex)* y las empresas contratistas, dispuso entre otras cosas, con fundamento en el artículo 143 C. P. L., que se devolviera el expediente al Tribunal de Arbitramento, por conducto del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, para que decidiera sobre los puntos del pliego petitorio contenidos en el Título Catorce, Capítulo XVI, arts. 88 a 91, referentes a la jornada de trabajo.

Reunido de nuevo el Tribunal de Arbitramento, para los efectos anteriores, luego de oir a las partes y deliberar sobre la materia de su decisión adicional, el 29 de septiembre de 1969 falló la cuestión del modo siguiente:

Capítulo: Jornada de Trabajo

Artículo:

La jornada de trabajo será de 8 horas diarias y 44 horas semanales. El tiempo que exceda de 44 horas a la semana será considerado trabajo extra o suplementario y se liquidará con los recargos legales contemplados en el CST.

Artículo:

Cuando los trabajos del empresario se realicen fuera del lugar en donde este tenga establecida la base de operaciones, el empresario reconocerá al trabajador el tiempo de ida y regreso desde la oficina del respectivo campamento o desde la oficina de la población respectiva hasta el lugar de trabajo y viceversa. Los contratistas darán estricto cumplimiento a este artículo.

Artículo:

1. 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 laborales, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa.

2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado, sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo estàblecido en el numeral anterior.

3. El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el numeral anterior".

Contra esta resolución recurre en homologación el apoderado de los contratistas de la Texas Petroleum Company. El recurrente alega, al sustentar la impugnación contra el laudo adicional, que los árbitros excedieron sus funciones el decidir sobre la reducción de la jornada de trabajo, materia para la cual carecían de competencia, porque el art. 158 CST, al establecer que "la jornada de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal", reservó exclusivamente a las partes mis-

mas que intervienen en la relación laboral la facultad de modificarla, sin que los árbitros puedan, en tal virtud, abrogarse poderes que les son ajenos, a menos de incurrir en extralimitación de funciones.

Abunda luego el recurrente en otras consideraciones que le sirven para reforzar su ataque, como la absoluta falta de elementos de juicio para rebajar la jornada; el grave traumatismo económico que pudieran sufrir los contratistas en caso de que la empresa, por tal circunstancia, llegare a cancelarles sus contratos; y la descoordinación en que quedarían colocados los trabajadores de la empresa y los trabajadores de los contratistas, sujetos unos y otros a jornada distinta dentro de la misma actividad.

Procede, entonces, el examen de este cargo concreto, para lo cual se considera:

La objeción es fundada. El art. 458 CST obliga las decisiones de los árbitros, constreñidos a obrar como tales, a no afectar "derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes". Y el art. 158 CST es precepto por demás claro y explícito al consagrar en favor de las partes mismas, exclusivamente, la facultad de convenir la jornada ordinaria de trabajo. Por convenio directo, pero solo por convenio, las partes interesadas pueden llegar a donde quieran respecto a la fijación, en sentido de reducirla, de la jornada ordinaria de trabajo; si el acuerdo entre las partes no se produce, regirá la jornada legal de ocho horas al día y de cuarenta y ocho a la semana, con las excepciones que la propia ley señala para ciertas personas o ciertas actividades. Tratándose, en todo caso, de facultad expresamente reconocida por la ley a las partes mismas, los árbitros no pueden suplir con su criterio el desacuerdo de ellas en este punto, a menos de contrariar la regla jurídica y sobrepasar la órbita de sus funciones.

De modo que es evidente la violación legal en que incurrieron los árbitros del presente litigio colectivo, al reducir la jornada ordinaria de trabajo de los asalariados de *Sinaltracontex* de cuarenta y ocho a cuarenta y cuatro horas semanales, como ya lo reconoció la Sala Laboral, en fallo de homologación del 18 de diciembre de 1962, al expresar que "las partes, contractualmente, pueden reducir la jornada máxima legal, tal como lo autoriza el art. 158 CST; pero el árbitro no tiene facultades para estatuir en tal sentido, ya que no se trata de una cuestión simplemente económica, sino también de orden legal, que no entra en sus poderes de arbitrador".

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que el art. del laudo adicional, en la parte en que es objeto de impugnación, o sea la fijación de una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro (44) horas semanales, resulta inexequible en cuanto viola la previsión legal del art. 158 CST. Las demás disposiciones y cláusulas del laudo no impugnadas concretamente por el recurrente, por atemperarse a la Constitución y la ley, sin afectar derechos o facultades de las partes reconocidas en tales normas superiores, las encuentra la Sala regulares y deberán, en consecuencia, ser homologadas.

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, RESUELVE:

a) Es inexequible el artículo del laudo adicional en cuanto señala la jornada de trabajo de los trabajadores de los contratistas de la Texas Petroleum Company en cuarenta y cuatro (44) horas semanales.

b) Se homologan las restantes disposiciones del laudo recurrido.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial* y envíese el expediente al Ministerio del Trabajo.

Edmundo Harker Puyana, Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar.

Vicente Mejía Osorio, secretario.

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Según el art. 489 del C. S. T. el reclamo escrito de trabajador, recibido por el patrono "acerca de un derecho debidamente determinado" interrumpe la prescripción la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar).

(Aprobación: Acta No. 100).

Los herederos de la señora Mercedes González por conducto de apoderado, demandaron a la sociedad *"Banco del Estado S. A."*, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral fuera condenada dicha entidad a pagarle el valor de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria; las bonificaciones y primas de acuerdo con las convenciones colectivas, fallos arbitrales y normas legales; la compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas; el auxilio de cesantía; el seguro de vida; la indemnización por mora; el reajuste de salarios de acuerdo con los que regían en el Banco; las costas del litigio y lo demás que se comprobare en el juicio.

Como hechos sustentatorios de las anteriores pretensiones, se indicaron los siguientes:

1. Que la señora Mercedes González prestó sus servicios al Banco del Estado S. A. desde el 2 de enero de 1953 hasta el 8 de marzo de 1965;

2. Que le fueron encomendadas como funciones llevar la correspondencia del Banco, entre sus oficinas de Popayán, Cali, Puerto Tejada y Santander, para lo cual debía viajar entre esas ciudades, cumpliendo tan delicado encargo en las oportunidades y con sujeción a la reglamentación impuesta por el Banco, es decir, bajo una relación de trabajo, que plenamente configura un contrato de esta índole;

3. Que devengó una remuneración de $350.00 mensuales;

4. Que la causante falleció en la población de Santander, Cauca, el 8 de marzo de 1965, razón por la cual sus beneficiarios Marco Arturo, María Nelly, María del Rosario, Justiniano González y Julia Inés González de Molina, dirigieron al Banco una comunicación, solicitando el reconocimiento de los derechos sociales causados por su madre natural, reclamo que fue negado, como consta en la comunicación 0347 de 4 de mayo de 1965; y,

5. Que el Banco del Estado sólo pagó a la Sra. Mercedes González sus salarios, por lo cual adeuda los derechos sociales demandados.

El Juzgado Laboral de Popayán que conoció del juicio, admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma al Banco, representado por su Gerente General doctor Julio Arboleda Valencia.

Dentro del término correspondiente el Banco demandado constituyó apoderado y este contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de los demandantes, por cuanto sostuvo que entre el establecimiento bancario y la señora Mercedes González no había existido contrato de trabajo, razón esta última que incidió en la negativa inicial para reconocer a sus herederos prestaciones sociales.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado le puso fin por sentencia de 17 de enero de 1969, en la cual consideró que se encontraba demostrada la existencia del contrato de trabajo y teniendo en cuenta los extremos del mismo, dispuso:

"Primero. Condenar, como en efecto condena, al Banco del Estado S. A., domiciliado en Popayán y representado legalmente por su Gerente Dr. Julio Arboleda Valencia, o a quien sus derechos represente, a pagar a *Marco Arturo González y otros,* tres (3) días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de *treinta mil quinientos siete pesos con 5/*100 m/cte. ($ 30.507.05), que se descomponen así:

"Por reajuste de salarios	$ 2.166.31.
"Por Bonificaciones y primas	2.508.30.
"Por vacaciones	2.700.00.
"Por cesantía	3.132.44
"Por seguro de vida	20.000.00.
TOTAL	30.507.05.

"*Segundo.* No hay lugar a reconocimiento alguno por concepto de Asistencia Médica, Farmacéutica, Quirúrgica y Hospitalaria, como tampoco hay lugar a condenación por mora.

Tercero. Condénase al 50% de las costas a la parte vencida. (Decr. 243 de 1951, art. 2o., numeral 1o.)".

Los apoderados de las partes apelaron de esta decisión y los autos subieron al *Tribunal Superior de Popayán,* donde se adelantó el trámite de la segunda instancia. En la audiencia respectiva los mandatarios judiciales de los litigantes alegaron de conclusión y el del Banco, a más de criticar en el fondo la providencia del *a quo,* alegó la exepción perentoria de prescripción, en estos términos:

"La señora dejó de ser trabajadora del Banco del Estado el 8 de marzo de 1965 día en que murió, y ocurre que la demanda fue presentada tres (3) años después, el 30 de marzo de 1968. No puede alegarse que la prescripción se ha interrumpido por el hecho de que los hijos de la señora González reclamaron el pago de prestaciones, pero no determinaron cuáles eran esas prestaciones. Los arts. 151 del C. P. del T. y 488 del C. S. T. establecen que interrumpe la prescripción el hecho de que se reclame alguna determinada prestación. Aquí no hay determinación alguna". (fol. 142, cdno. No. 1).

El Tribunal agotado el trámite procesal respectivo resolvió el recurso en fallo de 4 de marzo de 1969 y revocó la sentencia del inferior. En su lugar declaró probada la excepción de prescripción "para todos y cada uno de los derechos reclamados". Impuso a la parte demandante las costas de la primera y segunda instancia.

Salvó su voto el Magistrado doctor Julio A. Ruiz Paz.

Contra la resolución del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte actora y el Tribunal previo dictamen pericial lo concedió y admitido por la Corte pasa a decidirse teniendo en cuenta para ello los escritos de demanda y de oposición presentados en tiempo.

EL RECURSO

Se persigue con él la casación total de la sentencia de segunda instancia, de fecha 4 de marzo de 1969 y como consecuencia, que la Corte constituída en Tribunal de instancia obligue al Banco del Estado al pago de todos los valores a que fue condenado por el Juez *a quo.*

En busca de este resultado el recurrente formula un solo cargo, así:

"Acuso la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el art. 60 del Decr. Extraordinario 528/64 que modificó el art. 87 del Decr. Ley 2158/48; bajo el aspecto de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del art. 489 del C. S. T., a causa del equivocado concepto expresado por el H. Tribunal sobre el contenido jurídico de la disposición indicada como violada. Y como consecuencia de lo anterior por la interpretación errónea se dejaron de aplicar las siguientes normas del C.S.T. arts. 145, 249, 293, 186, 306, y 308 del precitado código".

En la demostración del cargo el recurrente afirma que la norma tal como fue interpretada por el Tribunal lleva a conclusiones distintas al sentido que realmente tiene, pues dicho artículo debe interpretarse "en el sentido de que cualquier reclamo escrito del trabajador produce los efectos de interrupción de la prescripción".

Agrega que la norma no dice, como pretende deducirlo el Tribunal, que es necesario hacer un pormenorizado escrito en el cual se reclamen derechos, porque si así fuera esto llevaría al absurdo de confundir un simple reclamo con la presentación de una verdadera demanda. Se extiende en otras consideraciones y dice que si el sentenciador encontró acreditado que los herederos de la señora González reclamaron prestaciones sociales, este reclamo debió ser entendido como si pidieran todas las que prevee el Código, con excepción de salarios e indemnizaciones, llenando por esto el requisito de su "determinación".

El opositor a su vez, critica el cargo ante todo por falta de técnica. Dice que no se acusó el fallo porque interpretara mal una disposición legal sino porque la prueba presentada que constituye "el simple reclamo escrito del trabajador" "interrumpe la prescripción". Agrega que, en consecuencia para el actor lo mal interpretado no es la ley "per se" independientemente de cuestiones de hecho, sino la prueba misma, que en concepto de aquel, debió ser

tenida en cuenta y no fue considerada como completa.

En seguida, y ya por el aspecto de fondo, el opositor hace resaltar, luego de indicar que la frase prestaciones sociales es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o solo parte de ellas, al tenor de lo dicho en jurisprudencia de la Sala, que el Tribunal no desconoció la norma, sino que la aplicó a un caso regulado por ella; que de existir algún error este sería de apreciación de la prueba muy distinta a la alegada "y que entraría no por la causal propuesta en casación" sino por infracción indirecta, ya que habría un "equivocado razonar del Juez quien habría dado por no establecido un hecho (determinación o especificación de las prestaciones) cuando habría plena prueba de tal determinación". Luego de otra serie de razonamientos finaliza la réplica diciendo que para interrumpir la prescripción "deben hacerse los reclamos de derechos laborales determinándolos precisamente, especificándolos y no vaga e indefinidamente".

Se considera

No es exacto como lo afirma el opositor que la recurrente planteara en vez de la interpretación errónea de ley sustancial, la de una prueba porque en realidad ella entre otras razones no se allegó al proceso. La impugnante, en la demostración del cargo, por equivocado entendimiento del art. 489 del C. S. T. que imputó al Tribunal de Popayán, hizo como remate de su acusación alusión a dos hechos que encontró demostrados el sentenciador, y que ella también acepta, pero para afirmar que cuando se reclaman prestaciones el reclamo debe entenderse que cobija a todas aquellas que consagra la ley laboral y por consiguiente en estos casos existe la "determinación" que exige el ya citado artículo.

Puede pues la Sala, entrar en el estudio del cargo.

El art. 489 del C.S.T. es del siguiente tenor:

"*Interrupción de la prescripción.* El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente".

La norma transcrita es clara y ya ha sido materia de decisión jurisprudencial tanto por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como por la Sala Laboral de la Corte.

La Sala en casación de 29 de septiembre de 1961, en juicio de Jacobo Chitis contra Lusgarten e Hijo, expresó:

"Según el art. 489 del C. S. T. el reclamo escrito del trabajador recibido por el patrono, '*acerca de un derecho debidamente determinado*' (subraya la Sala) interrumpe la prescripción la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente". Y agrega:

"Adolecen las cartas de marzo y abril de una falla fundamental, y es la de que no concretan ni especifican derecho alguno. Ambas hablan de 'prestaciones sociales', sin precisar cúales son las que estiman insolutas los reclamantes. Son varios los derechos que emanan del contrato laboral y como lo ordinario y corriente es que el patrono los satisfaga al expirar el vínculo, para el evento de que alguno quede sin cancelar o de que no hayan sido cubiertos en su totalidad, el canon legal exige que el reclamo escrito especifique las deudas pendientes. El mismo requisito debe cumplirse para el caso de que ninguna de las obligaciones haya sido cancelada. Los documentos no individualizan las prestaciones a que creían tener derecho los dos hermanos Chitis, ni las correspondientes a Jacobo Chitis, originadas del contrato de trabajo. Sin el cumplimiento de la formalidad prescrita en el citado art. 489, los reclamos de las referidas cartas no tuvieron el mérito de interrumpir la prescripción. Determinar los derechos objeto del reclamo, como lo manda el prementado art. 489, significa hacer su relación según la acepción gramatical del verbo, pues el vocablo expresa esta idea: 'fijar los términos de una cosa'. La frase 'prestaciones sociales' es indeterminada, pues se ignora si comprende todas las que establece la ley del trabajo o solo parte de ellas".

Siendo esta la interpretación correcta y lógica del art. 489 del C. S. T., mal puede hacérsele decir una cosa distinta como pretende la recurrente, es decir, que todo reclamo no determinado produce interrupción de la prescripción y que cuando se habla del concepto genérico de "prestaciones sociales", se están determinando los derechos del trabajador. Llegar a este extremo sería tanto como convenir en que se interrumpiría la prescripción de prestaciones o no debidas o solucionadas.

Establecida como queda la correcta interpretación del art. 489 del C. S. T., véase qué dijo el sentenciador respecto a la prescripción alegada.

Expresó el Tribunal:

"Planteada la excepción por el Banco y demostrados como están los hechos según los cuales desde la fecha del fallecimiento de la señora Mercedes González hasta la fecha de la presentación de la demanda, transcurrieron más de tres años, la demostración de que la prescripción se interrumpió correspondía necesariamente a la parte demandante, que es la que se beneficiará de esa interrupción de la prescripción.

"El Banco confiesa (contestación al hecho 4o. de la demanda) que sí hubo reclamación por parte de los herederos de la señora Mercedes González de los derechos y prestaciones sociales que pudieran corresponder a esta, reclamación que fue hecha con fecha 1o. de abril de 1965. Efectivamente, en el documento que obra a fls. 2 y 3 del expediente, el señor Gerente General del Banco transcribe a los reclamantes como respuesta a su nota el concepto de la sección jurídica del Banco en la cual se dice textualmente: 'En memorial dirigido a la Junta Directiva los señores Marco Arturo, Justiniano, María Nelly, Mercedes, Julia Inés y María del Rosario González, en su condición de hijos naturales de la señora Mercedes González, solicitan el reconocimiento y liquidación de las prestaciones sociales a que tuviera derecho su madre natural, fallecida en la ciudad de Santander el día 8 de marzo de 1965, y quien prestó sus servicios al Banco portando correspondencia entre sus oficinas de Popayán, Cali, Puerto Tejada y Santander'

"Con este documento y con la manifestación hecha por el Dr. Arboleda Z. en la audiencia de trámite de la segunda instancia de que sí hubo reclamación por parte de los herederos de la señora González, está confesando el banco el hecho de la reclamación, pero del mismo documento y de la manifestación hecha por el Dr. Arboleda Z. en la ameritada audiencia, se deduce claramente que el banco niega que la reclamación se haya hecho de una manera determinada, es decir, especificando los derechos y prestaciones sociales a que tenía derecho la señora Mercedes González, tal como lo determinan los arts. 489 del C. S. T. y 151 del C. P. del T.

"Esta confesión es indivisible y debe tomarse en su integridad, tal como ha sido hecha, es decir, aceptando por una parte que sí hubo reclamación de los herederos de la señora González pero manifestando por otra que dicha reclamación no se hizo en la forma determinada por la Ley y que por lo tanto no interrumpió la prescripción trienal.

"Es de anotar también que en la misma demanda, (hecho 4o.) se afirma que los demandantes dirigieron al Banco una comunicación 'solicitando el reconocimiento de los derechos sociales causados, por su madre natural', es decir, que de la misma manifestación hecha en la demanda se deduce que esos derechos y prestaciones fueron reclamados de una manera general sin determinación alguna. Esta confesión de la parte demandante debe tomarse en la forma como ha sido hecha.

"Podría pensarse que la simple reclamación en general de derechos sociales produce el efecto de interrumpir la prescripción, dados los fines que persiguen las leyes sociales de protección al trabajador, pero las disposiciones del C. S. T. y del C. P. del T. en sus arts. 489 y 151 respectivamente, tienen en realidad su razón de ser al prescribir que al hacer la reclamación por escrito deben determinarse debidamente las prestaciones o derechos que se reclaman; y esta razón no es otra que la multiplicidad de los derechos y prestaciones que emanan de las leyes sociales; que hay derechos y prestaciones que se causan dentro de la ejecución del contrato de trabajo, como pueden ser reajuste de salarios, primas de servicios, vacaciones, asistencia médica etc. y otros que se causan a la terminación del contrato como pueden ser el auxilio de cesantía, el seguro de vida, etc.; y que el punto de partida para contar la prescripción especialmente de los derechos y prestaciones que se causan dentro de la ejecución del contrato de trabajo, es también distinto".

El pasaje transcrito indica que el sentenciador no incurrió en la interpretación errónea que le imputó la recurrente y que antes bien, conformó su decisión a sus términos y al recto sentido que de él mismo ha dado la jurisprudencia de la Sala.

No prospera el cargo.

En mérito de 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.

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.

PRUEBAS

La razón de ser del auto para mejor proveer, conforme a los términos del art. 600 del C.J., que es la norma que lo autoriza, radica en la necesidad o conveniencia de aclarar puntos oscuros o dudosos y no en la ausencia absoluta de prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture).

(Aprobación: Acta No. 97).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de *"Técnica Colombiana S.A."* contra la sentencia de seis de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* en el juicio ordinario de trabajo adelantado por *Héctor Macías Ballén* contra aquella entidad, a fin de que se la condenara a pagarle las cantidades de $ 18.205.33 por concepto de salarios o comisiones insolutas; $ 11.461.00 por auxilio de cesantía; $ 1.858.55 por vacaciones; $ 1.635.40 por prima de servicio; $ 1.572.63 valor del saldo a su favor en cuenta corriente; $ 3.717.10 mensuales, desde el 1o. de diciembre de 1961 hasta cuando se paguen las anteriores sumas, como indemnización moratoria, y las costas del juicio en caso de oposición.

Según el libelo inicial, Macías prestó sus servicios a la demandada, mediante contrato escrito, desde el 3 de noviembre de 1958 hasta el 1o. de diciembre de 1961, fecha en la que le fue aceptada la renuncia. De acuerdo con la cláusula Cuarta del contrato devengó un sueldo fijo, que a partir del 1o. de julio de 1960 fue de $ 2.200.00 mensuales, más una comisión del 10% sobre la utilidad neta que obtuviera la empresa en los negocios de instalación de aire acondicionado y un 10% también sobre la utilidad neta que obtuviera en los diseños para esas instalaciones. Al terminar el contrato se le debía por concepto de comisiones la cantidad de $ 18.205.33, pero la empresa apenas le reconoció la de $ 5.542.89 y sobre esta base le liquidó las prestaciones en cuantía muy inferior a la que realmente le correspondía. Además, en dicha liquidación se hizo aparecer la suma de $ 1.577.63 como abonada en cuenta corriente, pretendiendo erróneamente que con esa imputación se ha hecho el pago en forma legal. La empresa ni siquiera ha pagado la totalidad de los valores que confiesa deber, sino que ha hecho consignaciones parciales que no corresponden a las liquidaciones equivocadas que ella misma elaboró.

La demandada se opuso a las pretensiones del actor negando unos hechos y aceptando otros, y alegó las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, carencia de causa, solución o pago, cobro indebido, abuso del derecho y prescripción.

Tramitada la controversia, el Juzgado del conocimiento, que lo fue el Séptimo Laboral del Trabajo de Bogotá, la desató, en sentencia de trece de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, así: declaró parcialmente probada la excepción de pago, hasta por la cantidad de $ 14.002.57, autorizando deducirla del monto de las condenas; declaró no probadas las restantes excepciones; y condenó a "Técnica Colombiana S.A." a pagar a Héctor Macías las cantidades de $ 16.385.23 por comisiones insolutas; $ 10.963.69 por auxilio de cesantía; $ 1.782.71 por vacaciones; $ 1.485.60 por prima de servicio, y el 70% de las costas.

Por apelación de los apoderados de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior de Bogotá, entidad que, por medio del fallo que es materia del recurso extraordinario, confirmó el del *a quo*, adicionándolo en el sentido de condenar también por el extremo de indemnización moratoria en cuantía de $ 14.261.72.

EL RECURSO

Persigue la casación total de la sentencia

acusada, y que la Corte, en sede de instancia, revoque la de primer grado y, en su lugar, absuelva a la demandada de todas las peticiones consignadas en el libelo primitivo.

Al efecto, con apoyo en la causal primera del art. 87 del C.P.L., formula el recurrente los dos cargos que se van a examinar conjuntamente con el escrito del opositor.

Primer cargo.- La sentencia viola indirectamente, por aplicación indebida, los arts. 127, 186, 189, 192, 249, 253, 306 y 65 del C.S.T., a consecuencia del evidente error de hecho en que incurrió el Tribunal al dar por demostradas las utilidades netas que pudo haber obtenido la empresa en los negocios de instalaciones de aire acondicionado y sus respectivas diseños, sin estarlas.

En su desarrollo, el impugnante comienza por advertir que el punto central de la controversia lo constituye la determinación de las comisiones que realmente pudo haber devengado el demandante, teniendo en cuenta lo pactado en la cláusula 4a. del Contrato. Explica luego que la comprobación de este punto fue el objeto de la inspección ocular practicada por el Juzgado, pero que con ella no se logró establecer cuáles fueron las utilidades netas obtenidas por la empresa y que habrían de servir de base para liquidar las comisiones. Sin embargo, el Juzgado condenó por tal concepto tomando como utilidades netas los asientos que aparecen bajo las denominaciones de "Vr. Contrato", "Vr. Comisión", "Vr. Liquidación obra", etc. El *ad quem* estimó que dichas utilidades no estaban plenamente acreditadas y por ello resolvió decretar, de oficio, una ampliación de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juzgado, pero ni ella ni el dictamen pericial produjeron el resultado deseado, como lo reconoció el propio fallador en el siguiente pasaje de la sentencia: "Con el fin de obtener mayor claridad sobre el único aspecto de la controversia, la Sala ordenó la práctica de una inspección ocular en asocio de perito para establecer el monto de las comisiones devengadas por el actor. Ninguna nueva luz arrojó la inspección ocular, ni el dictamen rendido dentro de ella. Se estableció el pago de sumas por concepto de contratos y la liquidación de algunas utilidades. Pero no se concretaron gastos para deducir las llamadas utilidades netas". Mas el Tribunal, —continúa expresando el recurrente— pasando por alto su propio concepto y los términos de la cláusula 4a. del contrato, decidió condenar al pago de salarios y prestaciones con base en la deducción de supuestas comisiones, conclusión a la que llegó contrariando la realidad de los hechos acreditados en el proceso.

Si el actor no logró probar las utilidades netas obtenidas por la empresa y que pudieran darle derecho a reclamar comisiones, quiere decir que el único soporte del fallo cae por su base y que este debe ser casado.

El opositor critica el cargo por falta de técnica, pues, a su juicio, lo que en él se señala como error de hecho es un verdadero error de derecho, puesto que aquel se hace derivar de una equivocada valoración de la prueba por parte del juzgador.

Se considera:

El error de derecho en la casación laboral, solo puede tener lugar, según las voces del art. 87 del Código de la materia, 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, en cuyo caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo. Como el cargo no se plantea sobre estas bases ni se alude en él a pruebas *ad sustantiam* actus, los reparos del opositor carecen de fundamento.

En relación con la cuestión de fondo planteada en la censura, la Sala observa que es cierto que el Tribunal decretó, por medio de auto para mejor proveer, una inspección ocular, con intervención de perito, con el fin de ampliar la que había sido practicada en la primera instancia. Mas el decreto de esa prueba no puede interpretarse —como lo hace el impugnador— en el sentido de que se estaba haciendo una descalificación a priori, total y absoluta, de la inspección practicada por el Juzgado por estimarse que ésta no comportaba suficientes elementos de juicio para fundamentar la decisión que desatara el litigio. La razón de ser del auto para mejor proveer, conforme a los términos del art. 600 del C.J., que es la norma que lo autoriza, radica en la necesidad o conveniencia de aclarar puntos oscuros o dudosos y no en la ausencia absoluta de prueba. Su decreto presupone, pues, la existencia de estas, aunque no tan claras y concluyentes como para que el juzgador pueda sentirse exento de dudas y libre de dificultades en la tarea de fallar el pleito con la mayor seguridad de acierto. Por manera que la circunstancia de que se profiera auto pa-

ra mejor proveer con el fin de obtener más claridad alrededor de un hecho discutido, no significa, en modo alguno, que el expediente carezca de elementos de convicción que conduzcan a tener como demostrado ese mismo hecho, sino, simplemente, que se ha querido buscar una fuente de certeza más sólida y segura que confirme su existencia o que la desvirtúe.

En el asunto cuestionado, la prueba decretada y practicada para mejor proveer no contribuyó al esclarecimiento del punto que el sentenciador había juzgado oscuro o dudoso, como él mismo lo expresa en el fallo, pues, de un lado, el dictamen pericial no pudo ser apreciado por no haberse acreditado el pago de los honorarios del perito; y de otra parte, si bien se comprobó la existencia de algunas utilidades, "no se concretaron gastos para deducir las llamadas utilidades netas".

Así las cosas, estimó el *ad quem* que el único medio probatorio que quedaba en el juicio para determinar el monto de las comisiones devengadas por el actor era la inspección ocular practicada por el Juez de primer grado, y como halló atendibles las comprobaciones y deducciones hechas por el *a quo*, las ratificó.

Es esta prueba, por tanto, la que sirve de soporte a la decisión impugnada, y ya se vio que la circunstancia de que se hubiese dictado auto para mejor proveer no le resta eficacia ni es obstáculo para que el juzgador apoye en ella su fallo si, en últimas, y a falta de otras probanzas, la encuentra con fuerza suficiente para la demostración de determinados hechos.

Es evidente que en el contrato se estipuló que las comisiones podrían ser hasta de un diez por ciento (10%) y que se liquidarían sobre las utilidades netas obtenidas por la empresa en el ramo de diseños e instalaciones de aire acondicionado. Mediante el examen realizado en la primera instancia de los Libros Auxiliar de Cuentas Corrientes y Auxiliar de Obras en Proceso se comprobaron los asientos de varias cantidades por concepto de "Vr. del contrato, Vr. liquidación de la obra y Vr. comisión". De allí dedujo el Tribunal, en completa armonía con el Juzgado, que, "de acuerdo con el porcentaje pactado y con el valor de las utilidades de los contratos, el demandante devengó por comisiones un total de $ 16.385.23 y un promedio mensual de $ 1.365.43". Aunque no explicó de dónde obtuvo ese valor, la Sala ha logrado establecer que proviene de la aplicación del porcentaje del 10% a la suma que aparece bajo la denominación "Vr. liquidación de la obra". Es decir, que resolvió tomar esta cantidad como equivalente a las utilidades netas y el máximo de la tarifa pactada en el contrato para determinar el monto de las comisiones. En la misma diligencia, el Contador de la empresa hizo constar que "el valor que aparece como valor liquidación de la obra corresponde a la utilidad bruta obtenida por la empresa en los diversos Contratos de Aire Acondicionado, pues de tal valor no se han descontado gastos generales del Departamento de Aire Acondicionado, ningún porcentaje de gastos de Administración de la Compañía y comisiones a las distintas filiales". Mas esta afirmación no fue demostrada y ni siquiera se intentó facilitar la labor del Juzgado mediante el suministro del valor de tales gastos para que, haciendo las deducciones pertinentes, pudiera cumplirse a cabalidad el objeto de la diligencia. Aparece, por el contrario, que la demandada consideró esas cifras como utilidades netas, pues sobre ellas liquidó comisiones al actor. Luego, nada de censurable tiene que el Juzgador las hubiese tomado también con ese carácter.

De otra parte, frente a los términos de la Cláusula 4a. del contrato, que recoge la estipulación sobre comisiones, en forma vaga e imprecisa, expresándose simplemente que el porcentaje sería hasta del diez por ciento(10%), pero sin graduarlo ni especificar en qué casos se aplicaría una tarifa menor, ni cuál sería ésta, ningún error puede imputarse al sentenciador si, en ausencia de otros elementos de juicio, decidió liquidar las comisiones con aplicación del máximo porcentaje previsto y conocido. Además, si el asunto ofrecía duda, su deber era resolverla del modo más favorable para el trabajador, conforme a uno de los postulados o principios directrices que gobiernan al Derecho del Trabajo.

De lo expresado se infiere que el impugnador no demuestra el error de hecho que atribuye al fallo, al menos con la calidad de evidente u ostensible que se requiere para la viabilidad del recurso. A lo sumo, logra plantear una situación de hecho dudosa, ante la cual, según lo ha reconocido reiteradamente la Sala, el juzgador de instancia goza de completa libertad para decidirse por el extremo que considere mejor acreditado en el proceso.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Segundo cargo.- Violación indirecta, por aplicación indebida, del art. 65 del C. S. T., a consecuencia del evidente error de hecho de no haber dado por demostrado, estándolo, que la

demandada consignó oportunamente lo que creyó deber, error proveniente de la equivocada apreciación que hizo el fallador de las liquidaciones de prestaciones y salarios y de las diligencias de consignación.

Como no hubo acuerdo acerca del monto de la deuda y el trabajador se negó a recibir —arguye el acusador para sustentar el ataque— la empresa consignó ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, la suma de $ 10.201.99 que consideró deberle. Posteriormente, y en vista del desacuerdo que existía con el actor, realizó una nueva liquidación y como encontró un saldo de $ 3.800.58 a favor de éste procedió a consignárselo. Como entre la primera y la segunda consignación transcurrió un lapso de varios días, el Tribunal resolvió condenar a la suma de $ 14.261.72 por concepto de indemnización moratoria, con lo cual incurrió en flagrante error de hecho, porque la empresa solo estaba obligada a consignar lo que creía deber y porque no hay mala fe cuando se consigna más dinero en favor del trabajador al darse cuenta de que podía ser mayor el monto de su acreencia.

Se estudia el cargo

Las afirmaciones del impugnador son exactas. La empresa hizo por primera vez —el 23 de enero de 1962— una consignación a favor del trabajador por el valor de $ 10.201.99; y luego otra —el 31 de marzo del mismo año— por la suma de $ 3.800.58. El Tribunal estimó que había existido mora hasta esta última fecha y produjo la condenación correspondiente.

De conformidad con el art. 65 del C. S. T., inc. 2o., cuando no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo, o ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber. Para que la consignación tenga efecto liberatorio, según lo ha precisado la jurisprudencia al fijar el alcance de la norma, debe hacerse en cantidad razonable y que guarde proporción con lo que efectivamente se adeuda al trabajador; y no se le reconoce este mismo efecto cuanto resulta arbitraria e irrisoria.

En concepto de la Sala, la suma consignada por la empresa en el mes de enero de 1962 encuadra dentro de la primera categoría y no ve la razón para que el *ad quem* la hubiera considerado írrita cuando al mismo tiempo estimó suficiente la que la aumentó en unos pesos más. De otro lado, la circunstancia de que la demandada hubiese procedido a hacer una nueva consignación al darse cuenta de que podía ser mayor su deuda con el trabajador, no puede servir de base para imputarle mala fe, como lo observa el casacionista, sino todo lo contrario.

Hizo, por lo tanto, el Tribunal una errada apreciación de las pruebas relativas a la primera consignación y a consecuencia de ello incurrió en el ostensible error de hecho de deducir mora a la empresa hasta el 31 de marzo de 1962. El cargo, por consiguiente, prospera.

Mas su prosperidad será apenas parcial, pues la mora durante el tiempo transcurrido entre el 1o. de diciembre de 1961 —fecha de la terminación del contrato— y el 23 de enero de 1962 —día en que se consignó la suma de $ 10.201.99— no aparece justificada. Sobre esta base se hará la correspondiente modificación en el fallo de instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia materia del recurso, en cuanto condenó a la demandada a pagar la cantidad de *catorce mil doscientos sesenta y un pesos con setenta y dos centavos* ($ 14.261.72) por concepto de indemnización moratoria, y, como Tribunal de instancia, revoca la de primer grado en cuanto absolvió por este mismo extremo, y, en su lugar, CONDENA a la sociedad *"Técnica Colombiana S.A."* a pagar a *Héctor Macías Ballén la suma de seis mil ciento ochenta pesos con nueve centavos* ($ 6.180.09) por el expresado concepto de indemnización moratoria. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, secretario.

AUXILIO DE CESANTIA

Según el art. 249 del C. S. del T., todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

Corte Suprema de Justicia. —Sala de Casación Laboral. —Sección Primera. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Aprobación: Acta No. 94).

Jorge Mesa, mayor y vecino de Bogotá, demandó por medio de apoderado a *Benjamín Prado,* también mayor y vecino de esta ciudad, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo se le condene a pagarle auxilio de cesantía, prima de servicios, lucro cesante e indemnización moratoria, además, de las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda Jorge Mesa S. trabajó al servicio de Benjamín Prado desde el 21 de julio de 1962 hasta el 10 de diciembre del mismo año, devengando un salario promedio mensual de $ 900.00; el demandado prescindió de los servicios del demandante sin previo aviso ni causa legal justificativa y al terminar el contrato, ni posteriormente, le canceló las prestaciones sociales.

Como fundamentos de derecho invocó los arts. 22, 23, 24, 47, 64, 65, 66, 249 y 306 del C. S. del T., art. 2o. del Decr. 243 de 1951 y las normas procesales pertinentes.

Al contestar la demanda el apoderado de Benjamín Prado negó los hechos y se opuso a las peticiones con fundamento en que el demandante confeccionó esporádicamente, durante algunos meses, varios artículos referentes al renglón de joyería para el demandado, sin que recibiera de este órdenes técnicas ni de ninguna otra naturaleza, y sin que estuviese facultado Prado para exigirle el cumplimiento de órdenes, y en que el taller de su propiedad no tenía el carácter de empresa, por tratarse de una industria artesanal en donde se ocupaban menos de cinco trabajadores. En la primera audiencia de trámite el demandante propuso la excepción de inexistencia de las obligaciones con base en los hechos anteriores, y por no ser cierto que Mesa hubiera sido despedido.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Cuarto Laboral de Bogotá, dictó sentencia por medio de la cual absolvió a Benjamín Prado Rivera de todos y cada uno de los cargos que le fueron formulados, y condenó en costas a la parte demandante, quien apeló. *El Tribunal Superior de Bogotá,* Sala Laboral, confirmó el fallo de primer grado al decidir la alzada, y no hizo condena en costas de la instancia.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado del demandante, fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala. Cumplidos los trámites de rigor, se decidirá previo el estudio de la respectiva demanda presentada oportunamente.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende la casación total de la sentencia acusada, y que en función de instancia esta Corporación revoque la de primer grado y en su lugar condene al demandado a pagar al demandante los valores o sumas pedidas por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios e indemnización moratoria, lo mismo que las costas del juicio.

Con fundamento en la causal primera formula el siguiente:

CARGO UNICO

Acuso la sentencia impugnada de ser violatoria indirectamente de los arts. 22, 23, 24, 65, 249, 253 y 306 del C. S. del T., que dejaron de aplicarse debiendo hacerlo, en concordancia con el art. 251 lit. c) del mismo Estatuto, que se aplicó indebidamente. La violación se produjo a conse-

cuencia de error evidente de hecho por errónea o mala apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras que más adelante singularizaré. El error evidente de hecho consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que el demandado mientras el demandante estuvo a su servicio era un simple artesano y que el establecimiento donde este último trabajó era un taller artesanal. Como consecuencia de este error, no obstante que admite el Tribunal que entre las partes existió un típico contrato de trabajo, absolvió por concepto de auxilio de cesantía, prima de servicios y salarios caídos, fundándose en que como trabajador de un taller artesanal no tenía derecho a cesantía, ni a prima de servicios por no haber laborado a una empresa, ni a la indemnización moratoria por no tener derecho a esas dos prestaciones sociales ya nombradas. Las pruebas erróneamente apreciadas son las siguientes: 1) El acta de intento conciliatorio efectuado ante autoridad administrativa del trabajo (fl. 22); 2) El acta de diligencia de inspección ocular o reconocimiento judicial (fls. 34 y 35); 3) Los testimonios de Ligia Arango Hermosa y Fausto Avila (fls. 36 a 38 y 42 a 43); y, 4) Las declaraciones de renta del demandado visibles a fls. 30 a 33 del expediente. Las pruebas dejadas de apreciar son la absolución de posiciones del demandado (respuesta a las preguntas 9a. y 10a.) y la documental de fls. 11 y 12 que se acompañó a la contestación de la demanda".

Para el impugnador el acta de intento conciliatorio efectuado entre las partes ante autoridad administrativa del trabajo, no demuestra que el demandado sea un artesano, ni que el establecimiento donde trabajó el demandante sea un simple taller artesanal, ni se deducen estos hechos de la inspección ocular que se hizo en una fecha posterior a la terminación del contrato y en un establecimiento distinto a aquel en donde se prestó el servicio. Los testimonios de Ligia Arango Hermosa y Fausto Avila tampoco demuestran, a juicio del recurrente, que el demandado hubiese sido un artesano, pues apenas prueban que en el establecimiento de su propiedad trabajaron menos de cinco personas ajenas a su familia. Acusa, además, el testimonio de la primera como parcializado, pues aparece en la declaración de renta de Prado como cónyuge del demandado, documento que también fue mal apreciado, pues la circunstancia de que en ella se hubiese declarado un capital pequeño no puede llevar a concluir necesariamente que el demandado es un artesano y su establecimiento un taller artesanal. Por el contrario, de ella se deduce que era un comisionista, cuya principal fuente de ingreso son las comisiones; además se trata de una declaración extemporánea, hecha con posterioridad a la iniciación del juicio.

Cuanto a las pruebas que estima no apreciadas, o sea las posiciones absueltas por el demandado, lo mismo que la declaración de renta que obra a fls. 11 y 12, demuestran que el establecimiento donde trabajó el demandante Jorge Mesa estaba dedicado a taller de joyería y venta de joyas, y que el demandado era un comerciante, cuya principal fuente de ingreso fueron las comisiones.

Se refiere luego el recurrente a los requisitos que exige el art. 251 del C. S. del T. para que el patrono quede exonerado de la obligación de pagar el auxilio de cesantía, y a la incidencia del error de hecho en la violación de las normas sustanciales que enumera en la formulación del cargo.

SE CONSIDERA:

Para llegar a la conclusión de que el establecimiento del demandado Benjamín Prado en donde prestó sus servicios el demandante era un taller artesanal, dijo el ad quem: "...Desde el momento de la diligencia de conciliación el demandado expuso que el trabajador había elaborado en su taller, un pequeño taller en donde él y menos de cinco obreros trabajaban en estrecha situación económica y su dicho se ve corroborado no sólo por la realidad que se deduce de la inspección ocular (fls.34 y 35) sino por los testimonios de Ligia Arango Hermosa y Fausto Avila (fls. 42 y 43), mas a ello se agrega la concordancia con la declaración de renta que acusa un patrimonio inferior a diez mil pesos (fls. 32 y 33). El juzgador de primer grado, además, hace amplias consideraciones para sostener que se trata de un taller artesanal, conclusión que está diáfanamente respaldada por las pruebas".

Como puede observarse, el fallador de segunda instancia no hace un verdadero análisis de las pruebas que lo llevaron a formar su convicción, y se refiere a las consideraciones del a quo que estima respaldada por las pruebas, consideraciones que tampoco analiza.

En el acta de conciliación surtida ante la Oficina Regional de Cundinamarca, el apoderado de Benjamín Prado manifestó que la Industria de su poderdante era artesanal. Esta afirmación no prueba en favor de quien la hizo, pues se trata de un hecho que lo favorece y que con-

figura una excepción cuya demostración corresponde, por elemental regla probatoria, a quien la propone.

En la inspección ocular practicada en un establecimiento distinto a aquel en que prestó sus servicios el demandante, el Juzgado constató lo siguiente: "El local se encuentra dividido en 2 piezas, la primera de ellas dedicada a oficina y tres vitrinas dedicadas a la exhibición de prendas de joyería; la segunda de ellas está dedicada a un taller compuesto por 5 mesas, un laminador, una pulidora, un equipo de acetileno, un motor taladro, tres sopletes, tres lámparas, un banco o burro de madera. Además, se encontraron tres personas trabajando, según el dicho de los mismos, dos en forma independiente y uno a sueldo o empleado del señor Benjamín Prado". Aún en el supuesto de que los elementos de trabajo y la organización del taller fuesen los mismos de aquel en que trabajó Jorge Mesa, su existencia no demuestra que el demandado fuese un artesano que trabajaba personalmente en su establecimiento, pues nada se constató sobre este hecho, que es esencial para que el patrono se encuentre exonerado de pagar el auxilio de cesantía, al tenor del art. 251 del CST.. Lo reducido del taller y el número de trabajadores inferior a cinco, por sí sólos no originan la excepción, sino que se requiere, además, la actividad personal del dueño del taller, quien debe laborar con los demás trabajadores en una o varias de las etapas de la producción.

La testigo Ligia Arango Hermosa se refiere a la forma como Mesa prestaba sus servicios a Prado, sin horario fijo, con interrupción a veces de varias semanas, y con pago semanal de las obras que elaboraba. Nada dice esta testigo sobre el trabajo del demandado Prado en el taller, quien según sus afirmaciones, se limitaba a entregar la materia prima a Mesa para que este elaborara las joyas.

El testigo Fausto Avila se refiere al taller en que prestó servicios el demandante y dice que era distinto al actual; que tiene un taladro, un soplete y más mesas de las que existían en el otro. Luego habla de la modalidad en que el testigo, trabajó en el taller de Prado en forma independiente. Este declarante no fue compañero de labores del demandante Mesa, pues ingresó al taller con posterioridad al retiro de aquel. Tampoco habla del trabajo personal de Prado en el taller.

Por último, en las declaraciones de renta de los años de 1962 y 1961, fls. 30 a 33, no hay ninguna manifestación del demandado Prado que indique que se trata de un artesano, pues aun cuando denuncia un patrimonio de poco valor, de $7.008.00 en la de 1961, y de $10.688.00 en la de 1962, tal hecho no es demostrativo de que Prado se ocupaba personalmente en las labores de su taller. Por el contrario, en dichas declaraciones el demandado afirma que es comisionista y que las comisiones representaron el mayor volumen de sus ingresos, manifestación, esta sí, que señala una actividad distinta a la de simple artesano.

En cuanto a las pruebas señaladas por el impugnador como no apreciadas, ellas acreditan, igual que las declaraciones de renta ya analizadas, que Prado se dedicaba a actividades comerciales, como expresamente lo dice en su declaración de renta de 1960, agregando también que la principal fuente de sus ingresos eran las comisiones. Al absolver posiciones, respuestas a la novena y décima, confiesa que era un comerciante. Si el demandado era un comisionista, un intermediario en gestiones comerciales, y la única fuente de sus entradas como renta de trabajo eran las comisiones, hay que concluir que sus ingresos no provenían de una actividad personal en el taller de su propiedad.

No habiéndose demostrado que Prado trabajaba personalmente en el taller de su propiedad, incurrió el Tribunal en un error de hecho al considerarlo como un artesano que desarrollaba su actividad personal en los términos del art. 251 del C.S. del T., incurriendo en la violación de esta norma, y consecuencialmente en la de aquellas consagratorias de derechos señalados por el impugnador. En consecuencia, prospera el cargo, y la sentencia recurrida se casará, para sustituirla por la decisión que resulte de las siguientes consideraciones de instancia.

En la diligencia de conciliación celebrada ante un Inspector de la Oficina Regional de Cundinamarca, el trabajador manifestó: "Entré a trabajar al servicio del patrono mencionado desde el día 21 de julio de 1960, hasta el 10 de diciembre del corriente año. Ganaba $900.00 mensuales como promedio". El representante del patrono, doctor Rafael Ortiz Colmenares, expuso: "Mi poderdante está de acuerdo con las fechas de entrada, salida, y salario devengado por el trabajador, pero no es cierto que se le hubiese despedido. El se retiró voluntariamente". El acta que se levantó con motivo de esta diligencia, y que aparece al fl 22, fue firmada por el demandado, quien al absolver posiciones confesó que ante el Inspector de Trabajo suministró informes laborales relacionados con el trabajador Jor-

ge Mesa (posición tercera), y que esos informes laborales fueron los mismos que expuso como su vocero el doctor Rafael Ortiz Colmenares (fls. 23 y 24).

A juicio de la Sala, la confesión del demandado acredita la relación de trabajo, el tiempo de servicio y el salario devengado; y aun cuando en la contestación de la demanda y en las mismas posiciones alega hechos contrarios a la existencia del contrato de trabajo, ellos no fueron demostrados y en consecuencia no desvirtúan la presunción del art. 24 del C. S. del T.

Sobre la base de los elementos del contrato que se han encontrado demostrados, tiempo de servicios y salario devengado, se estudiarán las peticiones de la demanda cuyo reconocimiento pretende el alcance de la impugnación en este recurso.

Auxilio de cesantía.- Habiendo prestado servicios el demandante entre el 21 de julio de 1962 y el 10 de diciembre del mismo año, tiene derecho, a razón de un sueldo promedio de $ 900.00, a la cantidad de trescientos setenta y cinco pesos ($ 375.00) por concepto de auxilio de cesantía.

Prima de servicios.- El trabajador prestó sus servicios durante cinco meses en el segundo semestre de 1962. Como no hay constancia de que hubiese sido despedido con justa causa, tiene derecho a la prima proporcional a que se refiere el literal b) del art. 306 del C. S. del T., por tener el demandado un capital inferior a $ 200.000.00, según costa en la declaración de renta de 1961, fls. 32 y 23. Haciendo las operaciones aritméticas necesarias, y con base en un sueldo promedio de $900.00, se obtiene la suma de ciento ochenta y siete pesos con 50/100 ($ 187.50) por este concepto.

Indemnización moratoria.- Desde antes de iniciarse el juicio el demandado alegó estar exonerado del pago de las prestaciones que se le reclamaban, por tratarse de un artesano que no constituía empresa, posición sostenida durante el curso del juicio, en el cual alegó también la inexistencia del contrato de trabajo. Como las razones expuestas son atendibles y las pruebas, si bien no demostraron la existencia de las excepciones propuestas, son ellas suficientes para acreditar que el demandado no obraba de mala fe al pensar que no estaba obligado al pago de las prestaciones solicitadas, se le absolverá de la indemnización por mora a que se refiere el art. 65 del C.S. del T.

Las costas del juicio se harán de cargo del demandado en un cincuenta por ciento (50%), por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda inicial. No se hará condena por las costas del recurso extraordinario, por haber prosperado parcialmente.

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 de Bogotá, en cuanto confirmó la sentencia de primer grado en relación con la absolución al demandado por auxilio de cesantía y primas de servicio, y la condena en costas al demandante, y en función de instancia REVOCA la absolución del fallo de primer grado y la condena por los mismos conceptos, y en su lugar condena a Benjamín Prado a pagar a Jorge Mesa la suma de trescientos setenta y cinco pesos ($ 375.00) por auxilio de cesantía; ciento ochenta y siete pesos con 50/100 ($187.50) por prima de servicios, y las costas del juicio en un cincuenta por ciento (50%). No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

DECISION DEL RECURSO

Según dispone el art. 99 del C. P. del T., si la Corte hallare justificada alguna de las dos primeras causales mencionadas en el artículo anterior, decidirá sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. En este caso, infirmado el fallo, puede la Corte dictar auto para mejor proveer.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre once de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 97).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por ambas partes contra la sentencia en que el *Tribunal Superior de Cali* puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por *Simón Ramírez contra la sociedad denominada "J. Gómez & Cía Ltda."*, representada por su gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad "J. Gómez & Cía Ltda.", representada por su gerente, a pagar a Simón Ramírez Ramírez auxilio de cesantía por el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, vacaciones de cinco años, subsidios familiar y de transporte desde que estas prestaciones fueron creadas, viáticos por transporte y alojamiento, salarios caídos, indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo y la suma que resulte probada por concepto del daño emergente del lucro cesante y las costas del juicio incluyendo las agencias en derecho.

Se afirmó allí mismo, para fundar estas pretensiones, que el demandante trabajó al servicio de J. Gómez L. & Cía., con un sueldo básico de $ 400.00 y comisiones, del 20 de enero de 1950 al 31 de diciembre de 1954, fecha esta en que se le liquidaron y pagaron sus prestaciones y salarios en forma legal. El 1o. de enero de 1955 sucedió a esta sociedad la demandada, nueva empresa que desde entonces mantuvo a su servicio al actor, mediante contrato verbal de trabajo, en las mismas condiciones de salarios, comisiones y prestaciones de la firma comercial anterior, hasta el 27 de febrero de 1961, fecha en que J. Gómez & Cía. Ltda. lo retiró, "rompiendo unilateral e ilegalmente el contrato de trabajo que por ser presuntivo tenía vigencia hasta el 1o. de julio de 1961". El demandante recibió de la demandada "el pago de su cesantía parcial y de todas sus prestaciones hasta el día 20 de febrero de 1956 sin que se hubiera interrumpido la relación contractual". J. Gómez & Cía. Ltda. al romper el contrato de trabajo no le canceló a Ramírez Ramírez, ni le ha cancelado aún, el auxilio de cesantía por el tiempo trabajado desde el 20 de febrero de 1956 hasta el 27 de febrero de 1961, ni los valores correspondientes a las vacaciones durante cinco años, ni los subsidios familiar y de transporte, ni las primas de servicios por el mismo lapso. Durante todo el tiempo de la relación laboral, el actor le sirvió a la demandada, bajo su continuada dependencia, como agente viajero en los Departamentos del Valle del Cauca, Cauca, Nariño y Chocó, con una remuneración que a partir del 20 de febrero de 1956 se convirtió en porcentaje, al suprimir en dicha fecha el sueldo básico de $ 400.00 y elevar en cambio la comisión del 1% al 3% en unos artículos y al 4½% en otros, zonas de trabajo aquellas que la sociedad variaba según su parecer. La demandada no ha cancelado la indemnización por la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, por lo que debe ser condenada al pago de salarios caídos. Y J. Gómez & Cía Ltda. en las comunicaciones y certificación que se acompañan, reconoce el carácter de agente viajero de tal sociedad en el demandante.

En la contestación de esta demanda se admitió que el actor tuvo contrato de trabajo con J. Gómez L. & Cía. y después con la demandada, pero hasta el 20 de febrero de 1956, fecha esta desde la cual no ha sido su empleado "en virtud de expresa disposición legal y de expre-

so acuerdo entre las partes como lo demostraré en el curso del juicio". Se negaron los demás hechos y se alegó el pago de los salarios y prestaciones correspondientes a la época en que existió contrato de trabajo, y se propusieron, finalmente, las exepciones de carencia de acción o derecho para demandar, inexistencia de la obligación, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y la innominada.

Concluído el debate probatorio, el señor Juez Segundo del Trabajo de Cali, que fue el del conocimiento, desató la controversia en sentencia de 10 de julio de 1962, condenando a la sociedad demandada a pagar al demandante, tres días después de ejecutoriada esa providencia, la cantidad de doce mil dieciseis pesos con cuarenta y seis centavos ($ 12.016.46) por concepto de cesantía en el lapso del 26 de febrero de 1956 al 27 de febrero de 1961, de vacaciones y primas de tres años y por saldo de comisiones por cobrar, lo mismo que las costas del juicio.

En virtud de apelación de ambas partes, el Tribunal Superior de Cali, por intermedio de su Sala Laboral, revisó esta sentencia, una vez surtido el trámite de rigor, en fallo de 6 de julio de 1963, en el que reformó el apelado "en el sentido de que la condena por los conceptos de cesantía, vacaciones y prima de servicios es en total de *cuatro mil doscientos diecisiete con noventa y ocho centavos,* en vez de *doce mil dieciseis con cuarenta y seis centavos,* conforme a lo liquidado en la motivación, y que las costas de la primera instancia a cargo de la firma demandada son parciales, en proporción al acogimiento de la demanda. Absuélvese por todo lo demás. Sin costas en esta instancia".

Contra esta decisión demandante y demandada interpusieron el recurso de casación, que les concedió el ad quem y admitió y tramitó esta Sala de la Corte y los cuales se pasa a resolver.

EL RECURSO DEL DEMANDANTE

Se propone el actor con su recurso la casación del fallo acusado y que como consecuencia, obrando la Corte como tribunal de instancia, "confirme la sentencia proferida el 10 de julio de 1962 por el Juez Segundo del Trabajo de Cali, adicionándola en el sentido de condenar además a la entidad demandada al pago del tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo y al reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago de prestaciones sociales".

En orden a este fin formula y sustenta un solo cargo, con invocación de la causal primera de casación laboral, en el que acusa el fallo de segundo grado de haber violado "indirectamente la ley sustantiva nacional. En efecto, incurrió el H. Tribunal de Cali en evidentes errores de hecho por falta de apreciación y por apreciación errónea de determinadas pruebas del proceso, lo que determinó la violación, por falta de aplicación de los arts. 27, 64, 65, 98, 186, 189, 249, 253 y 306 del C. S. T.".

Los errores que le imputa al ad quem son los de haber dado por establecido que el demandante solo fue trabajador de la sociedad demandada entre el 21 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959, siendo así que consta en autos lo fue entre la primera de las fechas señaladas y el 27 de febrero de 1961; haber tomado como base para liquidar las prestaciones sociales la suma de $ 967.18, que figura en el informe rendido por el perito Sánchez, cuando de lo devengado por el trabajador en todo el tiempo de servicio se deduce que el promedio mensual es de $ 1.256.28; no haber acogido la condena de la sentencia de primer grado por concepto de comisiones por cobrar, alegando que es un pronunciamiento extra petita fuera de las previsiones legales, por fundarse en un hecho no discutido en las instancias, siendo así que sí se lo planteó dentro del juicio; no haber dado por demostrado, estándolo, que hubo ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo que vinculó a las partes, por la sociedad demandada; y no dar por comprobada, estándola, la mala fe patronal por el no pago de lo debido al actor.

En la demostración del primer error se observa cómo el sentenciador admite, sin reserva alguna, que entre Simón Ramírez y J. Gómez & Cía Ltda. se ejecutó un contrato de trabajo entre el 21 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959, "Deducción que lógicamente, como no hay otras pruebas, obtiene del análisis de los testimonios de Antonio María Pastrana y José Gregorio Salazar, del dictamen del perito y, a contrario sensu, de la desestimación que como contratos civiles excluyentes de obligaciones laborales para el patrono, hace de los documentos que obran a fls. 20 y 26 a 27". Pero al mismo tiempo incurre en la equivocación evidente de no deducir idéntica relación jurídica en el lapso del citado 1o. de enero de 1959 al 27 de febrero de 1961, a causa del acogi-

miento parcial de dichos testimonios y dictamen pericial y a la errónea apreciación de la certificación del fl. 36 v., expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, pues los citados testigos en forma acorde y conteste afirman que Ramírez era trabajador de la entidad demandada, como lo eran ellos, bajo la continuada subordinación y dependencia de esta y mediante una remuneración, durante todo el tiempo en que fue su agente viajero, y que tenía una industria denominada Confecciones Mónaco, pero que en ese lapso de su vinculación con la sociedad, tal industria era atendida por su esposa, por lo que ello no obstó para la prestación de su servicio personal en las condiciones ya indicadas; el perito señor Sánchez, en su dictamen de fls. 61 a 63 "deja ver también claramente cómo a Simón Ramírez le fueron pagadas comisiones hasta el 27 de febrero de 1961 y cómo el volumen de sus ventas era más o menos igual" al de los demás vendedores, lo cual supone necesariamente que Ramírez, pese a ser propietario de una industria, no dejó de ser trabajador de J. Gómez & Cía. Ltda. en los términos en que desde el 21 de febrero de 1956 empezó a servirle"; y el certificado de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali de lo que informa es de haberse inscrito en la fecha a que alude la industria denominada Confecciones Mónaco, pero no que desde allí tuviera el demandante la calidad de propietario de la misma, pues desde antes de que tal inscripción hiciera ya era dueño de ella, como se ha visto.

Por lo demás, a este error también llegó el Tribunal por no haber apreciado, pues por ninguna parte los menciona, los documentos de los fls. 5, 6 y 7, que tienen pleno valor probatorio por haber obrado desde un principio en el juicio y no haber sido tachados de falsos, en los que la entidad demandada reconoce el carácter de trabajador a su servicio, del demandante.

Así las cosas, —sigue diciendo el recurrente acerca de este primer error— debe concluirse que el H. Tribunal violó, por falta de aplicación, el art. 98 del C. S. T. por no reconocer la ejecución de un contrato de trabajo entre Simón Ramírez y J. Gómez & Cía. Ltda., entre el 21 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, a pesar de que durante todo este tiempo el primero de los nombrados ejerció su profesión de Agente Viajero, personalmente al servicio de la entidad demandada, bajo su continuada dependencia y mediante remuneración, mas sin constituir por sí solo una empresa comercial. Consecuencia además de los errores de hecho a que se ha hecho mención, fue la violación, por falta de aplicación, de los arts. 186, 249 y 306 del C. S. T. en cuanto consagran el derecho a vacaciones, cesantía y prima de servicios: No reconociendo contrato de trabajo por el tiempo comprendido entre el 1o. de enero de 1959 y el 27 de febrero de 1961, omitió el H. Tribunal de Cali el cálculo de estas prestaciones, en proporción a ese mismo tiempo".

En el segundo error se asevera incurrió el ad quem, porque los $ 967.18, mencionados tanto en el documento del fl. 19 como en el experticio del señor Sánchez, que se tuvieron en cuenta para liquidar las prestaciones, corresponden al promedio de lo devengado por el actor entre el 20 de febrero de 1955 y el 20 de febrero de 1956 y no al de lo percibido por el trabajador desde la fecha aludida últimamente, que también se anota en el dictamen. Consecuencia de la equivocada apreciación de este que determinó el error en comento, "es la violación de los arts. 189, 253 y 306 del C. S. del T., por falta de aplicación, en cuanto no se reconocieron al extrabajador las vacaciones, la cesantía y la prima de servicios en la proporción ordenada en las referidas disposiciones, sino que le fueron liquidadas por el H. Tribunal con base en un salario inferior al efectivamente devengado".

El tercer error es asimismo evidente, porque el "hecho de las sumas debidas por comisiones, sí fue objeto de planteamiento dentro del juicio, como puede observarse con la mayor facilidad a fls. 59 v. cuando el apoderado del actor, con la venia del Juez, pide al perito establecer 'si existe o no una deuda de J. Gómez & Cía. Ltda. a favor del señor Simón Ramírez por concepto de comisiones pendientes', punto que el experto contestó afirmativamente, agregando que su monto asciende a $ 81.61. "Consecuencia de este evidente error de hecho derivado de errada y descuidada apreciación de varias piezas del proceso (el acta de la diligencia de inspección ocular y el informe del perito), incurrió el H. Tribunal en la violación del art. 27 del C. S. T., por falta de aplicación, en cuanto prescribe que todo trabajo dependiente debe ser remunerado y puesto que pagar las "comisiones pendientes" no era otra cosa que remunerarle su trabajo a Simón Ramírez".

En el cuarto error incurrió el Tribunal, porque al considerar que carecen de eficacia legal y probatoria los documentos de los fls. 20 y 26

a 27 y que el contrato que se empezó a ejecutar el 21 de febrero de 1956 es de carácter laboral, implícitamente admitió que este se rige por las normas generales del C. S. T., y entonces no podía terminar sino por las causas legítimas allí prescritas, alegadas por el patrono al momento de tomar esa determinación, o por ruptura unilateral e ilegal del empleador. Y precisamente esto último fue lo que ocurrió, como lo revela el acta levantada por el Inspector del Trabajo que obra al fl. 14 del expediente, que no tuvo en cuenta el ad quem, donde aparece dando la empresa demandada como razones para la prescidencia de los servicios del demandante causales que ni siquiera estableció dentro del juicio. Como consecuencia de este error violó el sentenciador, por falta de aplicación, el art. 64 del C. S. T., "en cuanto prescribe la indemnización por despido ilegal, consistente en el pago del tiempo que faltare para el vencimiento del plazo presuntivo".

Al quinto error se ha llegado, porque el Tribunal funda la buena fe de la empresa demandada en el reconocimiento hecho por el actor en los documentos de los fls. 20 y 26 a 27 de que tenía una unidad de explotación económica, siendo así que renglones antes les había desconocido eficacia legal y probatoria, afirmación esta "en la cual está implícita la noción de mala fe patronal". "Además, —sigue diciendo— como es el carácter de instrumentos que persiguen desconocer derechos laborales el que predomina en cuanto a estos documentos en la orientación general de la providencia impugnada, resulta entonces, como consecuencia inmediata de su errónea apreciación, la violación, por falta de aplicación, del art. 65 del C. S. T. en cuanto establece la sanción para el patrono que no pague las prestaciones sociales debidas a la terminación del contrato".

El opositor anota, en primer lugar, que la demanda de casación no reúne la plenitud de requisitos consagrados en el art. 90 del C. P. del T., por cuanto la expresión del concepto de infracción, allí exigida, no puede ser, como lo dice ese libelo, "violación indirecta de la ley, pues los conceptos señalados son únicamente infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea"; y porque la relación de los hechos corresponde exclusivamente a los de la demanda inicial del juicio y no comprende los que ocurrieron en el desarrollo del proceso, que con los otros constituyen toda la situación que llevó al pronunciamiento judicial impugnado. No se debe, por lo tanto, admitir el recurso por estos defectos técnicos.

Refuta en seguida los planteamientos del recurrente a la luz de los elementos de convicción en que los sustenta, los que analiza para concluir que no conducen al resultado que persigue, pues no establecen que hubiera habido contrato de trabajo ni siquiera en el lapso deducido por el Tribunal, ni tampoco los demás extremos por él alegados. Por lo contrario, lo que resulta evidente es la equivocación ostensible del ad quem al desestimar el valor probatorio de los documentos de los fls. 20 y 26 a 27 y no dar por demostrado que durante todo el tiempo en que se ejecutaron estos contratos, el demandante fue el empresario comercial independiente allí reconocido, en los términos del art. 98 del C. S. T., que impide ubicar la relación jurídica en el campo laboral, lo cual más detenidamente se propone esclarecer en su demanda de casación, tal como efectivamente así lo hace, por lo cual la sociedad demandada ha debido ser absuelta totalmente.

Para resolver, la Corte considera:

1. Los defectos técnicos que le anota el opositor a la demanda de casación del actor, para la Sala no se confrontan.

Tanto de la formulación del único cargo hecho a la sentencia impugnada, como de su desarrollo, claramente se desprende cuál es el concepto de la infracción de las normas sustantivas laborales que allí se enuncian, como es la falta de su aplicación a la situación revelada en autos, durante todo el tiempo en que se ejecutó la relación contractual debatida, a causa de los errores de hecho en que se alega ha incurrido el fallador al valorar el acervo probatorio, que es la vía o la manera como indirectamente se llega a esa violación, en contraste con la directa, que se presenta al margen de toda cuestión fáctica, por cuanto a pesar de darse por establecidos por el ad quem los hechos respectivos, no les aplica la norma legal pertinente porque la ignora, o porque a pesar de conocerla, se revela contra lo que ella consagra.

De otro lado, el promotor de este recurso extraordinario hace en su demanda un resumen de los hechos que movieron a su representado a introducir la acción definida en el fallo acusado, los que en su sentir configuran un contrato de trabajo entre demandante y demandada desde el 21 de febrero de 1956 hasta el 27 de

febrero de 1961, que la última rompió unilateralmente sin causa alguna y sin cubrir las prestaciones respectivas, "encontrando —agrega textualmente— que la empresa estima que entre ellos no existió nunca una relación de trabajo". Esta última oración está indicando que el casacionista no ha omitido la presentación de la totalidad de la situación fáctica definida por el fallador de segundo grado. Claro que no la ha señalado en todos sus pormenores, pues la concreta a lo fundamental del debate decidido: existencia o inexistencia de un contrato laboral en todo el tiempo a que se ha hecho referencia y la procedencia o improcedencia consecuencial de las obligaciones reclamadas. Pero el art. 90 del C. P. del T., vigente tal como aparece redactado cuando se introdujo la acción de que aquí trata, solo exige una relación sintética de los hechos en litigio y no detallada de los mismos.

Se estudiará, por lo tanto, el recurso.

2. En el fallo impugnado después de anotarse que lo discutido en el juicio es la vinculación laboral entre las partes en el período comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, se dice lo siguiente:

"Los contratos de fls. 20 y 26 a 27, por las cláusulas conforme a las cuales se le concede al Agente la facultad de vender artículos de la empresa, mediante porcentajes a título de comisión, siendo de su cargo los gastos y riesgos y con libertad para venta de productos de otras casas, excluye legalmente, en principio, la existencia de relación contractual de trabajo, más todavía frente a la declaración de que el comisionista tiene establecido y organizado un negocio propio de comercio, lo mismo que al comparar las estipulaciones con otros empleados Viajeros de la firma demandada (fls. 70 a 75).

"Pero la verdad probada en este informativo es que el Agente Vendedor señor Ramírez sólo figura como contribuyente del Municipio y propietario de la *"Fábrica de vestidos de baño y cachuchas (confecciones Mónaco)"*, con placa No. 2188, desde el 1o. de enero de 1959, según certificados de fls. 22 y 37, pues los testimonios (fls. 38 a 41, 44 a 46 y 50 a 53) y demás elementos indican que antes de esa fecha era su esposa la administradora responsable, de allí que los documentos de fls. 23 y 36 enseñen la no inscripción de nombre del trabajador, ni el ICSS, ni en la Caja de Compensación Familiar de Fenalco del Valle.

"Así, carecen de eficacia legal y probatoria los documentos de fls. 20 y 21, por desconocer derechos sociales y ser contrarios a la realidad de la situación laboral, en la última etapa de prestación de servicios hasta el 1o. de enero de 1959.

"Entonces, las consecuencias jurídicas favorables al trabajador habrán de deducirse en relación con el lapso de 21 de febrero de 1956 al 1o. de enero de 1959, día en que realmente vino a ser director y dueño de una organización comercial propia, al tenor de las voces del art. 98 del C. S. T. y doctrinas recientes".

Sacada esta conclusión se procede en seguida a efectuar la liquidación de la cesantía correspondiente al tiempo últimamente mencionado y a las vacaciones y primas de servicio de 1958, pues las de 1956 y 1957 se consideran prescritas, teniendo en cuenta no el promedio mensual de $ 1.256.28 que resulta de las comisiones pagadas al actor en todo el lapso del 20 de febrero de 1956 al 27 de febrero de 1961, según el dictamen pericial que obra a fls. 61 a 63, sino el anterior de $ 967.18, que también lo anota el experticio y que "sirvió para la última liquidación prestacional de cesantía (fl. 19)".

Finalmente se expresa lo siguiente:

"Sin demostración del despido y sin que pueda atribuirse mala fe al patrono, por el reconocimiento del trabajador de su propia unidad de explotación económica, aunque con pertinencia y manejo iniciales dudosos, no procede condena a lucro cesante e indemnización moratoria.

"Tampoco se acoge el pronunciamiento del ord. h) de la parte resolutiva de la sentencia ($ 81.61: "Saldo a favor del Sr. Ramírez, por comisiones por cobrar"), en razón del fallo extra petita, fuera de las prescripciones legales (art. 50 C. P. L.), es decir, a base de discusión del hecho en juicio, punto ausente por completo, y el acta de fl. 14 habla de alguna indelicadeza sobre retención de fondos de la clientela, más o menos admitida por el Agente".

3. Por lo visto, el Tribunal reconoce que en los documentos de los fls. 20 y 26 a 27 se ha recogido una relación contractual que por su redacción y la declaración que allí se hace, de que el agente vendedor tiene establecido y organizado un negocio propio de comercio, como también por el contraste de sus estipulaciones con las de los celebrados por la firma de-

mandada con otros empleados viajeros, da lugar a considerar que, en principio, ella no es de carácter laboral. Pero que no tienen eficacia legal y probatoria sino a partir del 1o. de enero de 1959, mas no en el período anterior, en que sí se configura un contrato de trabajo, dada la situación realmente confrontada en esa época.

De las atestaciones oficiales de los fls. 22 y 37, emanadas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, datadas el 13 de mayo y el 15 de junio de 1961, en que el Tribunal se apoya para sostener que el demandante es dueño de la fábrica de vestidos de baño y cachuchas, denominada Confecciones Mónaco, desde el 1o. de enero de 1959, no se desprende esta conclusión, pues lo que expresan es que en esa fecha se hizo la inscripción de tal establecimiento como de propiedad de Simón Ramírez, inscripción que ampara la placa número 2188, y que desde entonces es contribuyente del tesoro municipal por concepto de esta última.

Por lo demás, los testimonios que invoca, de los fls. 38 a 41, 44 a 46 y 50 a 53, correspondientes a los de los testigos Antonio María Pastrana, José Gregorio Salazar y Lilia Giraldo Espinosa, evidencia que el actor tuvo la referida empresa industrial desde antes de esa fecha.

Pastrana, en efecto, al ser preguntado "si durante el tiempo que Simón Ramírez trabajó para J. Gómez & Cía. Ltda. lo hizo de manera permanente, bajo la continuada dependencia y remuneración de dicha firma sin constituir, por sí mismo otra empresa comercial a la cual dedicara su total o parcial actividad", contestó: "Que a mí me conste que ha estado trabajando permanentemente con J. Gómez sí, que tiene un negocio particular que se llama Confecciones Mónaco también lo sé, pero el negocio Confecciones Mónaco lo ha administrado siempre la Sra. de don Simón Ramírez, porque hasta hace poco tiempo era una industria casera". Y más adelante agregó que "los productos de Confecciones Mónaco los vendían otros agentes nombrados por Simón, de los cuales me acuerdo de un señor Juan S. Molina, Armando Pasmiño y Carlos Díaz que vendían los productos Mónaco".

Salazar, del propio modo al contestar igual pregunta que la formulada al anterior testigo, da cuenta de que el actor "ha tenido toda la vida un tallercito de confecciones que lo atiende la Sra. de él. A mí no me consta que directamente haya atendido las ventas de ese negocio, ya que él ha tenido sus vendedores, los cuales yo he conocido". Información esta que al ser repreguntado amplía así: "Sí, tengo conocimiento que el señor Simón Ramírez, ha tenido en su casa un taller de confecciones desde hace unos 5 o 6 años y ese taller ha estado siempre administrado por la señora esposa de Simón Ramírez y últimamente, es decir, desde que se retiró de la firma "J. Gómez & Cía Ltda.", lo trasladó al pasaje Zamoraco, y puso como un almacén que en la actualidad lo está administrando él personalmente, él sí sus productos los ha distribuído por intermedio de vendedores que ha tenido dependientes directamente del taller, como fueron el señor Armando Pasmiño y otro joven cuyo nombre no recuerdo y eran empleados directamente por la señora de él".

La Giraldo Espinosa, por su parte, también asegura que el demandante tenía el referido negocio de confecciones, en cuyo lugar de funcionamiento, donde no solo estaba la fábrica sino asimismo la oficina de contabilidad, estuvo en una fiesta que él dio, en diciembre de 1958, a los empleados del establecimiento, oportunidad en la cual ofreció productos allí elaborados. Agrega, al ser repreguntada, que como Cajera General que fue de la sociedad demandada, le anticipaba a la señora del actor pagos de las comisiones de este "con el fin de ella dar cumplimiento de sus empleados el día sábado".

No hay duda, por lo tanto, que el Tribunal se equivocó al deducir, con base en las certificaciones memoradas de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, que el demandante sólo figura como dueño de la fábrica de confecciones de que se ha hablado, a partir del 1o. de enero de 1959, puesto que como acaba de verse esa calidad también la tuvo de la empresa referida en el período inmediatamente anterior, que arranca del 20 de febrero de 1956, cuando las partes contendientes celebraron el primer contrato escrito del fl. 20 del expediente. Lo que pasa es que durante todo el tiempo en que por virtud de ese pacto y del que figura a los fls. 26 a 27, el demandante fue agente vendedor de la demandada, no administró dicha empresa, sino su esposa, ni distribuyó tampoco directamente la producción, puesto que lo hizo por conducto de agentes conseguidos para ello, según las informaciones de los testigos Pastrana y Salazar.

4. Ahora bien, esta empresa, que conforme a los citados testimonios es la que ha tenido el demandante durante todo el tiempo que desempeñó las funciones de agente viajero de

la demandada, no ha realizado todo lo que en los mencionados contratos constituía su objeto, como es el de encargarse, según sus literales términos, "entre otras cosas de representaciones de diferentes firmas en asuntos de comercio y para la compra y venta de los productos que las casas le confían en su establecimiento público", puesto que solo ha estado dedicada a la confección de vestidos de baño y cachuchas y a su venta, mas no directamente por su dueño, pero no a las otras actividades referidas, particularmente destacadas por los contratantes para no conferirle a la relación jurídica, a la luz del art. 98 del C. S. T., carácter laboral. Cometido este último que, por lo demás, es el que propiamente desdibuja el contrato de trabajo con esta clase de trabajadores, por cuanto en tal evento la empresa en realidad confía la venta de sus productos a la otra organización independiente que el agente ha constituído para realizar esa actividad, y no en forma directa a dicho agente para que como persona natural la ejecute por sí mismo bajo la continuada dependencia y mediante remuneración de quien lo contrata para la venta de sus mercancías.

Siendo esto así, el Tribunal podía concluir que la calificación dada por los contratantes, en los documentos mencionados, a su relación jurídica, no se compadece con la realidad, pues en derecho del trabajo es esta la que cuenta y no las estipulaciones contractuales que la contrarían, y que la confrontada es laboral, si además de la falta de la organización independiente para los fines indicados, las pruebas lo convencían de la concurrencia de los otros requisitos que configuran un contrato de trabajo con los agentes viajeros, según las voces del citado art. 98 del C. S. T., como sin duda alguna lo convencieron al deducir que tal naturaleza fue el que vinculó a las partes entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959, en lo cual no incurrió en un error evidente, como lo sostiene el opositor a nombre de la sociedad demandada.

Y no incurrió en él, porque los testigos Pastrana y Salazar no solo refieren en sus testimonios lo antes transcrito acerca de la fábrica de confecciones Mónaco, sino, además, que el demandante le prestó desde un principio sus servicios personales a la demandada como agente viajero, vendiendo exclusivamente los productos de su catálogo, en las zonas por ella señaladas, las que no podía cambiar sino en virtud de determinación de la misma sociedad, devengando en la etapa inicial una asignación fija mensual y posteriormente comisión, cuyo porcentaje variaba según fueran los productos, todo lo cual les consta, a Pastrana, porque "fui un colaborador de la firma durante 5 años, y a excepción de la Gerencia y secretariados y contabilidad, todas las dependencias las trabajé. Ejemplo: fui vendedor de mostrador, separé mercancías, chequié los pedidos de los agentes, que eso representa en la firma ser Jefe de Despacho, y finalmente fui Agente Viajero"; y a Salazar, porque "Yo trabajé con ellos 14 años y unos meses y desempeñé los cargos de Agente Viajero, y fui Jefe de Ventas en el Almacén encargado de Despachos, recibos, pedidos y entrega de mercancías y trabajé hasta octubre del año pasado, y hasta la fecha en que me retiré la empresa le tenía fijado al señor Simón Ramírez las zonas que le correspondía para viajar a él, las mercancías que iba a vender y el señor Ramírez no podía cambiar las zonas asignadas a él y menos las mercancías que le entregaba para su venta, aclaro que él no podía distribuir mercancías de otras partes".

Refuerza esta prueba las verificaciones hechas por el perito Alfredo Sánchez en los libros y papeles de la sociedad que fueron objeto de su examen para rendir su dictamen, que obra a fls. 61 a 63, pues al tenor de este elemento de convicción dicha empresa le pagó al demandante comisiones como agente suyo del 20 de febrero de 1956 al 27 de febrero de 1961, en la cuantía y los porcentajes allí indicados; "le tenía asignadas ciertas zonas al señor Ramírez como también la clase de artículos que debía vender"; y el movimiento de las ventas hechas por Ramírez en el lapso referido, no fue mayor que el de las efectuadas por los demás Agentes Viajeros de la compañía, "pero tampoco inferiores a ellos, más o menos igual".

Pero al comportarse de la expresada manera el ad quem, no podía restringir el alcance de su deducción a un solo período del tiempo durante el cual el actor ejerció las mentadas funciones de agente viajero de la sociedad demandada, puesto que la situación fue una misma en todo ese lapso de prestación de servicios, como lo revela la prueba que acaba de analizarse, que corroboran los documentos de los fls. 5 a 7, traídos al proceso con la demanda y contra los cuales no se formuló objeción alguna, emanados de la gerencia de la demandada, datados el 26 de noviembre de 1958, 7 de febrero de 1959 y 31 de octubre de 1960, pues en el primero se presenta al demandante ante los clientes de la empresa en Buenaventura, "como su antiguo colaborador" que "viaja a esa

ciudad con la autorización de nuestra firma para recibir de Uds. el valor de las cuentas vencidas y para ofrecerles la totalidad de nuestro surtido de mercancías nacionales y extranjeras"; en el segundo asimismo se lo presenta ante el Alcalde de Riosucio como "nuestro Agente Fiscal", enviado para el cobro de una cuenta de plazo vencido de un cliente; y en el último, se manifiesta, "a quien interese", que Simón Ramírez R. "es agente viajero de nuestra firma".

Incurrió en consecuencia, el Tribunal en el primer error de hecho que le imputa el recurrente en el cargo que se estudia, en cuanto dedujo que solo hubo contrato de trabajo entre las partes del 20 de febrero de 1956 al 1o. de enero de 1959 y limitó a ese lapso las condenas por las prestaciones sociales reclamadas, que no se hallan prescritas, cuando en realidad dicha relación se prolongó hasta el 27 de febrero de 1961.

5. Por lo que acaba de concluirse, obviamente la liquidación de las mentadas prestaciones no puede efectuarse sobre la base salarial que tuvo en cuenta el fallador, deducida del dictamen pericial y que es la misma que le sirvió a la demandada para cancelarle al actor la cesantía por los servicios prestados con anterioridad al tiempo de que aquí se trata, según el documento del fl. 19, tal como el mismo Tribunal lo reconoce, pues al tenor de esas piezas procesales él corresponde al sueldo devengado "del año de 1955 a febrero de 1956" y no al que debe conjugarse, habiéndose prolongado el contrato hasta el 27 de febrero de 1961, de conformidad con los arts. 189 y 253 del C. S. T., tal como estaban vigentes cuando se causaron los derechos mencionados, y el 306 de la misma obra.

Mas este proceder del ad quem lo determinó el haber encontrado configurada la relación laboral únicamente entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959 y no haber hallado en los autos otro dato apreciable sobre el salario en dicho lapso, para el fin indicado, que el utilizado en su liquidación. En estas condiciones y como el soporte fundamental de tal conducta se quiebra por lo ya visto, será en las consideraciones que más adelante se hagan acerca de las consecuencias que se derivan del primer error de hecho en que incurrió el Tribunal, cuando se defina si la Corte sustituye o no la mentada liquidación por la legalmente pertinente, por encontrar establecida o no la base cuantitativa requerida para ello.

6. En lo que respecta al no acogimiento en el fallo impugnado de la condena de la sentencia de primer grado por concepto de comisiones por cobrar, por tratarse de un pronunciamiento extra petita por fuera de las previsiones legales, ya que se funda en un hecho no discutido en las instancias, según la transcripción que antes se hizo de lo pertinente de esa providencia, ocurre que el Tribunal no se ajustó a los predicados del art. 50 del C. P. del T., pues el hecho generante de la obligación reconocida por el a quo lo planteó el apoderado del actor dentro del juicio, en el desarrollo de la cuarta audiencia de trámite, al solicitar se estableciera por el perito "si existe o no una deuda de J. Gómez & Cía. Ltda. a favor de Simón Ramírez R. por concepto de comisiones pendientes", petición que atendió el Juez del conocimiento, ordenándole al experto hiciera el examen impetrado, en auto que no fue en manera alguna reclamado. El perito, tras "una revisión minuciosa de los libros y papeles contables" de la firma demandada, verificó que existe la deuda referida a cargo de la empresa y a favor del demandante "por concepto de comisiones pendientes por valor de $ 81.61", según el dictamen que rindió, del cual se dio traslado a las partes, sin que se formulara objeción alguna sobre el particular. En estas condiciones, tal hecho se sometió a debate dentro del juicio y dentro de él se comprobó a través de un medio probatorio integrado normalmente, que son los requisitos reclamados por el precepto procedimental invocado, para que el fallador de primera instancia pueda reconocer los derechos que de allí se derivan y que expresamente no se incluyeron entre los del petitum de la demanda. No reclama la norma para este fin que se relacione el hecho entre los fundamentos fácticos de dicho libelo, como lo pretende el opositor, sino que se haya discutido dentro del juicio, controversia que bien puede suscitarse aún después de verificada la relación jurídico procesal y hasta la clausura del debate.

Incurrió, en consecuencia, el Tribunal en el error evidente que le atribuye el recurrente, al revocar la decisión extra petita del fallo de primer grado sobre comisiones pendientes de pago, por lo que debe casarse en esta parte la providencia impugnada, para en función de instancia mantener la condena de primer grado sobre este extremo del negocio.

7. Conforme a la fundamentación ya vista del ad quem, no se condenó al pago del lucro cesante y de la indemnización moratoria, porque no se demostró el despido del actor, y porque este reconoce "su propia unidad de ex-

plotación económica, aunque con pertenencia y manejo iniciales dudosos".

Estima el recurrente que carecen de respaldo estas motivaciones, puesto que el despido lo establece el acta levantada por el Inspector Nacional del Trabajo que obra a fl. 14 del expediente, en donde la demandada lo reconoce aduciendo, además, para la prescindencia de los servicios del demandante, causales que no ha establecido en el juicio; y al afirmarse que los documentos de los fls. 20 y 26 a 27 carecen de eficacia legal y probatoria, documentos en los que el dicho actor admite tenía la unidad de explotación económica a que alude el Tribunal, se está pregonando implícitamente la mala fe patronal.

A esto replica el opositor que las manifestaciones hechas por la demandada en la audiencia de conciliación celebrada en la Inspección Nacional del Trabajo, no constituyen confesión, porque no se han hecho ante funcionario competente para conocer del juicio; la diligencia no se refiere al establecimiento de los hechos; y está ausente el ánimo de confesar, ya que en estos actos se trata de hacer propuestas y contrapropuestas en busca de una conciliación extrajudicial de las diferencias. Además la lectura del acta hace ver que no hubo despido, pues lo que expresó la empresa fue "el retiro del señor Ramírez porque sus labores como empresario particular no le permitían atender a cabalidad los compromisos contraídos con la demandada, y agrega que fue menester quitarle los catálogos y listas de precios, porque el Señor Ramírez cometió algunas indelicadezas que este acepta según constancia de la misma acta"; de otra parte, el Tribunal, no ha rechazado totalmente el contenido de los documentos de los fls. 20 y 26 a 27, "como lo pretende el recurrente, sino que los aceptó en principio y no les dio credibilidad en aquella parte que se refiere al tiempo no comprendido por la certificación oficial"; y de ninguna otra manera se ha probado el error alegado por no condenar a la indemnización moratoria.

Sobre estos extremos hay que observar, en primer término, que aun cuando el fin fundamental de la misión de los Inspectores Nacionales del Trabajo cuando oyen a las personas discrepantes acerca de sus derechos y obligaciones derivados de presuntas relaciones laborales, con motivo de reclamaciones ante ellos hechas, es la de conciliar sus diferencias, no por ello las manifestaciones que cada una hace en esas oportunidades, admitiendo como cierto lo que le perjudique afirmado por la otra, deja de tener el carácter de confesión extrajudicial, a la cual el funcionario judicial de la jurisdicción del trabajo puede conferirle valor probatorio. De modo que lo indagable aquí es si en el acta cuestionada, la demandada ha hecho la confesión que le atribuye el recurrente.

Su lectura pone de presente que Simón Ramírez afirmó que entre él y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, día en que terminó por habérsele retirado el catálogo y las libretas de pedido por el representante de la empresa, a lo que este respondió que en ese período no hubo tal contrato, pues los celebrados fueron dos de naturaleza diferente, el último de los cuales "se terminó por circunstancias relacionadas con los mismos negocios del señor ramírez, esto es por el hecho de haberse obligado a dedicar la totalidad de su tiempo a atender su propio negocio que pasaba por circunstancias precarias", a las cuales se agregó la de que el citado Ramírez cometió actos de indelicadeza, "consistentes en haber retenido fondos recibidos de la clientela para utilizarlos en sus negocios privados", imputación esta que el reclamante Ramírez reconoció.

En estas condiciones, la confesión que deduce el recurrente no puede pregonarse, pues el representante de la sociedad demandada no está admitiendo que haya despedido al demandante, o por lo menos ella no se desprende con meridiana claridad de la mentada pieza procesal. Por lo tanto, no se equivocó ostensiblemente el Tribunal al pasarla por alto y al concluir, a falta de otras pruebas al respecto, que no está establecido el despido, elemento básico para determinar la legitimidad o ilegalidad de la terminación del pacto y poder afirmar la consecuencial operancia o improcedencia de la indemnización consagrada en el art. 64 del C. S. T.

De otro lado, el ad quem no le ha negado eficacia legal y probatoria al contenido total de los documentos de los fls. 20 y 26 a 27, sino en cuanto contrariando la realidad trata de excluir la relación contractual allí recogida del campo laboral, pero únicamente en el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959. No mediaba entonces inconveniente para que se tuviera en cuenta la declaración hecha por el actor en dichos instrumentos privados, de tener una unidad de explotación económica, como justificativa de la con-

ducta observada por la sociedad al no pagar a aquel, al concluirse la relación contractual, las obligaciones sociales reclamadas, por cuanto tal reconocimiento pudo razonablemente llevarlo a sostener que el mentado contrato no era de trabajo. Esa apreciación del fallador, apoyada en la anotada circunstancia, que por lo visto no es desestimable, la Corte no la puede desconocer mientras no se le demuestre, con base en otras probanzas, que sí ha habido mala fe patronal, cosa que aquí no hace el recurrente.

Hay que mantener, por lo tanto, los pronunciamientos hechos por el Tribunal acerca del lucro cesante y la indemnización moratoria en el fallo acusado.

8. En resumen: el recurrente ha establecido que el Tribunal se equivocó al deducir que entre las partes contendientes solo hubo contrato de trabajo entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959 y al limitar consecuencialmente la liquidación de la cesantía a este período y la de las vacaciones y primas de servicio a las del año de 1958, lo mismo que al revocar la decisión extra petita del Juzgado del conocimiento. Se debe, por lo tanto, casar parcialmente la sentencia recurrida y sustituirse por la Corte esos pronunciamientos, en función de instancia, por los que corresponden a las conclusiones sacadas, de los cuales el relacionado con el último punto no es otro que el de la confirmación de la mentada condena del a quo, como ya se había dicho. Para el otro, es indispensable determinar previamente el monto de las prestaciones a que se ha aludido.

Para la realización de esta labor, la base legal, en lo que respecta a la cesantía y a la compensación monetaria de las vacaciones, la constituye el promedio mensual de la remuneración percibida por el demandante en el último año de servicios, al tenor de lo estatuído por los arts. 189 y 253 del C. S. T., tal como se encontraban vigentes cuando se causaron los mentados derechos laborales, y el promedio asimismo de tal salario en cada uno de los respectivos semestres, según el art. 306 de la citada obra.

La remuneración del demandante, conforme a lo que se dejó sentado al deducir la equivocación ameritada del ad quem, consistió en un porcentaje sobre las ventas de los productos de la empresa demandada, el que a la luz de las verificaciones realizadas por el perito Alfredo Sánchez en los libros y papeles de la sociedad y que le sirvieron para rendir su dictamen, fue del 4½% en unos casos y del 2% en otros, por los cuales se le canceló entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, la suma global de $ 75.377.00, de donde el Juez del conocimiento dedujo un promedio mensual, durante todo este período, de $ 1.256.28. No se discriminó empero lo que fue pagado al actor por las aludidas comisiones en cada uno de los semestres de los años que abarca el período memorado y en el último año de servicios, que como ya se vio, tienen que conjugarse para el fin que se persigue.

Se hace indispensable entonces aclarar esta cuestión, mediante la verificación de los libros de contabilidad, planillas de pago y demás papeles pertinentes de la empresa, de lo que fue cancelado por ella al demandante por concepto de las comisiones de que se ha hablado, en cada semestre del lapso memorado y la determinación, al propio tiempo, del promedio mensual en cada uno de ellos y en el último año de servicios, lo cual puede disponer la Corte, como consecuencia de la prosperidad parcial de la acusación estudiada y de asumir la misión de tribunal de instancia, antes de proferir la decisión sustitutiva de fondo, en virtud de lo consagrado por el art. 99 del C. P. del T.

La no adopción de esta medida conducirá a la situación paradógica de que no obstante estar justificada la acusación del recurrente, se infirmaría la decisión impugnada para reemplazarla con una revocatoria de la proferida por el Juez y absolutoria de la demandada, desmejorando al actor frente a su recurso extraordinario, no porque no esté demostrado el elemento salario, sino porque no se han aclarado las modalidades anotadas, que importan en estos casos y que en el procedimiento laboral, fundamentalmente inquisitivo, pueden esclarecer los funcionarios judiciales, aun cuando las partes no lo hayan solicitado. Y lo que es aún más: conduciría a una liquidación equivocada de las obligaciones a cargo de la empresa y a favor del demandante.

Así, pues, se casará el fallo acusado en la extensión a que se ha hecho referencia y en función de instancia se dispondrá que antes de dictar la decisión sustitutiva, se practique una inspección ocular con intervención de un perito para los fines indicados.

EL RECURSO DE LA DEMANDADA

Como ya se había expresado, la sociedad demandada se propone con su acusación la casación parcial de la sentencia recurrida, en cuan-

to condena a pagar al demandante cesantía, vacaciones, primas y costas, y a que, en su lugar, se revoque la primera instancia y se la absuelva de todos los cargos contenidos en el libelo con que se inició el juicio.

En orden a este fin formula y sustenta un solo cargo, con invocación de la causal primera de casación laboral, en el que acusa dicho fallo de segundo grado de haber violado "por aplicación indebida a través de error de hecho, los arts. 604, 606 y 637 del C. J., 51 y 61 del C. de P. L., y 98, 186, 249 y 306 del C. S. T.

"El error de hecho en que incurrió el sentenciador, fue el de estimar que Simón Ramírez R. no constituyó por sí mismo una empresa comercial entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959, cuando está plenamente demostrado que tuvo tal carácter durante el indicado término.

"Las pruebas indebidamente apreciadas fueron los contratos de fls. 20 y 26 y 27 y el certificado del fl. 37 y vto. como también el certificado del fl. 22, los testimonios de Antonio María Pastrana (fls. 38 a 41), José Gregorio Salazar (fls. 44 a 46) y Lilia Giraldo Espinosa (fls. 50 a 53), y las constancias de fls. 21, 23 y 36. También se dejó de apreciar el reconocimiento que Simón Ramírez hizo del contenido de los contratos, según consta al fl. 53 v.".

En el desarrollo de su impugnación el recurrente analiza estos medios probatorios para concluir que de ellos no se desprende la deducción censurada del ad quem, ni, por ende, la de que el actor hubiera estado vinculado a la empresa demandada por un contrato de trabajo, entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o de enero de 1959. Si los hubiera apreciado correctamente, habría encontrado que por la propia confesión del demandante, contenida en los contratos citados, este tuvo desde la fecha primeramente señalada "una agencia de representaciones que lo hacía empresario comercial, y que al mismo tiempo era dueño de una industria de confección de vestidos, en relación con la cual solamente pagó impuestos de Industria y Comercio a partir del 1o. de enero de 1959"; y sobre esta base "ha debido dar correcta aplicación al art. 98 del C. S. T., declarando que entre las partes no existió contrato de trabajo con posteridad al 20 de febrero de 1956, y absolviendo de todos los cargos a la entidad demandada, en aplicación correcta de los arts. 186, 249 y 306 de la misma obra".

Sobre el particular, la Corte considera:

Como en el estudio del recurso del demandante la Sala tuvo oportunidad de referirse a los planteamientos que aquí se hacen y de analizar el acervo probatorio en que se los sustenta, para concluir que sí hubo contrato de trabajo entre las partes contendientes, no solo en el período a que se alude en la presente acusación, sino en todo el lapso que va del 20 de febrero de 1956 al 27 de febrero de 1961, no hay para qué volver sobre tales extremos, bastándole remitirse a dicho estudio para no admitir, como no admite, este recurso extraordinario de la sociedad demandada.

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 recurrido, con el cual el Tribunal Superior de Cali, por conducto de su Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia de este juicio, en cuanto condenó a la sociedad demandada a pagar al demandante únicamente la cesantía correspondiente a los servicios prestados entre el 20 de febrero de 1956 y el 1o. de enero de 1959 y las vacaciones y las primas de servicio del año de 1958, y en cuanto revocó la condena extra petita de la sentencia de primer grado, más no en lo demás, que no se casa y que por ello queda en firme; y en función de instancia ORDENA que antes de proferirse la decisión de fondo que sustituye la infirmada, se practique una inspección ocular con la intervención de perito a los libros de contabilidad, planillas de pago y demás papeles de la empresa demandada relativos al desarrollo del contrato que la vinculó al actor en el lapso comprendido entre el 20 de febrero de 1956 y el 27 de febrero de 1961, para que se verifique y deje constancia en el acta respectiva de las cantidades de dinero que la primera canceló al segundo, por concepto de comisiones, en cada uno de los semestres de los años de dicho período, y para que por el experto se determinen los promedios anual y mensual devengados por el citado demandante en cada una de las anualidades y semestres de ese lapso y en el último año de prestación de servicios.

Para la práctica de la diligencia se comisiona a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, la que queda ampliamente facultada para nombrar y reemplazar al perito, posesionarlo y recibirle el dictamen, y para señalar la fecha en que deba llevarse a cabo la inspección

y recogerse la pericia. Término de la comisión: diez días hábiles y las distancias.

Una vez diligenciado el despacho que al respecto se libre con los insertos pertinentes, volverá el negocio a la mesa para proveer.

Las costas del recurso extraordinario son de cargo de la demandada.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández).

(Acta No. 97).

Walter Stamm, por medio de apoderado, demandó a la *Compañía Lechera de la Sabana S. A.*, domiciliada en Bogotá, para el pago de reajuste de cesantía; los sueldos correspondientes a once meses aproximadamente, "o sea el tiempo faltante para el vencimiento de un año del contrato"; vacaciones causadas y no disfrutadas relativas al último año de trabajo y prima correspondiente al mismo período; los perjuicios causados por rompimiento unilateral e injustificado de la relación por parte de la Sociedad, y las costas del juicio, que estima en una suma superior a cinco mil pesos. Subsidiariamente, que se condene a indemnización moratoria.

La demanda presenta los siguientes hechos: En virtud de nombramiento que le hizo la Junta Directiva, Walter Stamm entró a desempeñar el cargo de Gerente, al servicio de la Sociedad demandada, el 17 de febrero de 1957, con un sueldo básico mensual de $ 4.000.00 y el porcentaje de un cuarto de centavo por cada botella de leche pasteurizada que se vendiera en Bogotá, sobre un mínimo de 10.000 botellas diarias. A principios del año de 1958 fue reelegido por la Junta Directiva y en febrero de 1959 fue objeto de nueva reelección por el período de un año a partir de esta fecha.

En febrero de 1959, solicitó licencia hasta por cuatro meses para ausentarse del país, la cual le fue concedida por la Junta y, estando ausente, "en uso de vacaciones y licencia" fue destituído de su cargo sin razón justificativa. El 9 de diciembre de ese mismo año, la Sociedad consignó una parte de las prestaciones. Pero aún debe las que se demandan.

En la contestación, la parte demandada se opone a las peticiones de la demanda, solicita la absolución, niega unos hechos y se atiene a lo que se pruebe en relación con otros. Acepta que hizo una consignación, pero arguye que no estaba obligada a ello, y, finalmente, propone las excepciones que puedan derivarse de lo siguiente:

Walter Stamm, en verdad, fue Gerente de la entidad demandada, pero en tal calidad no tuvo con la empresa contrato de trabajo. No hubo continuada dependencia. Por el contrario, él, como Gerente "era la cabeza de la Empresa, quien la dirigía y bajo cuya dirección estaba todo el personal".

La Sociedad, sin aceptar la existencia del contrato de trabajo, le reconoció y pagó voluntariamente las sumas que le hubiesen correspondido como trabajador dependiente. Los estatutos contemplan como funciones de la Junta Directiva "nombrar y remover libremente al Gerente y a los subgerentes de la Sociedad". El señor Stamm, en el carácter anotado, era un simple mandatario, cuyo mandato, según las normas legales, era esencialmente revocable. Según consta en las actas No. 60 y 66 de la Junta Directiva de la Compañía, Stamm fue destituído por hechos que implican grave violación de sus obligaciones como Gerente y que pueden ser calificados, por lo menos, como actos de poca delicadeza. En efecto, durante su licencia, el Gerente encargado encontró que en la caja de la Sociedad había, el 1o. de marzo de 1959, fecha de su posesión, un saldo superior a $ 37.000.00 y en vista de que no lo halló razonable, solicitó los extractos de Caja de todo el mes de febrero "y encontró que durante tal mes los saldos eran más o menos de tal magnitud, y que ello se debía a que el señor Walter Stamm había retirado dineros de la caja de la Sociedad, sin autorización alguna de la Junta Directiva de la Sociedad, y para cubrir el faltante, había entregado a la Caja unos cheques posdatados...".

El señor Stamm, sin consentimiento de la Junta Directiva "ordenó un procedimiento para

liquidar y pagar el valor de la leche cortada como leche ácida aceptable. La leche cortada no tiene valor comercial alguno, y el señor Stamm ordenó pagarla como leche ácida, a un precio que no le correspondía, procedimiento que desde luego fue un grave perjuicio para la Sociedad".

Concluye la parte demandada expresando que en el supuesto e improbable caso de que se admita la existencia del contrato, los hechos enunciados son suficientes para justificar el despido, sin previo aviso.

El Juez Segundo del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, condenó a la Compañía Lechera de la Sabana S. A., a pagar al demandante $ 105.36 por prima de servicios, y $ 35.242.57 como indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de pago total respecto de la cesantía y, parcial hasta el límite de $ 1.091.60 en relación con la prima de servicios. Declaró no probadas las demás excepciones propuestas, absolvió de las otras solicitudes formuladas, y condenó al 60% de las costas.

Apelaron los apoderados de las partes y el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 7 de octubre de 1964 decidió:

"Modifícase el numeral primero del fallo apelado así: Condénase a la Compañía Lechera de la Sabana S. A., a pagar al señor Walter Stamm, las siguientes sumas:

a) Ciento cinco pesos con treinta y seis centavos ($ 105.36 m/cte.,) por concepto de prima de servicios.

b) Treinta y ocho mil setecientos noventa y seis pesos con veintiseis centavos ($ 38.796.26) m/cte., por concepto de indemnización por lucro cesante.

Confírmase el fallo apelado en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia".

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de casación, el cual le fue concedido y admitido y tramitado en esta Sala, se va a decidir mediante el estudio de la demanda que lo sustenta. Hubo escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación

Pretende que se case la sentencia recurrida y que la Corte, como tribunal de instancia, absuelva a la Sociedad demandada de todos los cargos de la demanda.

Con base en la causal primera de casación, formula cuatro cargos, los dos últimos, como subsidiarios de los anteriores. La Sala estudiará conjuntamente el primero y el segundo, porque en ellos el casacionista afirma la violación de las mismas disposiciones, por igual concepto.

Primer cargo.- Dice el recurrente que la sentencia "es violatoria, por interpretación errónea, de los arts. 22, 23, 32 y 389 del C. S. del T., puesto que se fundó en esas normas para concluir que los gerentes tienen contrato de trabajo con la sociedad que dirigen siempre que reciban remuneración, "pero resulta que estos artículos no contienen, como equivocadamente concluye el Tribunal, una presunción de derecho o una norma imperativa, sino una simple presunción legal, susceptible de ser desvirtuada, mediante el aporte de pruebas que demuestran la no existencia de un contrato de trabajo". Como consecuencia de este error de interpretación —agrega el casacionista— el Tribunal se abstuvo de considerar el hecho, demostrado en el juicio, de la falta de continuada dependencia y subordinación del gerente a la sociedad. Hace a continuación un comentario sobre el sentido de los arts. 24, 32 y 389 del C. S. T. y concluye que "por lo general los gerentes tienen contrato de trabajo, especialmente porque este se presume, pero no se puede generalizar en la forma que lo hizo el Tribunal, descartando un hecho debidamente demostrado".

Segundo cargo.- "La sentencia es violatoria de los arts. 22 y 23 del C. S. del T. por errónea interpretación de los mismos y debido a violación indirecta, por aplicación indebida". Dice el impugnador que a esta violación se llegó a consecuencia de manifiesto error de hecho en que incurrió el *ad quem* al apreciar equivocadamente los estatutos de la Sociedad, pues con estos consideró demostrada la subordinación del demandante, y dejó de apreciar otras pruebas sobre el hecho de la independencia; que un gerente, en cierta forma, depende de la Asamblea o de la Junta para algunos aspectos de su gestión, pero no se configura necesariamente, por ello, la subordinación que dá origen al contrato de trabajo. De ahí, que se requiera el estudio de las circunstancias de hecho de càda caso, para concluir si hay o no contrato de trabajo y que el Tribunal, al resolver en forma general que los gerentes siempre tienen contrato de trabajo, hubiese interpretado erróneamente los arts. 22 y 23 del C. S. T.

Contienen los últimos apartes de su demostración, unas referencias a los arts. 43, 47, 60, 56, 51, 63, 68 y 62 de los estatutos de la Socie-

dad (fls. 98 y ss), en las que manifiesta que según esas normas la Gerencia es uno de los órganos directivos de la Sociedad, lo que indica que el gerente no ejecuta órdenes, sino que está colocado en una categoría de dirección, "a diferencia de lo que sucede en otras sociedades en las cuales el gerente en su trabajo depende de otro órgano social y se convierte en un verdadero ejecutor de órdenes que le son dadas". Que la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva serán presididas por el Gerente, y no puede entenderse que un organismo sea presidido por uno de sus dependientes. Que es el Gerente quien convoca la Asamblea General y la Junta Directiva. Representa legalmente a la compañía y a él están sometidos todos los empleados de la empresa. Que la asamblea y la Junta pueden asignarle funciones, pero no impartirle órdenes que lo subordinen como a un empleado.

Termina el impugnador expresando que el Tribunal dejó de apreciar las posiciones del Gerente de la Sociedad, quien en respuesta a la pregunta 20 (fl. 73) se refiere a la independencia con que Stamm ejercía la dirección de la empresa. El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 83), que demuestra como es cierto que el demandante ejercía la administración de la Sociedad Agrícola y Ganadera El Porvenir Limitada, de la cual era socio, en forma simultánea con la gerencia de la entidad demandada, lo que indica —dice el recurrente— la independencia de Stamm. Y la declaración de Eduardo Angel Tamayo (fl. 144, 236 y 237), quien habla también de la libertad del demandante en el desempeño de su cargo.

La Sala considera:

El recurrente persigue, como ya se anotó, que la sentencia del Tribunal sea casada, y absuelta la Sociedad de todos los cargos que le fueron formulados. Y en dicha sentencia se condena al pago de prima de servicios, lucro cesante y costas. Sin embargo, la censura no señala, como violados, los preceptos que crean los derechos que la sentencia declara, lo que hace que aquella no esté bien presentada por falta de una proposición jurídica completa. Además, si como lo afirma el casacionista, el Tribunal no consideró el hecho demostrado en el proceso, de falta de subordinación jurídica del Gerente respecto de la Sociedad, y por esta omisión, admitió la existencia del contrato de trabajo, la violación de la ley no pudo producirse, —como lo entiende el impugnador—, por interpretación errónea, que es un concepto de violación directa, sino por vía indirecta, a través de errores de hecho o de derecho, provenientes de falta de apreciación o de apreciación errónea de la prueba. Y no es posible alegar en el mismo cargo interpretación errónea de la ley y violación indirecta de la misma. Los ataques, por tanto, son inadmisibles.

Tercer cargo.- En este, presentado como subsidiario de los anteriores, dice el recurrente que la sentencia es violatoria del art. 66 del C. S. T. por interpretación errónea. Y en su demostración manifiesta que es un hecho claramente demostrado que la Sociedad, en carta del 9 de abril de 1959, visible a fl. 2, manifiesta al demandante los motivos de sus destitución. Y sin embargo, "por razón de una equivocada interpretación del artículo mencionado", el *ad quem* concluye que la Sociedad no había manifestado debidamente los motivos del despido, e invocó esta circunstancia como causa de la indemnización de perjuicios.

Se considera:

Del examen del tercer cargo se deduce que la acusación se encamina a demostrar el error de interpretación del art. 66 del C. S. T. en que pudo haber incurrido el *ad quem*. Pero expresa que esta violación se produjo a pesar de la prueba sobre la declaración que el patrono hizo al trabajador en punto al motivo del despido. De donde resulta que la vía de impugnación escogida no es la adecuada puesto que el concepto de violación legal por interpretación errónea de la ley debe ser propuesta con prescindencia de errores de valoración probatoria. Por la razón anotada, el cargo es ineficaz.

Cuarto cargo.- Este ataque, presentado como subsidiario de los anteriores, se hace por violación indirecta de los arts. 62, 63, 64 y 66 del C. S. T., a la que llegó el sentenciador —dice el casacionista— por un manifiesto error de hecho en que incurrió al apreciar erróneamente la carta de fls. 2 que demuestra que la Sociedad sí notificó al Gerente el motivo de la destitución, y por haber dejado de estimar varias pruebas sobre el mismo hecho.

Apreció equivocadamente la carta —continúa el recurrente— al considerar que ella, donde se informa de la destitución "por motivos de carácter interno", no constituía base suficiente para dar por terminado el supuesto contrato de trabajo, pues está demostrado que el demandante incurrió en actos perjudiciales para la empresa, con anterioridad a la mencionada

carta, que por constituir hechos personales y, por tanto, por él conocidos, la forma empleada por la Sociedad para el aviso de destitución, es legal.

Como pruebas dejadas de apreciar y que demuestran los motivos de carácter interno alegados por el patrono, relaciona las siguientes:

"a) El Acta No. 60 de la Junta de la Sociedad (fl. 22), de fecha 17 de marzo de 1959, es decir anterior a la destitución, en la cual se puntualizaron algunas de las irregularidades encontradas, imputables al señor Stamm.

"b) El Acta número 66 (fl. 27) en la cual se puntualizaron los motivos de carácter interno citados en la carta de 9 de abril de 1959, y se explicó la forma de dicha carta.

"c) Las cartas del Cajero de la Sociedad, que obran a los fls. 34 y 35.

"d) La certificación del Cajero que obra al fl. 37.

"e) El Acta de arqueo de Caja del fl. 43.

"f) Las posiciones del Gerente de la Sociedad que obran al fl. 68.

"g) La fotocopia de cheque y la carta del Banco del Comercio que obran a fls. 87 y 88.

"h) La declaración del señor Rafael Isaza, que obra al fl. 89.

"i) La declaración del señor Jorge Escobar que obra al fl. 92.

"j) Los estatutos sociales que obran al fl. 98, especialmente en cuanto limitan las facultades del gerente.

"k) La declaración del señor Revisor Fiscal, Fernando Sinisterra Muñoz, que obra al fl. 135.

"l) La declaración del señor Eduardo Angel Tamayo que obra a fls. 143 y 154.

"ll) El Acta de inspección ocular que obra a fls. 173, 185 y los documentos de fls. 179, 180 y siguientes.

"m) Las posiciones del demandante (fl. 209).

"n) Cartas del Banco Cafetero y Fotocopia de cheque (fl. 215, 216, 217 y 220).

"o) Carta del Banco del Comercio fl. 318.

"p) Dictamen pericial fl. 223 y documentos anexos y ampliación del mismo (fl. 251)".

La Sala considera:

La sentencia acusada, dijo en lo pertinente:

"Indemnización por ruptura unilateral o presuntivo. En el fallo de primera instancia se absuelve a la empresa demandada de esta indemnización, sobre la base de que, de acuerdo con varias probanzas del informativo, sí existían justos motivos para ordenarlo".

"No comparte la Sala el pensamiento del *a quo*. En la carta de despido dirigida por la Compañía Lechera de La Sabana S. A., al señor Walter Stamm (fl. 2), solamente se refiere que la Junta Directiva de la empresa, "por motivos de carácter interno, nombró por unanimidad de votos Gerente Titular de esta Compañía al señor Eduardo Angel Tamayo". No se invoca en tal misiva ninguna causal que diera lugar a la terminación del contrato, de conformidad con los arts. 62 y 63 del C.S. del T.; no se le imputa al actor ninguna falta que diera origen al desahucio; es más, la carta expresa que la Junta Directiva "acordó presentar a usted sus sinceros agradecimientos por los eficaces servicios prestados a la sociedad durante el tiempo en que desempeñó el cargo de Gerente".

"Y, bien lo ha advertido la doctrina, no se puede alegar, o tratar de establecer, a posteriori, razones o causas de despido que no fueron manifestadas en el momento de romperse el contrato. El precepto de la Ley, art. 66 del Código de la materia, es terminante: "La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción la causal o motivo que la mueve a tomar esa determinación". Es por ello que todos los intentos de la parte demandada en el proceso para acumular elementos de convicción que acrediten que sí había razones para el despido resultan totalmente fallidos. No habiéndose alegado ninguna causa al despedir al demandante, la terminación debe estimarse como sin fundamento legal".

No halla la Sala que el *ad quem* hubiera apreciado erróneamente la carta de fls. 2, cuando afirma que en ella no se invoca causal alguna para la terminación unilateral del contrato, de conformidad con los arts. 62 y 63 del C.S.T. Alude ese documento a "motivos de carácter interno", y esto no constituye una expresión clara sobre la causal que movió a la Sociedad a tomar la determinación de despedir al trabajador, como ha debido hacerlo para cumplir el mandato del art. 66 del C.S.T. De donde resulta que los hechos que ahora se le atribuyen al demandante relativos a la firma de cheques posdatados para garantizar el pago de dinero que en su condición de Gerente, retiraba de la Caja de la empresa sin

autorización de la Junta Directiva, o las faltas graves que se le atribuyen en el negocio de la leche, sean motivos que no fueron puestos oportunamente en conocimiento del trabajador despedido, y que la Sociedad pretende establecer a posteriori.

El Tribunal no afirma la inexistencia de las irregularidades que el patrono dice haber descubierto en la administración de Stamm, como hechos imputables a este. Ni emite juicio alguno en cuanto a su menor o mayor gravedad dentro de la conducta del Gerente. Dice que por no haber manifestado la causal en el momento de la extinción del contrato, "todos los intentos de la parte demandada en el proceso para acumular elementos de convicción que acrediten que sí había razones para el despido resultan totalmente fallidos".

Tal razonamiento da a entender que el ad quem sí estimó la prueba que el casacionista señala como dejada de apreciar, aunque la consideró ineficaz para los propósitos del recurrente, por referirse a hechos que se alegan y tratan de establecer con posterioridad a la disolución del contrato. La Sala no encuentra que el *ad quem*, por una equivocada valoración probatoria de la carta de despido, frente a las exigencias del art. 66, hubiese incurrido en el error ostensible de hecho que señala el recurrente. Ni halla desacertada la consideración de que la Sociedad demandada ha tratado de establecer a posteriori y, desde luego, sin validez, motivos de despido que no le expresó claramente al trabajador en la debida oportunidad.

El cargo, por tanto, no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION

En su concepción general, esto es, prescindiendo de las regulaciones especiales, que no son atinentes al *sub lite*, sin el tiempo de servicio señalado no se causa el derecho, ni este nace al mundo de las obligaciones exigibles antes de que se cumpla la edad igualmente requerida. Por otra parte, en lo que toca al capital de la empresa, elemento asimismo fundamental para el derecho jubilatorio instituído por aquellos sistemas legales, es lógico que deba referirse al momento en que concurren las dos condiciones primeras, y no al de la terminación del vínculo de trabajo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Aprobación: Acta No. 100).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por la sociedad Fomento Eléctrico Andino Limitada, con domicilio en Medellín, contra la sentencia dictada el 8 de octubre de 1966 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo lugar, en el ordinario de trabajo que le promovió, por medio de apoderado, el señor Rafael Gómez Montoya.

En la litis el demandante afirmó haber servido para la demandada desde febrero de 1925 hasta el 20 de mayo de 1947, por tiempo aproximado de veintidós años, con un sueldo último de $ 1.500.00 mensuales y haber nacido el 29 de julio de 1905, por todo lo cual tiene derecho a una pensión vitalicia de jubilación en los términos y de la cuantía que fija la ley 6a. de 1945, prestación que le ha sido negada por la empresa debido a que cuando se retiró del servicio esta no tenía un capital de $ 800.000.00. Con diversos argumentos, la sociedad sostuvo tal posición defensiva y el Juzgado Tercero Laboral Municipal de la dicha ciudad desató la controversia en fallo cuya parte resolutiva reza:

"Condénase a la sociedad Fomento Eléctrico Andino, Limitada, representada por el señor Roberto Vélez Vélez, a pagar al señor Rafael Gómez Montoya una pensión mensual vitalicia de jubilación, equivalente a trescientos ochenta y un pesos con cuatro centavos ($ 381.04) desde el día 29 de julio de 1960 hasta el 31 de diciembre de 1962, y de quinientos un pesos con cuatro centavos ($ 501.04), a partir del 1o. de enero de 1963.

"Condénase al señor Rafael Gómez Montoya a reintegrar a la sociedad demandada, en una sola cuota, la cantidad de cuatro mil novecientos treinta y nueve pesos con setenta y ocho centavos ($ 4.939.78), que recibió por concepto de cesantías definitivas.

"Condénase igualmente a la sociedad Fomento Eléctrico Andino, Limitada, a pagar al señor Rafael Gómez Montoya, por concepto de costas de este juicio, la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00)".

Apelada esta decisión por ambas partes litigantes el Tribunal mencionado resolvió:

"Se confirma la sentencia de fecha dos de marzo de mil novecientos sesenta y seis proferida por el señor Juez Tercero Laboral de Medellín, en el juicio ordinario promovido por Rafael Gómez Montoya contra Fomento Eléctrico Andino Limitada, con la reforma de que la pensión de jubilación que se reconoce es de seiscientos doce pesos con cincuenta centavos ($ 612.50) a partir del primero (1o.) de febrero de mil novecientos sesenta y dos (1962) y hasta el primero (1o.) de enero de mil novecientos sesenta y tres (1963); y de setecientos treinta y dos pesos con cincuenta centavos ($ 732.50) de esta última fecha en adelante.

"Se condena a la empresa demandada a pagar las costas de esta instancia".

Contra la sentencia anterior ha recurrido el apoderado de la sociedad para que se la quebrante en su totalidad y en su lugar se declare que no está obligada a pagar la pensión a que fue condenada, para lo cual, en un solo cargo de varios apartes, presenta como violados los arts.

16 CST, 14 de la Ley 6a. de 1945 y 8o. de la Ley 64 de 1946, por falta de aplicación: 260 CST. por aplicación indebida y 195, 7o. de la Ley 64 de 1946 y 50 CPT, por interpretación errónea.

Para sustentar su demanda el recurrente alega que el art. 16 del CST establece que las disposiciones laborales, por ser de orden público, tienen vigencia inmediata para los contratos en curso, pero carecen de efecto retroactivo, es decir, no afectan situaciones consumadas, definidas conforme a leyes anteriores; que el código laboral empezó a regir el 1o. de enero de 1951, conforme a su art. 490, por lo cual sus normas no pueden aplicarse a una situación jurídica definida o consumada el 20 de mayo de 1947, como lo fue la del demandante Gómez Montoya, quien dejó de ser empleado de Fomento Eléctrico Andino Ltda. en esa última fecha; que para entonces quedó definida la situación del actor, de acuerdo con las exigencias legales vigentes, aun cuando eventualmente "pudo quedar sujeto a la condición suspensiva del cumplimiento de la edad regulada"; que si alguna de esas exigencias "fallare para esa fecha sería en vano que el actor hubiese esperado el cumplimiento de la condición suspensiva o sea la edad de los 50 años porque ningún derecho ni ninguna expectativa se hubiera generado"; que la aplicación del código laboral a la situación de Gómez, definida o consumada el 20 de mayo de 1947, es retroactiva y viola su texto 16. Que para entonces lo que regía era la Ley 6a. de 1945 con los reformas de los arts. 7o. y 8o. de la Ley 64 de 1946, preceptos que señalaban como condiciones para el derecho jubilatorio capital de la empresa superior a $ 800.000.00, 20 años de servicios y 50 de edad, de los cuales los juzgadores aceptaron que no se cumplía la primera, conforme a pruebas fehacientes, y no había, por lo tanto, —concluye el acusador— obligación para la sociedad demandada. Que el art. 7o. de la Ley 64 de 1946, sobre capital para estos efectos, "tiene que entenderse con referencia a la fecha de la desvinculación, es decir a la época en que se cumplieron los 20 años de servició y se retiró el trabajador, o sea el 31 de diciembre de 1946, habiendo ocurrido, como ocurrió, el despido en mayo de 1947"; que comentaristas acertados precisan que el capital debe satisfacer la cifra legal "en el vigésimo año de servicios, que es cuando se genera el derecho", y en el *sub lite* ni se debatió el derecho jubilatorio a la luz del código sustantivo del trabajo ni se probó en forma alguna el patrimonio de la empresa para la fecha pertinente; que los 20 años de servicio de Gómez Montoya no le configuraron ningún derecho o expectativa por cuanto la sociedad no tenía obligación de jubilarlo, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, por deficiencia de su capital; que no importaba que el actor hubiese cumplido o no los 50 años de edad porque sin el requisito del capital "no se configuró ningún derecho ni siquiera una mera expectativa, pues no habiendo sujeto pasivo de la obligación porque la entidad no tenía $ 800.000.00, no podía exisitr correlativamente el sujeto activo". Que el libelo inicial invocó, como fundamento, la ley 6a. de 1945, sin que tuviese en cuenta para nada el código laboral y fue este el que aplicó indebidamente el *ad quem;* que este infringió el art. 195 de la obra citada, "a través de una errónea apreciación de las pruebas, error de derecho, pues tal disposición ordena que el valor del patrimonio sea el gravable declarado en el año inmediatamente anterior", y el Tribunal no podía suponer, como lo dijo, que "si en aquella época (1955) el patrimonio rebasaba el límite mínimo exigido por las normas legales para estar obligado al pago de la pensión de jubilación, en la actualidad dicho patrimonio debe ser, por lo menos, igual a esta cantidad". Que con esto se violó también el art. 50 CPT y se llevó el 260 CST a regir actos anteriores a su vigencia. Agrega, finalmente, que la tesis del Tribunal de Medellín acerca de que el capital, para los efectos jubilatorios, es el del momento en que el trabajador cumpla la edad pensionable y no el de la época de la terminación del contrato atenta contra la economía de todas las industrias, empresas y patronos, que han sufrido un envilecimiento dramático de su patrimonio por desvalorización de la moneda y por la inflación que el país viene padeciendo.

No hubo escrito de oposición.

Se considera:

Para la mejor comprensión del pensamiento de la Sala acerca del asunto que le ha sido propuesto, conviene precisar, conforme a los hechos que dió por establecidos el ad quem, que el trabajador sirvió para la sociedad demandada durante más de veinte años; que cuando terminó la vinculación laboral, en mayo de 1947, tenía 42 años de edad y el capital de la empresa era inferior a $ 800.000.00; y que el 29 de julio de 1960 cumplió 55 años de edad, cuando el patrimonio gravable de Fomento Eléctrico Andino Ltda. había superado esa cantidad. Y para el Tribunal, acorde con el *a quo,* en ese momento en que Gómez Montoya satisfizo el requisito de la edad pensionable fue cuando se "concretó" su derecho a la jubilación, de acuerdo con el códi-

go laboral vigente, mientras que, para el acusador, las exigencias legales para esa obligación, tienen que estar cumplidas el día de la desvinculación, y si alguna de ellas "fallare para esa fecha" sería vano esperar la edad de los 50 años porque ningún derecho ni ninguna expectativa se habría generado.

Estima la Corte, acerca de la cuestión fundamental en que discrepan el recurrente y el fallador y que se fija en el momento en que la empresa deba tener el capital que la obligue a pagar jubilación, que este derecho se genera, tanto en el régimen del código laboral como en el de la legislación anterior, por el cumplimiento de las condiciones de tiempo de servicios (mayor de 20 años) y de edad pensionable (55 y 50 según se trate de varón o mujer y 50 para ambos, respectivamente) que concurren a determinar la finalidad económico-social de la jubilación, denominada también pensión de vejez. En su concepción general, esto es, prescindiendo de las regulaciones especiales, que no son atinentes al *sub lite*, sin el tiempo de servicio señalado no se causa el derecho, ni este nace al mundo de las obligaciones exigibles antes de que se cumpla la edad igualmente requerida. Por otra parte, en lo que toca al capital de la empresa, elemento asimismo fundamental para el derecho jubilatorio instituído por aquellos sistemas legales, es lógico que deba referirse al momento en que concurran las dos condiciones primeras, como lo entendió el Tribunal de Medellín, y no al de la terminación del vínculo de trabajo, como lo sostiene la demandada en el juicio. Porque es en ese momento cuando ha de atenderse a la capacidad de la empresa para soportar el gravamen jubilatorio, en un régimen de prestaciones patronales como el referido. Antes de que el trabajador satisfaga las condiciones que a él le corresponden no se ha causado el derecho y es innecesario estimar el requisito del capital respecto de sujeto no obligado por aquel supuesto. En cambio, ello es indispensable en cumpliéndose las dichas condiciones, porque solo entonces se determina a la unidad de explotación económica como sujeto de la obligación correspondiente. Conforme a este criterio que consulta, a juicio de la Sala, el sentido del derecho jubilatorio en el régimen patronal de prestaciones, según los arts. 195 CST y sus precedentes, en relación con los textos 260 del mismo estauto y 14 de la Ley 6a. de 1945, con su reforma de 1946, el entendimiento del *ad quem* acerca del asunto fue correcto y no se configura la interpretación errónea que supone el acusador.

Ha de agregarse, en remate de esta cuestión principal, que la jurisprudencia se ha referido al año inmediatamente anterior a la terminación del contrato de trabajo, para fijar el requisito del capital de la empresa, en el entendimiento del derecho causado, esto es, para situaciones en que la pretensión aparece definida y lo que resta es resolver sobre la condición económica de la empresa, para la deducción de la cuantía del gravamen social según las reglas generales o el régimen exceptivo. Pero aún en esas decisiones se observa que el criterio es el de la posibilidad patronal de ese carácter, para soportar el gravamen causado, el cual, en tratándose de jubilación se concreta en el momento de reunirse las condiciones de tiempo servido y edad pensionable.

Resuelto lo anterior, no aparecen fundados los pasos siguientes de la acusación. Pues el reconocimiento del derecho jubilatorio, en el *sub lite*, con base en el art. 260 CST no desatiende el texto 16 del mismo estatuto, ya que se aplicó a hechos que concurrieron bajo su vigencia y no a situación consumada conforme a ley anterior; la Ley 6a. de 1945 y sus reformas de 1946 no regían, para el trabajador de autos, cuando cumplió los 50 años de edad, ni los 55, observándose en este punto y en fortalecimiento del anterior, que la exégesis del recurrente conduce a la negación del derecho jubilatorio para el demandante Gómez Montoya, pese a sus 22 años de servicio, pues ningún régimen le resultaría aplicable, aun con el capital requerido: el anterior, por no tener para entonces la edad pensionable ni el nuevo por no existir ya el contrato de trabajo. Y no fue esto, propiamente, lo sostenido por la empresa para desconocer la jubilación.

La referencia al vigésimo año de servicios de los comentarios que el acusador invoca es valedera para el derecho causado, y en el régimen pertinente. Mas aquí lo definido es que la jubilación se causó al cumplir Gómez Montoya la edad de 55 años, en 1960, cuando la empresa tenía el capital requerido.

Acerca de este punto de hecho, involucrado en la acusación, se observa que el Tribunal no podía suponerlo en razón de que la prueba pertinente lo establece para 1955 en $ 948.997.32, como se le censura. Pero esto, que se propone para significar que el actor no probó el capital correspondiente en 1959, es inatendible, porque era el patrono quien debía establecer que en dicho año carecía del capital requerido, o mejor, tenía uno inferior a $ 800.000.00 y al no hacerlo, así, como no lo hizo, operaba en favor del trabajador la presunción de ley. Sin que el asunto pueda trasladarse al campo del art. 50 CPT, porque os-

tensiblemente la decisión del *a quo* confirmada por el *ad quem* no condena más allá de lo pedido ni fuera de lo pedido, que son los fenómenos contemplados por dicho precepto.

Por otra parte, no puede excusarse la equivocación técnica del ataque, en los puntos relativos al concepto directo de la violación y al enunciado de un error de derecho en la apreciación de la prueba, figura que en la casación laboral está circunscrita a las de naturaleza solemne.

El argumento de que el demandante Gómez Montoya no tenía en 1947 expectativa alguna a la jubilación tampoco es atendible, pues lo acontecido fue que en 1960, al cumplir los 55 años satisfizo el requisito legal de la edad pensionable, el cual, agregado a sus años de servicios le generaron el derecho, en ese momento, conforme al art. 260 CST. Sin que, por último, su aplicación pueda eludirse por consideraciones económicas sobre desvalorización de la moneda, las cuales, de ser ciertas, ostentarían carácter de *lege ferenda.*

No se configuran, las violaciones acusadas y el cargo 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 objeto del presente recurso.

Sin costas.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EDMUNDO HARKER PUYANA

Las razones de mi discrepancia con la anterior decisión atañen tanto a la solución del recurso como a las consideraciones que le sirven de fundamento.

Dada la naturaleza jurídica de la prestación jubilatoria, es indudable que esta se fija en cabeza de la persona natural o jurídica obligada a satisfacerla, en el momento mismo en que el trabajador ha cumplido, en forma continua o discontinua, veinte años de servicios, siempre que en tal momento la empresa tenga el capital económico para soportar el gravamen. La edad indispensable para reclamar la prestación (55 años en el hombre y 50 en la mujer) es circunstancia de carácter biológico que constituye una especie de condición suspensiva de la cual pende el día en que el beneficiario, por una simple razón de supervivencia, está habilitado para demandar o exigir la efectividad de la pensión jubilatoria. De ser esto así, el patrimonio de la empresa que pueda obligarla al gravamen debe ser referido al momento mismo en que el trabajador haya cumplido los veinte años de servicio, aunque carezca de la edad para poner en marcha el mecanismo, sin que importe nada la situación económica o patrimonial de la empresa con posterioridad a la época de la desvinculación contractual del trabajador.

Esta manera de pensar sobre la cuestión corresponde a la idea que me tengo formada sobre la índole jurídica de la pensión de vejez y su respectiva causalidad, tal como he podido expresarlo más ampliamente en el salvamento de voto emitido en la decisión del recurso de casación interpuesto en el juicio ordinario laboral de Juan Reyes Gálvis contra Laboratorios Picot.

Por ello he estimado que el recurso extraordinario debió definirse, tal como lo pretende la parte demandada que lo interpuso, en sentido de casar la sentencia impugnada y revocar la decisión del *a quo,* porque en el momento en que se produjo el retiro del trabajador la empresa no tenía el capital necesario para ser obligada a responder por la prestación, sin que interese la circunstancia de que a la fecha posterior en que el trabajador cumplió los cincuenta y cinco años de edad la empresa a su vez hubiera adquirido tal capacidad económica.

Fecha ut supra.

Edmundo Harker Puyana

PRESCRIPCION

El art. 2514 del C. C. enseña que la prescripción una vez cumplida, puede ser renunciada expresa o tácitamente. El último fenómeno ocurre al tenor de la misma disposición, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M.).

(Aprobación: Acta No. 97).

Gustavo Díaz R., demandó ante el Juzgado del Trabajo de Cúcuta, por medio de apoderado, a la *Federación Nacional de Cafeteros, Seccional de Cúcuta*, representada por su Superintendente señor Luis Yáñez, con el objeto de que sea condenada a pagarle los valores correspondientes a los siguientes conceptos: Auxilio de Cesantía de nueve años, diez meses y diez y nueve días; vacaciones correspondientes al último año de servicios, que no disfrutó; prima de servicios del último semestre servido; los salarios correspondientes para completar el término presuntivo del contrato de trabajo; la indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales y las costas del juicio.

Las anteriores peticiones tienen apoyo en los siguientes hechos: Que el demandante entró al servicio de la Federación el día 21 de enero de 1946 y fue retirado el 10 de diciembre de 1956, fecha en que hizo entrega de la oficina; que en el momento del despido devengaba $ 520.00 mensuales fuera de las primas semestrales; que la demandada prescindió de los servicios del actor a consecuencia de hechos que fueron por ella denunciados penalmente y que dieron ocasión a que se constituyera en parte civil; que en este proceso penal recayó, dictado por el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta sobreseimiento definitivo, providencia que fue confirmada por el Tribunal Superior de Pamplona y que pese a haber desaparecido el motivo legal para que la Federación retuviera las prestaciones sociales pendientes hasta la fecha de esta demanda no ha efectuado al demandante pago alguno por tales conceptos.

Por medio de apoderado la Federación Nacional de Cafeteros contestó la demanda, acto en el cual aceptó como cierto el hecho primero, negó los demás remitiéndose a la prueba, y en relación con el último manifestó que se trata de una cuestión de derecho y para concluir propuso las excepciones de prescripción de la acción y de pago.

En la primera audiencia de trámite el apoderado del actor adicionó la demanda y solicitó que se condene a la Federación al pago de los salarios caídos desde el día en que fue despedido Díaz Ramírez y hasta cuando se le haga el pago definitivo de las prestaciones sociales; al pago del daño emergente sufrido por el demandante, como consecuencia de la causal aducida para el despido; al pago de los perjuicios morales y materiales causados al actor como consecuencia del despido; que se reajuste el auxilio de cesantía tomando en consideración el valor de la prima de carestía que de manera permanente tiene establecida la demandada en favor de todos sus empleados y por último, que se la condene en las costas del juicio.

Y como hechos en los cuales se basan las anteriores peticiones expuso: Que la Federación no dio el preaviso de despido, como quiera que no efectuó la liquidación y pago de las prestaciones sociales; que la causal de despido fue mal considerada por la Federación, ya que retuvo las prestaciones del señor Díaz Ramírez en uso de lo preceptuado por el art. 250 del C. S. del T., que la consignación la hizo la demandada en el mes de febrero de 1961, pero que el auto de sobreseimiento definitivo se dictó en julio del año anterior; que por lo mismo la consignación no representa el valor de lo debido por la demandada al señor Díaz y menos si se considera que para liquidar la cesantía no tuvo en cuenta la prima de carestía; que con la determinación precipitada de dar por terminado el contrato de trabajo al

demandante se le causaron perjuicios del orden material y moral.

Al dar contestación a la anterior adición de la demanda, el apoderado de la Federación negó los hechos pero en relación con algunos de ellos dijo: Que la empresa sí dio el preaviso en debida forma; que la causal de despido no fue mal considerada, pero que esto implica un punto de derecho; que no hubo determinación precipitada y si hubo los perjuicios que se reclaman, tal reclamación debe hacerse ante la justicia ordinaria, que es la competente y que la consignación se hizo tomando como base la fecha del sobreseimiento definitivo y el vencimiento del traslado de la demanda.

Se puso fin a la primera instancia en sentencia de fecha 11 de abril de 1962, cuya parte resolutiva reza:

"1o. Declarar improbadas las excepciones de prescripción y carencia de obligación de pagar 'salarios caídos' y consecuencialmente condenar a la *'Federación Nacional de Cafeteros' —Seccional de Cúcuta—*, representada por su superintendente señor Luis Yáñez, mayor de edad y de esta vecindad, a pagar al señor *Gustavo Díaz Ramírez,* también mayor y vecino (sic), tres días después de la ejecutoria de esta providencia, la cantidad de *Treinta mil ochocientos ochenta y nueve pesos con treinta y cinco centavos m.l.* ($ 30.889.35) por concepto de indemnización por falta oportuna de pago.

"2o. Declarar probada la excepción de pago en cuanto al auxilio de cesantía, vacaciones, prima de servicios e indemnización por falta de pago en el período comprendido entre el 15 de julio de 1960 y el 20 de enero de 1961.

"3o. Declarar probada la excepción de 'falta de obligación de pagar presuntivo' y como consecuencia de ello absolver a la parte demandada por dicho concepto.

"4o. Declarar que no es competente para decidir sobre los perjuicios materiales y morales causados por el denuncio penal de que fue objeto el demandante.

"5o. Condenar a la parte demandada a las costas procesales, pero en un 25%".

La anterior providencia fue apelada, razón por la cual los autos subieron al conocimiento *del Tribunal Superior de Cúcuta,* cuya Sala Laboral en sentencia de fecha 10 de octubre de 1962, *confirmó* en todas sus partes las decisiones del inferior y condenó en costas a la parte apelante que lo fue la *Federación Nacional de Cafeteros* —Seccional de Cúcuta—, la que a su turno interpuso recurso de casación contra la sentencia anterior, señalándose en los siguientes términos el alcance de la impugnación por su apoderado:

"Pretendo que la Honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto confirmó el numeral 1o. de la sentencia de primer grado que declaró improbadas las excepciones de prescripción y carencia de obligación de pagar 'salarios caídos' y condenó a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al actor por este concepto $ 30.889.35, y para que en su lugar convertida la Honorable Corte Suprema de Justicia en Tribunal de Instancia revoque dicho numeral 1o. de la sentencia de primera instancia, y declare probada la excepción de prescripción propuesta y alegada por la demandada, y consecuencialmente absuelva a esta de la solicitud de indemnización por mora, (salarios caídos), o la absuelva de todas maneras de pagar la indemnización por mora auncuando no se declare probada la mencionada excepción de prescripción .

Y acto seguido el apoderado de la Federación formula en los términos siguientes el primer cargo:

"La sentencia recurrida violó, por aplicación indebida, el art. 65 del C. S. T., en relación con los arts. 488 ibídem y 2514 y 2535 del C. C. a consecuencia de error evidente de hecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas que más adelante singularizaré y concluir, sin estar demostrado, que de ellas se seguía una renuncia tácita y total de la prescripción.

Y como pruebas mal apreciadas por el a quo y consecuencialmente por el ad quem, indica el recurrente las siguientes:

"a) Pago por consignación de $ 5.237.61 hecho el 14 de febrero de 1961 por la Federación, correspondiente a varias prestaciones sociales que la empresa consideró deber al demandante. (Consignación visible al fl. 27 del cdno. ppal.).

"b) Contestación, confesión, aceptación y aclaración hecha en audiencia por el apoderado de la demandada de haberse consignado $ 5.237.61 para pagar saldo de cesantía 'sueldos del 15 de julio de 1960 a enero 20 de 1961' y primas de carestía en el mismo tiempo. Confesiones y aceptaciones que figuran al fl. 34 del mismo Cuaderno".

En la demostración del cargo dice el recurrente: "Del pago hecho por consignación, y de la

aceptación y aclaración de tal consignación, no se podía concluir en ninguna forma que la demandada estaba renunciando a la prescripción ya cumplida y que había extinguido las acciones que tenía el trabajador a partir del 10 de diciembre de 1956 (fecha del retiro) para el pago de salarios caídos, cesantía y otras prestaciones. Transcurrieron más de tres años a partir de su retiro, sin que el actor iniciara tales acciones o cobrara judicialmente salarios caídos y otras prestaciones". Y agrega que insistentemente la Federación a partir de la contestación de la demanda invocó y alegó en su favor la prescripción, y que el pago que la demandada hizo no podía tomarse como prueba de que renunciaba en forma total a ella, que había propuesto y solicitado se declarara con tantos esfuerzos, razón por la cual, —dice—, el pago se redujo a determinadas sumas y fue parcial y concreto y se efectuó porque la Federación, correcta o equivocadamente, consideró que tales pagos debían hacerse estuviesen o no prescritos, pero sin ningún propósito de renunciar a la prescripción de las acciones tendientes al pago de otras sumas, de otras prestaciones, de otros salarios por lapsos distintos.

Y de todo lo anterior considera que el ad quem apreció equivocadamente el pago parcial de determinadas obligaciones "pues con él únicamente se operaba y se podía demostrar y probar una interrupción natural de la prescripción que extinguía las acciones relacionadas en esas determinadas obligaciones", de donde, agrega el recurrente, solo a errónea apreciación de dicha prueba puede atribuirse que el sentenciador haya dicho que "la parte demandada renunció tácitamente a la excepción de prescripción invocada".

Se estudia:

Considera la Sala que para mayor claridad de lo que va a exponerse, conviene precisar cómo se produjo el rompimiento del contrato de trabajo que ligaba al señor Díaz Ramírez con la Federación de Cafeteros, Seccional de Cúcuta. Al fl. 48 del expediente aparece la comunicación pasada a la Seccional de Cúcuta por el Superintendente General de fecha 24 de octubre de 1956, en la cual se le dice que "la Gerencia dispuso llevar a cabo una total reorganización en el personal de esos almacenes" y en párrafo especial se lee: "Al recibo de la presente ustedes se servirán darle el correspondiente preaviso al señor Díaz, advirtiéndole que se le pagará en efectivo el tiempo que le falte para cubrir los 45 días a partir de la fecha en que termine la entrega de las existencias que ha tenido a su cuidado". Y de conformidad con lo indicado en esta comunicación procedió la Seccional, y es así como con fecha 18 de diciembre siguiente (1956) en nota dirigida a la Secretaría en Bogotá, luego de anunciarle el envío de la documentación del señor Díaz Ramírez para la liquidación de las prestaciones, se le da cuenta de que "al señor Díaz le pagamos su sueldo hasta el 11 del presente mes, día en que se cumplió el preaviso". Quiere decir esto que preavisado el empleado continuó prestando sus servicios hasta el 11 de diciembre, en labores de entrega de su oficina, conforme a lo dispuesto en la primera comunicación citada.

Lo anterior se confirma con la liquidación de cesantía que le fue hecha por la empresa al trabajador en la que se señalan como fecha de ingreso el 21 de enero de 1946 y de salida el 11 de diciembre de 1956, liquidación que exhibe fecha 6 de enero de 1957. Ahora bien, según lo indica el auto por medio del cual el Juzgado Cuarto Superior sobreseyó con carácter definitivo en favor de Díaz Ramírez, el día 4 de diciembre de 1956 la Federación de Cafeteros por medio de su Superintendente señor Pablo Emilio Castillo, denuncio penalmente al demandante en este juicio (Díaz Ramírez) como presunto responsable de la sustracción de alguna cantidad de café. Es decir, que la denuncia penal se formuló antes de que se cumplieran los 45 días de preaviso que la empresa dio a Díaz Ramírez para que operara la terminación definitiva de su contrato de trabajo, sin que aparezca en parte alguna del expediente, que la Federación le hubiera hecho manifestación alguna al respecto al demandante, razón por la cual debe considerarse para todos los efectos que el contrato concluyó al vencimiento del término del preaviso.

Así las cosas se adelantó el proceso penal en el cual la Federación de Cafeteros se constituyó en parte civil y cuyo epílogo fue el sobreseimiento definitivo dictado por el Juzgado Cuarto Superior con fecha 2 de mayo de 1960, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el 15 de julio del citado año, en favor del señor Díaz Ramírez.

La demanda promovida por el señor Díaz Ramírez contra la Federación de Cafeteros se presentó el 9 de diciembre de 1960 y en la contestación hecha por el apoderado de la demandada se propusieron las excepciones de *prescripción de la acción*, fundamentada en que han transcurrido más de tres años desde el retiro del trabajador sin que hubiera ejercitado acción alguna y la de pago, apoyada en la circunstancia de

que la Federación liquidó y pagó todas las pretaciones sociales a que tenía derecho el trabajador. Posteriormente, en tiempo, propuso la demanda "la excepción de inexistencia de la obligación de reconocer preaviso, pues la empresa hizo uso de la cláusula de reserva, excepción que cubre por igual razón la indemnización del lucro cesante o sea los salarios faltantes para el plazo presuntivo" y la de "inexistencia de la obligación de pagar salarios caídos, fundamentada en el hecho de que estaba pendiente una resolución judicial y, mientras no se produjera, la empresa estaba exonerada de toda responsabilidad por la mora".

Sin embargo, el 14 de febrero de 1961, el apoderado de la Federación en memorial dirigido al Juez del Conocimiento y "en uso del derecho conferido por el inciso segundo del art. 65 del C. de P. del T.", expresó que acompañaba el Comprobante No. 02757 de fecha 13 de febrero, es decir, del día anterior, expedido por el Banco de la República, extendido a favor del Juzgado Cuarto del Trabajo de Cúcuta, por la suma de cinco mil doscientos treinta y siete pesos con sesenta y un centavos ($ 5.237.61), consignados por la Federación, "suma esta correspondiente a las prestaciones sociales que la empresa considera deber al demandante (Díaz Ramírez), por concepto de salarios caídos, primas y cesantía, hasta la fecha".

Y en audiencia pública el propio apoderado expresó: "... quiero aclarar que la partida consignada de $ 5.237.61 se descompone así: Saldo de cesantía, $ 763.53; sueldos del 15 de julio de 1960 a enero 20 de 1961 a $ 520.00, $ 3.241.34; y primas de carestía en el mismo tiempo, $ 1.232.75".

De todo lo anterior se desprende que el contrato de trabajo entre la Federación y Díaz Ramírez concluyó por el uso que de la cláusula de reserva hizo la empresa, conforme se afirma en diversas partes del proceso. El preaviso se dio inmediatamente después de recibida la orden a que se hizo atrás referencia y los 45 días vencieron, conforme se dice en la comunicación citada arriba y se ratifica en la liquidación de prestaciones hecha por la empresa, el 11 de diciembre de 1956. Con el aviso se le puso, pues, un término al contrato de trabajo. Díaz Ramírez en consecuencia continuó trabajando en las labores de entrega de su dependencia y la Federación a su turno, continuó pagándole el salario ordinario, hasta el ya citado día 11 de diciembre. Y fue así como hasta tal fecha la Federación le pagó las prestaciones sociales causadas, menos una parte correspondiente a cesantía. Sin embargo, siete días antes de vencer el término del contrato (fijado, se repite, mediante el preaviso), la Federación presentó denuncia penal contra Díaz Ramírez, sin indicarle para que tuviera incidencia en relación con el contrato, que tal era la causa de su terminación. De donde obvio es concluir que en lo que a ella toca tuvo vigencia exclusiva el preaviso dado en uso de la cláusula de reserva por parte de la Federación.

Y al efectuar la empresa demandada, como lo hizo, una consignación en 14 de febrero de 1961 (fl. 27) que cubría varios conceptos, entre ellos cesantía y primas, en las cuantías señaladas por el apoderado de la empresa en la aclaración que hizo en audiencia (fl. 34), no estaba haciendo nada distinto de manifestar que las prestaciones sociales no le fueron pagadas completas al extrabajador al vencimiento del preaviso, las que no podían retenerse al tenor de lo que el art. 48 del C. S. T. dispone al efecto, cuando luego de indicar que en los contratos de duración indeterminada las partes pueden reservarse la facultad de darlos por terminados en cualquier tiempo, mediante preaviso notificado por escrito a la otra parte con antelación no inferior a 45 días, "previa la cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar". No se autoriza, pues, por parte alguna la retención de los valores correspondientes a prestaciones e indemnizaciones, sino que antes por el contrario, para que tenga operancia la cláusula de reserva se requiere la previa cancelación de todas ellas.

Otra cosa ocurre, y ahí precisamente estriba la confusión de la Federación, cuando el contrato de trabajo termina por una cualquiera de las causas que contempla el art. 250 del C. S. del T., casos en los cuales el trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía, pudiendo a su turno el patrono abstenerse de efectuar el pago correspondiente, hasta cuando la justicia decida.

Pero está visto que la Federación de Cafeteros no podía hacer retención alguna, porque el contrato de trabajo que la ligaba con Díaz Ramírez no concluyó por razón de las causales del art. 250 del C. S. del T., sino por uso de la cláusula de reserva que contempla y reglamenta el art. 48 ibídem, que no autoriza retención alguna sino que exige, por el contrario, la previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones.

Es la propia empresa demandada la que se ha encargado de establecer de manera indudable, que hizo uso de la cláusula de reserva y la mis-

ma que ha establecido fehacientemente que no pagó a Díaz Ramírez al concluir el contrato por tal causa la totalidad de la cesantía y de las primas. En una palabra, la que se ha encargado de demostrar que no cumplió con las obligaciones que le imponía el art. 48 del C. S. del T., al hacer uso, como lo hizo, de la cláusula de reserva, de donde todo argumento tendiente a establecer a última hora que la causa del despido del demandante fue la comisión de un delito, es inocuo en cuanto no puede obtener que se la exima de indemnizar por los perjuicios causados.

Ahora bien, el art. 66 del C. S. del T. enseña que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra parte en el momento mismo de la extinción el motivo que la mueve a tomar tal determinación, salvo el caso de que exista cláusula de reserva conforme al art. 48 ibídem. "Posteriormente —dice a la letra la disposición en referencia— no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos".

Al usar la cláusula de reserva, la Federación no estaba obligada a denunciar el motivo que la inducía a terminar el contrato, mas sí tuvo oportunidad de hacerlo siendo así que con el aviso simplemente se puso un término al contrato y que este continuó en vigencia por 45 días. Sin embargo no aparece constancia acerca de que la Federación hubiera manifestado al trabajador que el motivo de la terminación de la relación laboral no era otro que la comisión por el actor de un hecho delictuoso. De donde, para todos los efectos, la motivación no puede ser otra que la decisión voluntaria expresada por la empresa con antelación de 45 días de dar por terminado el contrato.

Y así lo entendió el sentenciador. Y entrando ya al campo de la impugnación en casación, encuentra la Sala lo siguiente: Cuando el demandante presentó la demanda que ha dado ocasión a este litigio, habían transcurrido más de tres años contados a partir de la terminación del contrato, o sea, desde cuando se hicieron exigibles los derechos que en ella se reclaman. El art. 2535 del C. C., citado por el recurrente como violado, dice: "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible". Y el 488 del C. S. del T. señalado igualmente como violado por el impugnador, expresa: "Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el C. P. del T. o en el presente estatuto". La primera norma enseña cómo opera la prescripción y la segunda indica que las acciones correspondientes a los derechos que regla el C. S. del T., prescriben en tres años. Esto es, que señala con precisión el término de la prescripción, salvo los casos excepcionales que consagre el mismo código o el de Procedimiento Laboral. Esto quiere decir, que las acciones instauradas por el señor Díaz Ramírez en la fecha de la presentación del libelo inicial, habían prescrito.

Pero ocurre que el art. 2514 del C. C. enseña a su turno que la prescripción una vez cumplida, puede ser renunciada expresa o tácitamente. El último fenómeno ocurre al tenor de la misma disposición, "cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor". Y para ilustrar el tema pone varios ejemplos siendo el más claro el que indica el caso del deudor, que cumplidas las condiciones legales de la prescripción, paga interés o pide plazos.

Es evidente que la demandada alegó oportunamente la prescripción y adujo razones claras en las cuales apoyaba su pedimento, consistentes en haber transcurrido más de tres años desde la terminación del contrato de trabajo sin que el señor Díaz Ramírez hubiera ejercitado acción alguna. Pero la consignación de fl. 27 por la suma de $ 5.237.61 "suma que corresponde —según las palabras de su apoderado— a las prestaciones sociales que la Empresa considera deber al demandante, por concepto de salarios caídos, primas y cesantía" constituye, cumplida como estaba la prescripción, su tácita renuncia, porque siendo la Federación quien podía alegarla y lo había hecho, al manifestar deber tal suma de pesos y pagarla por los conceptos que ella misma enuncia al demandante, estaba reconociendo voluntariamente su deuda en favor de este, y aún más, su propósito de cancelarla. En una palabra, reconocía así el derecho del actor.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que por virtud de lo dispuesto en el art. 48 del C. S. del T. la Federación no podía retener el auxilio de cesantía al demandante y lo retuvo, como ella misma lo reconoce, es claro que se hizo acreedora a la indemnización por mora, sin sujeción alguna al resultado de la investigación penal, porque tal decisión judicial tiene vigencia en los casos en que la terminación del contrato ocurre con subordinación a los motivos contem-

plados en el art. 250 ibídem y nunca en el caso de la aplicación de la cláusula de reserva.

El Tribunal sentenciador consideró que la consignación de que se ha hablado, hecha por la demandada y la aclaración que hizo su apoderado en audiencia pública, discriminatoria de la partida, constituyen la renuncia de la prescripción hecha por la Federación. Por su parte el impugnador refiriéndose a estos mismos aspectos dice: "Y por lo mismo consideró la Federación, correcta o equivocadamente, que por lo que hacía a tales pagos ellos debían hacerse estuviesen o no prescritos, pero no por tal hecho renunciaba tácitamente a la prescripción de las acciones tendientes al pago de otras sumas, de otras prestaciones, de otros salarios por otros lapsos distintos. "Y manifiesta que como el pago fue parcial y concreto, solamente puede referirse su conducta a esos aspectos que la demandada considera debía cubrir estuvieran o no prescritos.

Considerada la renuncia tácita de la prescripción, qué aspectos debe cobijar tal renuncia. El límite de la misma lo marca la parte demandada cuando dice que consigna para cubrir las prestaciones sociales que la empresa considera deber por concepto de cesantía, primas y salarios caídos, en el caso de autos. Y la circunstancia de que la consignación, por salarios caídos cubran tan solo un lapso, no la exonera de pagar el tiempo restante como quiera que el texto legal habla de la renuncia de la prescripción sin hacer distinciones, resultando por consiguiente inútil al intérprete distinguir. Así, pues, la renuncia es total en cuanto a las materias que la misma relaciona, o a las cuales se refiere.

Y si como se ha dicho la Federación no podía retener suma alguna de las prestaciones sociales, y retuvo parte de la cesantía, como ha quedado demostrado, incurrió desde luego en la sanción establecida por el art. 65 del C. S. del T., no solamente por el tiempo transcurrido de la fecha del auto de sobreseimiento definitivo hasta cuando hizo la consignación, sino también respecto del transcurrido hasta tal fecha desde la terminación del contrato de trabajo.

De otro lado cabe anotar que no hubo por parte del sentenciador mala apreciación de las pruebas reseñadas en el cargo, como se ha visto, y también que este como ha sido formulado resulta incompleto, ya que el Tribunal para llegar a la conclusión acusada, se apoyó en el art. 48 del C. S. del T. para deducir las obligaciones de la Federación con base en las obligaciones que consagra, como son las de liquidar y pagar previamente todas las deudas y prestaciones sociales, de donde tal disposición ha debido ser atacada.

Por lo dicho el cargo no prospera y menos, si se tiene en cuenta que sobre las bases que el Tribunal le dio, no puede decirse que el art. 65 del C. S. del T. hubiera sido aplicado de manera indebida.

El segundo cargo lo presenta así el recurrente:

"El fallo impugnado violó la ley sustantiva por interpretación errónea del art. 65 del C. S. del T. en relación con los arts. 488 ibídem y 1527, 2512, 2513, 2514, 2535, 2539 del C. C. y los arts. 18 y 19 del C. S. del T.".

El impugnador luego de decir que con fundamento en hechos aceptados formula el cargo, dice que el entendimiento correcto del art. 2514, "no puede llegar hasta hacerle decir a dicha norma que un pago total o parcial de una obligación natural, es decir ya prescrita, constituye una renuncia tácita de la prescripción", y que precisamente esto que no dice la disposición, fue lo que entendió el sentenciador, porque consideró que la Federación había renunciado tácitamente a la prescripción global que había alegado expresamente en todas las instancias por la circunstancia de haber efectuado un determinado pago por consignación".

Y luego refiriéndose ya concretamente al art. 65 del C. S. del T. dice que jurisprudencialmente la Sala Laboral de la Corte tiene reconocido y reafirmado que, el art. en cuestión conlleva obligatoriamente principios interpretativos que no pueden desconocerse. "Por lo mismo, expresa a la letra, el correcto entendimiento de la buena y de la mala fe implícitas en el art. 65 es el de remitir siempre su calificación al examen de la intención y conducta del patrono, ya que la consignación voluntaria puede implicar la buena fe del patrono". Y con cita del apoderado de la demandada en las instancias, dice: "Entre las bases que informan esta disposición de conformidad con la ley, la doctrina y la jurisprudencia se encuentran la buena o mala fe del patrono y la temeridad o no temeridad del mismo". Y agrega el recurrente que el verdadero sentido del art. 65 "conlleva a que solo se aplique la indemnización moratoria a los patronos que proceden de mala fe o temerariamente, y en los casos exentos de controversias sobre existencias de la obligación por no deberse o por estar prescrita ésta".

Y termina diciendo que si se aceptaran las te-

sis del sentenciador se llegaría a la absurda, injurídica e inaceptable conclusión de que para la Federación lo mejor habría sido no haber efectuado consignación, porque entonces sí se habría declarado la prescripción expresamente invocada, sin hablar de renuncias expresas o tácitas.

Se estudia

Ha dicho la Corte que para que se pueda hablar de interpretación errónea de un texto legal es preciso que la sentencia lo aplique dándole una inteligencia distinta a la que surge de sus términos y del genuino pensamiento que lo inspira.

Lo anterior sería suficiente para desechar el cargo que se estudia, si no existieran otras razones que la Sala estima conveniente exponer. En efecto, el texto del art. 65, que el recurrente estima fue erróneamente interpretado por el sentenciador, lo fue realmente en el obvio sentido de sus términos y del claro pensamiento que lo inspira. Está establecido en el expediente que por virtud de la cláusula de reserva de que hizo uso la empresa demandada, terminó el contrato de trabajo que la ligaba con el demandante Díaz Ramírez, el 11 de diciembre de 1956; que la Federación pese a lo dispuesto por el art. 48 del C. S. del T., retuvo y dejó en consecuencia de pagar al trabajador la suma de $ 763.52 por concepto de cesantía. Bien, el artículo dice: "Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar el asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo". Su aplicación por el sentenciador se hizo con estricto respeto de sus términos y orientados por ellos, que son claros. Se dieron en el caso de autos los requisitos que exige la norma para ser aplicada y no puede hablarse de retención, porque la empresa demandada no tenía convenio suscrito con el trabajador para retener suma alguna y no podía efectuar retenciones porque en su caso la ley no la autorizaba para ello.

Lo que existió fue ignorancia de la Federación en el caso de autos respecto de la ley, al retener al trabajador una suma por concepto de cesantía cuando por disposición del mismo texto legal que invocó para la terminación del contrato, no le estaba permitida, retención que a la postre apoya una norma distinta que no podía ser ya tenida en cuenta. Y si la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no puede sustentarse en ella la exoneración de obligaciones. La empresa no tuvo dudas sobre la retención y su cuantía, y procedió a efectuarla sin consultar la base legal para ello. Y ahí, precisamente, estuvo su equivocación.

No encontrándose la Federación facultada para retener el valor del auxilio de cesantía, o parte de él, incurrió en mora de conformidad con el claro texto del citado art. 65 al no hacer entrega al trabajador Díaz Ramírez de la respectiva suma, o al no consignar de presentarse los casos previstos en el inc. 2o. de la misma disposición.

Ahora bien: Es un hecho evidente que las acciones del extrabajador concretadas en el libelo inicial estaban prescritas al tenor de lo que disponen los arts. 2535 del C. C. y 488 del C. S. del T. Esto no se ha discutido. Pero al hacer la consignación por los conceptos de cesantía, primas y salarios caídos, la empresa por un acto suyo, decididamente voluntario, renunció a la prescripción en forma tácita de conformidad con lo que preceptúa el art. 2514 del C. C. Y operada esta renuncia, el sentenciador debía, como lo hizo, establecidos los hechos anteriores, que se repite, están demostrados, dar aplicación al art. 65 del C. S. del T., que no interpretó erradamente, porque la renuncia tácita de que se viene hablando, cobijó los conceptos enunciados por la propia empresa en forma total.

No está demostrada la interpretación errónea del art. 65 y como el recurrente no estableció en el supuesto de que en tal falla hubiera incurrido el sentenciador, la incidencia de tal errónea interpretación en relación con las demás disposiciones que relaciona en el cargo formulado, este no puede tener, por este otro aspecto prosperidad alguna.

El tercer cargo lo presenta el impugnador así:

"Acuso la sentencia recurrida de violar indirectamente, por aplicación indebida, las normas sustantivas contenidas en los arts. 65 y 250 del C. S. del T. en relación con los arts. 55, 48 y 66 ibídem y con los arts. 769, 1516, 1603 y 1616 del C. C. A esta violación llegó el sentenciador a consecuencia de evidentes errores de hecho cometidos al apreciar las pruebas que adelante singularizo y que lo condujeron a dar por demostrado, sin estarlo, que la Federación demandada había procedido de mala fe y estaba colocada en las circunstancias que le hacían

aplicable la sanción consagrada en el art. 65 del C. S. del T.".

Y como pruebas mal apreciadas señala el acusador las siguientes: "a) Documentos de los fls. 2 a 19 del cdno. ppal. b) Confesión hecha por el apoderado del actor en el hecho 5o. de la demanda. (fl. 21 del cdno. ppal.) c) Confesión hecha por el apoderado de la demandada (y no desvirtuada hasta el presente) al proponer excepciones al fl. 26 del cdno. ppal. d) Documentos de los fls. 38, 39, 41 y 48 del cdno. ppal. e) Documentos de los fls. 56, 58, 60 y documento de los fls. 64 a 103 (cdno. ppal.)".

En la sustentación del cargo expresa el recurrente que como consecuencia de la mala apreciación de las anteriores pruebas, el adquem entendió como de mala fe los actos de buena fe de la demandada y cambió situaciones legales que ordenan la pérdida de la cesantía con situaciones ilegales clasificándolas de "retención indebida". Criticó el cumplimiento de la obligación de denunciar los delitos "y aceptó que con una cláusula de reserva mal entendida se pudieran ocultar causas delictuosas". Y luego expresa el casacionista que con una buena apreciación de los elementos probatorios reseñados se llega a la demostración palmaria de que la conducta, procederes y actuaciones de la Federación se ajustaban a estricta honorabilidad, honradez, corrección y buena fe. Y ya refiriéndose en concreto a las pruebas que estima mal apreciadas dice: Que las indicadas en las letras a, b, c y e relievan que a raíz del retiro del trabajador "surgió la necesidad y circunstancia de denunciarlo penalmente, es decir, la existencia de una causa suficiente para la ruptura unilateral del patrono (sic) y para pérdida o retención de la cesantía". Que los documentos citados en la letra d) en concordancia con las mencionadas en las letras b y c, demuestran que la Federación resolvió prescindir de los servicios del trabajador Díaz (empleado de confianza y manejo) y honestamente le aplicó la cláusula de reserva desde octubre de 1956 y le dio el preaviso de rigor, comenzando así la etapa de entrega del cargo y la de liquidación y pago de las prestaciones sociales a la terminación del preaviso dado en tiempo, fecha en la cual no podía la Federación aducir correctamente una causal distinta de terminación del contrato, razón por la cual preavisó en cumplimiento de la cláusula de reserva, pero que antes de cumplirse la etapa de entrega y la de pago total de las deudas laborales, surgió el hecho delictuoso, de donde, dice el recurrente, surgió una causa eficiente para el rompimiento del vínculo y la facultad para retener o no pagar el auxilio de cesantía, y de conformidad procedió la demandada no pudiéndose decir que su conducta no fuera correcta o que su proceder fue de mala fe "al tener que manifestar como verdadera causal los actos delictuosos materia de investigación y acogerse a las facultades y prerrogativas que le concedía el art. 250 del C. S. del T.".

Y refiriéndose a otro aspecto de la cuestión en estudio dice el impugnador que "tampoco hubo mala fe al hacerse la consignación de $ 5.237.61 el 14 de febrero de 1961, pues estimó honestamente la Federación que con ella cancelaba los únicos salarios y deudas laborales a que hubiese podido tener derecho el trabajador absuelto penalmente". Y concluye la sustentación del cargo indicado que con la argumentación expuesta cree haber dejado demostrado: 1. Que no es cierto que la Federación hubiera procedido de mala fe; 2. Que no es cierto que la Federación hubiera procedido de mala fe al presentar denuncia penal contra el trabajador; 3. Que no es aceptable ni cierto que del pago hecho por la Federación se desprenda mala fe y 4o. Que la buena fe demostrada inhibía al sentenciador para dar aplicación al art. 65 del C. S. Del T., aplicación que obedeció a los evidentes errores de hecho en que incurrió en la interpretación de los medios de prueba que fueron puestos a su consideración.

Se estudia

La base fundamental de la sentencia acusada indica que la Empresa demandada en uso de la cláusula de reserva que tenía pactada, dio por terminado el contrato de trabajo con el señor Díaz Ramírez, y que pese a que el art. 48 del C. S. del T. que la consagra, exige que al trabajador se le liquide y pague la totalidad de sus prestaciones sociales le retuvo parte del valor de la cesantía, aduciendo la comisión de un ilícito, hecho que no constituyó el motivo determinante de la terminación del contrato. Ha estimado el sentenciador en consecuencia, que la retención efectuada por la Federación no tiene apoyo legal y que al no haber pagado la totalidad de las prestaciones causadas, incurrió en la sanción consagrada por el art. 65 del C. S. del T., razón por la cual le dio aplicación.

No hay duda alguna de que la Federación presentó denuncia penal contra su trabajador, antes de que vencieran los 45 días del preaviso que le había dado, se repite, en uso de la cláusula de reserva. Pero lo cierto es que nun-

ca al trabajador se le hizo manifestación alguna, al menos no consta en el expediente, que tal fuera la causa de terminación del contrato. La razón la dio la propia empresa en la comunicación por medio de la cual ordenó a la Seccional de Cúcuta que en uso de la Cláusula de reserva diera el preaviso correspondiente a Díaz Ramírez, ya que la Gerencia había ordenado una reorganización en el personal de los almacenes. De suerte que para todos los efectos legales el motivo de terminación fue la reorganización de los almacenes y la vía utilizada para el efecto, el uso de la cláusula de reserva. De conformidad con lo que indica el art. 48 del C. S. del T., cuando se utiliza la cláusula de reserva, previamente deben cancelarse todas las deudas y prestaciones sociales. Esto no lo hizo la Federación como está establecido en los autos pero sin embargo retuvo parte del valor de la cesantía incurriendo en mora.

Las pruebas reseñadas por el recurrente indican en efecto la presentación de la denuncia penal y también que en favor del señor Díaz Ramírez se dictó auto de sobreseimiento definitivo por el Juzgado del Conocimiento que lo fue el cuarto Superior de Cúcuta, providencia que fue confirmada por el Tribunal de Pamplona. Pero la verdad es que ninguna de ellas demuestra que la causa de terminación del contrato fuera el ilícito que se imputó por la demandada al actor. De suerte que su apreciación no fue equivocada por parte del sentenciador, que consideró todas ellas, pero estimó como lo hace esta Sala, que el motivo de finalización del contrato fue la reorganización de los almacenes y la vía utilizada la cláusula de reserva.

En todo caso el cargo ha sido formulado por indebida aplicación de las normas relacionadas en el mismo como consecuencia de errores cometidos en la apreciación de pruebas por el tribunal, pero no por falta de estimación de ellas, luego las que corrieron tal suerte no han sido acusadas. Tal acontece con la llamada por el recurrente confesión hecha por el apoderado del actor en el hecho 5o. de la demanda".

Lo anterior indica que las pruebas relacionadas por el acusador fueron bien apreciadas por el sentenciador y la referente al hecho 5o. del libelo inicial, que no fue considerada por el ad quem, por no haber sido por tal motivo relacionada, no puede considerarse en casación, ya que si no fue estimulada no pudo haber sido mal apreciada por el fallador.

Por lo expresado, el cargo no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Costas a cargo de la parte 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.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CASACION
(Técnica)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 57).

Jorge Cortés demandó en juicio ordinario laboral, ante los jueces municipales de Bogotá (repartimiento), a la *Beneficencia de Cundinamarca,* a fin de obtener su reintegro al cargo fontanero celador plomero y electricista y el pago de los salarios dejados de percibir durante el lapso comprendido entre el día de su despido y el de su reincorporación al trabajo, y en caso de no decretarse esta reincorporación, el pago de indemnización por ruptura unilateral del contrato, indemnización moratoria y pensión de jubilación conforme al art. 8o. de la Ley 171 de 1961.

En apoyo de su pretensión alegó los siguientes hechos: a) Entre la Beneficencia de Cundinamarca y el señor Jorge Cortés se suscribió un contrato administrativo de trabajo el día 1o. de noviembre de 1949 . b) "Con fecha 15 de noviembre de 1967 la Beneficencia de Cundinamarca dio por terminado el contrato administrativo de trabajo" aludido. c) El demandante "desempeñaba las labores de fontanero celador plomero y electricista". d) "La cláusula 6a. de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre la Beneficencia de Cundinamarca y el sindicato de sus trabajadores en el mes de septiembre de 1959 consagra la acción de reintegro para un trabajador que sea despedido sin justa causa, o si la Beneficencia lo prefiere el pago de una indemnización consistente en dos meses de salario por el primer año y 45 días adicional por cada año que exceda de los diez primeros". e) "La cláusula 18o. del laudo arbitral proferido el 11 de octubre de 1963 para regir las relaciones obrero patronales entre la Beneficencia de Cundinamarca y el sindicato de sus trabajadores ratificó lo establecido en la Convención Colectiva de septiembre de 1959". f) "El señor Jorge Cortés al término de la ruptura unilateral e ilegal y sin justa causa comprobada por parte de la Beneficencia de Cundinamarca, tenía más de 50 años de edad y 15 años de servicio". g) El mismo señor Cortés "al término de su contrato administrativo de trabajo era socio del Sindicato de Trabajadores de la Beneficencia de Cundinamarca". h) Cortés, por medio de apoderado, presentó oportunamente ante la Beneficencia la reclamación administrativa correspondiente.

La empresa demandada se opuso a la acción, aceptó unos hechos, negó otros y dijo no constarle los demás.

El juzgado 5o. laboral de Bogotá, que conoció del negocio en primera instancia, condenó a la institución a reintegrar al trabajador de acuerdo con su solicitud y a pagarle los salarios exigidos, o en defecto del mencionado reintegro, a pagarle $ 21.620.00 de indemnización por despido. Absolvió de los demás cargos formulados.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien resolvió la apelación interpuesta por las partes, reformó el fallo anterior, así:

"1o. Modifícase el fallo apelado en sus numerales primero y segundo, así:

"Condénase a la Beneficencia de Cundinamarca, representada por su Síndico-Gerente, a reintegrar al señor Jorge Cortés en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba, o, en su defecto, a pagarle la suma de Veintiun Mil Quinientos Ochenta y Tres Pesos ($ 21.583.00), conforme a lo dispuesto por la Convención Colectiva de Trabajo en su art. 6o.

"Condénase a la Beneficencia de Cundinamarca, representada por su Síndico-Gerente, a pagar al señor Jorge Cortés los sueldos dejados de percibir desde el día trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967) y hasta el día en que se verifique el rein-

tegro o el pago de la indemnización convencional a que se hace referencia anteriormente.

"2o. Revócase el numeral tercero de la sentencia recurrida en cuanto absuelve a la Beneficencia de Cundinamarca de la pensión de jubilación solicitada en la demanda, y, en su lugar condénase a la misma entidad, representada por su Síndico-Gerente, a pagar al señor Jorge Cortés, con cédula de ciudadanía No. 17.028.491 de Bogotá, una pensión mensual vitalicia de jubilación de Setecientos Cuarenta y Ocho Pesos con Noventa y Cinco Centavos ($ 748.95), a partir del día trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), pensión que se le reconoce sólo en el evento de que la Beneficencia de Cundinamarca opte por pagar al demandante la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin causa comprobada a que se la condena en el numeral 1o. de este fallo, conforme a la parte motivada del mismo.

"Revócase el numeral quinto del fallo apelado, y, en su lugar, dispone que no procede la condenación en costas.

"4o. Confírmase la sentencia materia de la alzada en todo lo demás".

Contra esta última providencia interpuso la Beneficencia de Cundinamarca el recurso de casación que se procede a decidir.

Con fundamento en la causal a que se refiere el art. 23 de la Ley 16 de 1968, la recurrente solicita la casación de la resolución de segundo grado en los siguientes términos:

"Solicito de esa H. Sala que como consecuencia de la prosperidad del presente recurso extraordinario se sirva casar la sentencia impugnada, que en el presente caso lo es la de segunda instancia dictada por el *ad quem* el 6 de junio de 1969, fls. 188 a 199 del expediente, en el sentido de que queden sin efecto alguno las siguientes condenas: a) Reintegro del actor a su cargo en la Beneficencia de Cundinamarca o el pago de la suma de $ 21.583.00 m/cte. b) En cuanto a la condena de sanción moratoria o salarios caídos; y c) En cuanto que condena a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación. Que en cambio, la misma sentencia sea confirmada en cuanto a todo lo relacionado con las absoluciones que el *ad quem* decretó en favor de la Beneficencia de Cundinamarca".

Con el fin de obtener fallo de la Corte en el sentido que acaba de expresarse, formula a la sentencia impugnada los cargos que en seguida se transcriben:

"*Primero.*- Por la causal comprendida en el art. 23 de la Ley 16 de 1968 impugno extraordinariamente la sentencia de seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve, la cual obra a los fls. 188 a 199 de expediente, dictada por el ad quem en el presente juicio ordinario por error evidente de hecho en que incurrió dicho tribunal, lo que trajo como consecuencia la violación indirecta o de medio de las siguientes disposiciones legales sustantivas: Arts. 4o., 19, obligación quinta (5a.) del art. 28, lit. g) del art. 47, numerales segundo (2o.) tercero (3o.) y 8o. del art. 48 del Decr. 2127 de 1945 y arts. 491 y 492 del C. S. T., por haber dejado de apreciar las siguientes pruebas auténticas: 1o.) Las posiciones absueltas por el actor, cuando respondió a las preguntas doce (12) y trece (13) de dicho cuestionario, y, 2o.) La copia auténtica de la Resolución Administrativa número ochocientos treinta y tres (833) de siete (7) de noviembre de mil novecientos sesenta y siete (1967), la cual obra al folio ochenta y cuatro (84) del expediente .

"*Segundo.*- Por la causal comprendida en el art. 23 de la Ley 16 de 1968, impugno extraordinariamente la sentencia del seis (6) de junio de mil novecientos sesenta y nueve, la cual obra a los fls. 188 a 199 dictada por el ad quem, en el presente juicio ordinario, por el error evidente de hecho en que incurrió dicho tribunal, lo que trajo como consecuencia la violación indirecta o de medio de las disposiciones incluídas en el Decr. 797 de 1949, por haber dejado de apreciar las siguientes pruebas auténticas, las cuales obran en el expediente debidamente decretadas, las cuales obran a los fls. 90, 91, 92, 93, 105, 106, 107, 108, 109, 134, 135 y 136, 44 a 67, 68 a 78 .

"*Tercero.*- Por la causal comprendida por el art. 23 de la Ley 16 de 1968, impugno extraordinariamente la sentencia del seis (6) de junio de mil novecientos sesenta y nueve (1969), la cual obra a los fls. 188 a 199, dictada por el ad quem, en el presente juicio ordinario, por el error de hecho en que incurrió dicho tribunal lo que trajo como consecuencia la violación evidente e indirecta o de medio de las disposiciones sustantivas incluídas en el art. 8o. y su parágrafo de la Ley 171 de 1961 y art. 11 del Decr. 1611 de 1962, por haber estimado o apreciado probatoriamente, no pudiéndolo hacer, el certificado de tiempo de servicios que obra al fl. 144 del 9 de septiembre de 1968,

por cuanto que tal documento privado, aportado por la parte actora, no fue ni ha sido decretado como prueba en ningún momento dentro del presente juicio".

"*Cuarto.*- Por la causal comprendida por el art. 23 de la Ley 16 de 1968, impugno extraordinariamente la sentencia del 6 de junio de 1969, que obra a los fls. 188 a 199 dictada por el ad quem, en el presente juicio ordinario, por el error evidente de hecho en que incurrió dicho tribunal, lo que trajo como la violación indirecta o de medio del art. 469 del C. S. T., por haber apreciado probatoriamente, no pudiéndolo hacer, el Laudo Arbitral de 1965 que obra a los fls. décimo (10) a diez y siete (17), por no contener la certificación sobre copia auténtica, y, además, haber sido interpolado como se observa al fl. once (11) del expediente, sin que de otra parte se hubiera hecho la salvedad al final de dicho documento".

La parte actora hizo oportunamente oposición al recurso.

SE CONSIDERAN LOS CARGOS

Además de lo defectuoso del *petitum* o alcance de la censura, que pide la revocación parcial de la sentencia de segunda instancia, mas sin expresar qué pronunciamiento cabe respecto de la de primer grado, los cargos formulados adolecen de fallas que impiden a la Sala resolverlas mediante estudio de fondo.

En efecto, el primer cargo se funda en la falta de apreciación por el Tribunal de las posiciones absueltas por el actor y la copia de la Res. 833 de 7 de noviembre de 1967 proferida por el Síndico-Gerente de la Beneficencia de Cundinamarca. De estas pruebas, la segunda sí fue tenida en cuenta por la sala sentenciadora para pronunciar su fallo, como se desprende del siguiente paso de la providencia acusada: "En la resolución número 833 de 1967, por medio de la cual la Beneficencia de Cundinamarca dio por terminado el contrato de trabajo que la vinculaba al actor, se aduce como constitutivo de justa causa para el despido el hecho de que el trabajador 'ha injuriado gravemente a uno de los miembros del personal directivo del Departamento Técnico en que presta sus servicios', y se afirma que el señor Cortés aceptó ese hecho como cierto". No olvidó el Tribunal, así pues, considerar el contenido de tal resolución al verificar el examen de los instrumentos instructorios, por lo cual si el fallador incurrió en el error que se le imputa fue por equivocada apreciación de esa prueba, pero en ningún caso por falta de apreciación de ella como lo afirma la casacionista. Sin que la Corte pueda entrar en el estudio del cargo por concepto de apreciación errónea, pues que no fue formulado por este motivo sino por falta de apreciación. Por lo que hace a la segunda prueba, o sea, a la de posiciones absueltas por el actor, esta Corte ha definido ya en varias sentencias lo que debe entenderse por documento auténtico para los efectos del art. 23 de la Ley 16 de 1968, entre ellas la más reciente de 5 de diciembre de 1969, dictada en el ordinario de Julio César López contra Ray Construction Corporation, S. A., en la cual se expone lo siguiente: "La disposición legal buscó reducir el radio de operancia del error de hecho dentro de la causal primera de casación en materia laboral y para ello excluyó como determinante de tal error toda falla probatoria referida a medios de prueba distintos del documento con calidad de auténtico. Por ello, la norma ha de entenderse referida exclusivamente a la denominada prueba literal, que se contempla en los capítulos III, IV y V del título 17 del libro 2o. del Código de Procedimiento Civil, y mal puede comprender toda versión escrita de los otros medios probatorios, como lo son el testimonio, la confesión Judicial, el dictamen pericial, la inspección ocular. Esto equivaldría a confundir el documento como prueba específica y la constancia escrita dentro del juicio sobre la aducción o la práctica de los medios probatorios". La diligencia de absolución de posiciones no tiene el carácter de prueba literal, sino que es simplemente un medio judicial de obtener *confesión* de parte, por lo cual se entiende excluída de las a que se refiere el art. 23 de la Ley 16 de 1968, no siendo procedente por tanto fundar en su falta de aprobación el recurso que se decide.

En los cargos segundo, tercero y cuarto la impugnante omite toda referencia al error de hecho que se imputa al tribunal sentenciador, con lo que se deja sin base a la Corte para hacer el examen de ellos. Siendo de añadir que en el segundo se habla de la violación de las "disposiciones incluídas" en el Decr. 797 de 1948, habiendo debido citarse las normas concretas que se entienden vulneradas; y que en el cuarto sólo se menciona el art. 469 del CST sobre celebración y depósito de convenciones colectivas, el que por tanto no define ningún derecho para el trabajador. En innumerables fallos ha dicho la Corte que carece de eficacia la censura si, en los casos en que se pretende ver

o no reconocida una determinada prestación, no se señala como violada la norma que la establece, porque siendo el fin del recurso el reconocimiento del respectivo derecho, o al contrario, la revocación de su reconocimiento si ya ha tenido lugar, la violación que determina la quiebra de la providencia judicial no puede provenir sino del desconocimiento del derecho de la parte recurrente, a causa de haberse omitido la aplicación de la regla jurídica que lo consagra o de la indebida aplicación de esa regla.

Por las razones expuestas 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 seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

Se condena a la casacionista en las costas del recurso.

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, Secretario.

ESTIPULACIONES ENTRE LOS PATRONOS

Según el art. 70 del C. S. del T., el antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones en sus relaciones, pero estas modificaciones en manera alguna pueden afectar los derechos de los trabajadores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón).

(Aprobación: Acta No. 100).

Juan Reyes Galvis demandó en juicio ordinario laboral a los *"Laboratorios Picot de Colombia S. A." y subsidiariamente a "Vick Chemical Inc. Colombia"*, domiciliada la primera en Barranquilla y la segunda en Bogotá, para el reconocimiento y pago de pensión plena de jubilación por razón de haber prestado servicios durante más de veinte años continuos a la primera de dichas empresas, de acuerdo con el último sueldo promedio de $ 4.927.50 que devengó en la empresa "Cosmoquímica Limitada", comprendidas las mesadas correspondientes a partir de marzo de 1966; la indemnización moratoria del art. 65 CST y las costas del juicio.

Se fundó de hecho en que entró al servicio de la demandada (Laboratorios Picot de Colombia S. A.) el 1o. de octubre de 1941 y trabajó hasta el 7 de enero de 1962, es decir, por un total de veinte (20) años, tres (3) meses, siete (7) días; en que nació el 27 de mayo de 1910 y cumplió en consecuencia, el 27 de mayo de 1965, la edad de cincuenta y cinco años requeridos para la jubilación; en que el monto de su pensión debe liquidarse conforme al promedio de $ 4.927.50 que disfrutó como último sueldo anual al servicio de la empresa "Cosmoquímica Limitada", al cual se acoge en virtud del fenómeno legal de la sustitución patronal que se operó entre "Laboratorios Picot de Colombia S. A." y "Cosmoquímica Limitada".

La empresa demandada en primer término, o sea los Laboratorios Picot, contestó la demanda aceptando la relación laboral con el actor por más de veinte años consecutivos, dentro de las fechas señaladas. De igual modo admitió expresamente la sustitución patronal operada entre Picot y Cosmoquímica Limitada, pero se opuso a las acciones por estimar que, según los arts. 67 y s.s. y 260 CST, no estaba obligada a pagar la pensión de jubilación.

Durante la primera audiencia de trámite propuso la excepción dilatoria que llamó de ineptá demanda formal, por lo que respecta a la sociedad demandada en subsidio, la cual no se hallaba representada por la persona designada como su gerente, y la que denominó perentoria de inepta demanda sustantiva, que hizo consistir en que Laboratorios Picot de Colombia S. A. carecía de legitimación en causa para contradecir la acción, la cual ha debido dirigirse contra la empresa sustituta Cosmoquímica Limitada. De las dos excepciones, el *a quo* declaró probada la primera y reservó la segunda para ser decidida en la sentencia final.

Fue pronunciada dicha providencia por el Juzgado Primero Laboral Municipal de Barranquilla en sentido de condenar a Laboratorios Picot de Colombia S. A., en liquidación, a pagar a Juan Reyes Galvis la suma de $ 2.115.22 por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 9 de marzo de 1966; y de declarar probada la excepción de inepta demanda en cuanto a la empresa demandada Vick Chemical Inc. Colombia, sin imposición de costas.

La parte vencida en la primera instancia interpuso recurso de apelación ante el *Tribunal Superior de Barranquilla*, el cual lo decidió, por sentencia del 30 de octubre de 1968, confirmando en todas sus partes la resolución apelada.

Contra el fallo del Tribunal se ha elevado el recurso extraordinario de casación por Laboratorios Picot de Colombia S. A., el cual pasa a decidirse previo estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Es propósito declarado del recurrente que sea casada totalmente la sentencia impugnada a fin de que la Corte, en sede de instancia, revoque la del *a quo*, declare probada la excepción perentoria de falta de legitimación en causa pasiva de "Laboratorios Picot de Colombia S. A." y absuelva a esta de la pretensión enderezada en su contra por Juan Reyes Galvis.

Formula al respecto el cargo único de haber la sentencia impugnada aplicado indebidamente los ords. 1o. del art. 260 y 1o. del art. 69, del CST y haber dejado de aplicar los ords. 2o. y 3o. de este art. 69, en relación con el ord. 2o. del mismo 260 y con el art. 70 ibídem.

Alega el recurrente que en el juicio no se discuten la prestación de servicios de Juan Reyes Galvis a Laboratorios Picot, por más de veinte años comprendidos entre el 1o. de octubre de 1941 y el 7 de enero de 1962; ni que al día siguiente de esta fecha, por virtud de una sustitución de patronos, continuó prestándolos a la sociedad "Cosmoquímica Limitada", ni que estando a las órdenes de este último patrono cumpliera los cincuenta y cinco años de edad. Empero, a esta indiscutida situación de hecho, el *ad quem* aplicó fundamentalmente el art. 260 CST, previa su interpretación correcta, porque lo hizo de mano de una acertada doctrina de la Corte referente a un caso contrario al *sub lite*, en que no hubo sustitución de patronos.

Agrega el acusador que según las voces del ord. 2o. del art. 69 CST, es el nuevo patrono el único responsable de las obligaciones que surgen con posterioridad a la sustitución patronal; y que esto es así lo confirma, *a contrario sensu*, el ord. 3o. del propio art. 69, que pone en cabeza del antiguo patrono la carga de las pensiones causadas con anterioridad a la sustitución, porque si en definitiva, por razones de protección social al trabajador, ellas deben ser cubiertas por el nuevo patrono, este tiene el derecho de repetir su valor contra el antiguo.

Expresa, además, que el sentenciador, no obstante afirmar que prescinde de la sustitución patronal como fundamento de su decisión, la que asegura apoyar en el solo concepto de unidad de empresa, ocurre a aquel fenómeno para señalar la existencia de una responsabilidad solidaria entre el patrono sustituído y el patrono sustituto, por la circunstancia de haber cumplido el demandante los cincuenta y cinco años de edad al servicio del último, y como producto de tal solidaridad, dejando de lado a "Cosmoquímica Limitada" por no haber sido demandada, condena a los Laboratorios Picot a pagar al actor la pensión reclamada, con lo cual aplicó indebidamente, sin duda, el ord. 1o. del art. 69 CST, que estatuye la responsabilidad solidaria en cuestión tan solo respecto de obligaciones exigibles al patrono sustituído a la fecha de la sustitución.

Remata el impugnador su acusación en estos términos: "Con lo hasta aquí expuesto creo haber demostrado que el sentenciador no solo violó la ley —lo cual es de toda evidencia— sino que la infringió de la manera planteada en el cargo. Porque ni ignoró ni se rebeló contra ninguna de las normas que se han dejado singularizadas, lo que descarta la infracción directa de las mismas. Porque, aparte del ord. 1o. del art. 260 —que se interpretó correctamente según quedó visto— tanto los ords. 1o., 2o. y 3o. del art. 69, como el 2o. del propio 260, son de tal manera claros y terminantes que no admiten equivocación acerca de su contenido y alcance, lo que descarta, asimismo, su errónea interpretación. Y porque, en definitiva, lo que hizo fue dejar de aplicar los ords. 2o. y 3o. del art. 69 en los que necesariamente queda subsumida la situación fáctica que dio origen a este negocio, y en cambio aplicar desacertadamente el ord. 1o. del art. 260, por no haberlo concordado con aquellos".

El opositor replica a los planteamientos del recurrente, comenzando por algunas disquisiciones sobre el concepto de "empresa" en el derecho laboral, para agregar luego que en este juicio se ha querido invertir el carácter proteccionista de su legislación y en particular de las normas que obligan a los nuevos patronos que se hacen cargo de una empresa a favor de los antiguos servidores de la misma, trayéndolas a cuento para negarse al cumplimiento de una obligación pura y simple; que las reglas que obligan al nuevo patrono a responder en los casos de sustitución patronal no se han hecho para perjudicar a los trabajadores sino para favorecerlos; que debe entenderse que como el derecho jubilatorio no exige que la edad necesaria se cumpla al servicio de un mismo patrono, una vez cumplida, si también se prueba el tiempo de servicio, el trabajador puede escoger a su arbitrio, para demandar el pago de la jubilación, bien a su antiguo patrono, bien al nuevo empresario o patrono sustituto; si se dirige contra el antiguo y este satisface la obligación, esta queda extinguida, mas si se dirige contra el nuevo empresario y este satisface, tiene un derecho indudable de repetición, pues el verdadero y único obligado es el antiguo patrono, a cuyo servicio por más de veinte años

se causó la jubilación; y que es contrario a los principios éticos que informan la ley escrita que el antiguo patrono, en este específico caso jubilatorio, pueda escudarse en normas creadas para facilitar y garantizar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores, lo que equivale a decir: Yo no pago al extrabajador, que le cobre al otro, que en el fondo pagará por mí y luego yo le devolveré a ese otro, todo lo cual resulta inconcebible. De donde el opositor estima que el Tribunal no solamente no violó las normas acusadas por falta de aplicación y aplicación indebida, sino que las aplicó correctamente y con hondo sentido de justicia social; pero en el caso de haber quebrantado la ley lo sería por interpretación errónea, medio que no fue tomado en cuenta por el recurrente al formular su acusación, por lo cual debe desestimarse el cargo y mantenerse en toda su vigencia la sentencia acusada.

Se considera:

El juzgamiento del *ad quem* se exhibe impreciso en aspecto principal de la litis y en el de la voluntad de ley que la resuelve, pues en algunos pasos atiende a la sustitución patronal entre Laboratorios Picot de Colombia S. A. y Cosmoquímica Limitada, y en otros afirma el derecho jubilatorio con prescindencia de dicho fenómeno. Y es claro que, en este último caso, la decisión sería incuestionable, conforme al art. 260 CST, en razón de los veinte años y más de servicios de Reyes Galvis para la demandada y de sus 55 años de edad, aunque estos los hubiese cumplido fuera de la empresa. Mas en el otro supuesto, que parece afirmado por el fallador en citas de los arts. 67, 69 y 70 del mismo estatuto, en la aceptación de las partes y en documento apreciado como prueba, asiste razón al recurrente al acusar la aplicación indebida del ord. 1o. del texto 69 y la falta de aplicación de sus ords. 2o. y 3o., pues si la jubilación se causó, como lo entiende el Tribunal, cuando el trabajador cumplió la edad pensionable "dentro del contrato habido con el patrono sustituto" (fl. 36 del cdno. 2) el derecho no podía gobernarse por la regla primeramente indicada, que de modo expreso se refiere a las obligaciones exigibles a la fecha de la sustitución, sino por la segunda de ellas, que fija en el nuevo patrono la responsabilidad de las que surjan con posterioridad. Decisión que corrobora la regla tercera del mismo precepto, en la exégesis a *contrario sensu* que aduce el cargo, pues para el fallador no hubo derecho nacido anteriormente.

En estas condiciones el ataque es fundado, sin que el asunto se muestre como de interpretación errónea, según dice el opositor, pues no se trata de equivocado entendimiento de las normas referidas sino de aplicación de la primera de ellas a una situación no regulada por ella y falta de aplicación de las otras dos a la que las reclamaban. Tampoco se atiende a la definición que procura el opositor sobre el vocablo "empresa" porque este tema importa al art. 260 CST, y no a los preceptos considerados sobre sustitución patronal que definieron la litis. Sin que, por último, para la mayoría de la Sala su solución se halle en una doble acción contra las empresas sustituída y sustituta porque ni el legislador la consagra ni ella resulta de la solidaridad que establecen los textos referidos.

Con todo, el cargo no destruirá la condena pronunciada contra la sociedad recurrente. Porque en el juicio se probó que entre ella y Cosmoquímica Limitada se convino, en documento cuya apreciación por el *ad quem* no ha sido objeto de ataque, que Laboratorios Picot asumiría la obligación de pagar las jubilaciones que eventualmente le correspondieran por servicios prestados a ella. Así aparece de la cláusula suscrita por los representantes de las sociedades mencionadas el 22 de diciembre de 1961 y de la escritura del fl. 92. Y si bien el liquidador Zuleta al absolver posiciones manifestó no conocer tal convenio y su apoderado en el juicio no acepta la versión que quienes la suscribieron consagraron en el instrumento público que obra a los fls. 90 y v., a más de que atribuyen interés al declarante Leyes, también es cierto que con la contestación de la demanda se acompañó pieza que indica su existencia, y que ella tuvo para el *ad quem* el sentido con que la recibe la Sala, por lo cual es concluyente su apreciación sobre este punto. Picot asumió, pues, por ese denominado convenio entre patronos, la obligación de responder por el tiempo de servicios que le correspondiera, para los efectos jubilatorios, como lo revela también el documento que adujo como prueba respecto de otro extrabajador suyo, y habiéndose cumplido el evento de la edad pensionable en el caso de Reyes Galvis, ella es la persona obligada conforme al texto 260 CST en relación con el art. 70 de la misma obra que autoriza tales convenios. La decisión, en últimas, se ajusta a derecho, en la forma explicada, y el fallo condenatorio debe mantenerse.

En vista de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

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, con Salvamento de Voto.

Vicente Mejía Osorio, Secretario

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EDMUNDO HARKER PUYANA

Inconforme, no con la solución final del recurso, sino con algunas de sus motivaciones, me permito exponer, así sea superficialmente, las razones de mi disidencia.

La sentencia olvida que el caso sub lite registra una situación peculiar, *sui generis,* cual es una sustitución patronal que se operó apenas de manera *parcial,* subsistiendo la vida jurídica de las dos empresas, frente a un trabajador que habiendo prestado la totalidad del tiempo de servicio necesario para disfrutar de pensión jubilatoria a la empresa sustituída —Laboratorios Picot— vino a cumplir la edad indispensable para exigir la prestación efectiva del beneficio hallándose a las órdenes de la empresa sustituta, Cosmoquímica Limitada.

En tal caso, no en virtud de una doble acción solidaria que el legislador no consagra, por innecesaria, sino por la subsistencia de la acción emanada del art. 260 CST, a la que viene a sumarse la acción nacida de la sustitución patronal, el trabajador puede reclamar la pensión a cualquiera de las dos empresas.

La causalidad del derecho jubilatorio depende de estos requisitos: a) la prestación de servicios a empresa del capital legalmente señalado; b) que los servicios, continuos o discontinuos, tengan duración mínima de veinte años; c) que el trabajador cumpla la edad necesaria para hacer efectivo su derecho. Este último requisito, más que un factor axiológico, aparece como condición suspensiva, si así puede ser llamada, de la cual pende el momento vital en que la prestación se hace efectiva. Porque la etiología del derecho jubilatorio no remite a duda que su base jurídica fundamental la constituye la prestación personal del servicio a una misma empresa por el lapso legalmente indicado de veinte años. Tal el sustentáculo generador de la prestación, su raíz cardinal. Cumplido este requisito esencial, el factor edad no aparece sino como la circunstancia vital, dependiente tan solo de un proceso biológico inexorable que discurre con el transcurso de los años, que sirve para poner en marcha o acción el derecho a la jubilación, ganado ya por el servicio de veinte años a una misma empresa. De esta suerte, al trabajador que haya cumplido el tiempo de servicios, sin tener la edad de vejez, le basta, para tener derecho a reclamar su derecho pensional, sobrevivir el interregno necesario para cumplir la edad, pudiendo continuar vinculado a la misma empresa, a otra que puede ser distinta o sustituta de la anterior, o encontrarse también en estado de cesantía. El derecho, como se ha dicho, tiene en todo caso por sujeto pasivo a la empresa en que el trabajador prestó el servicio, en tanto que la obligada se halle viva y actuante, como persona natural o jurídica. Por esta razón, sin duda, la jurisprudencia laboral ha dicho con pertinacia que "para efectos de la pensión jubilatoria, lo esencial es que los servicios hayan sido prestados a una misma empresa por veinte años, siendo indiferente que durante ese tiempo haya cambiado de dueño y que el cambio dé lugar a una sustitución patronal, o que dicho fenómeno no se produzca" y que "su base jurídica (de la pensión jubilatoria) es el servicio a una misma empresa, continuo o discontinuo, por veinte años".

En el caso que los autos registran, el demandante sirvió a la misma empresa durante veinte años continuos; la empresa tiene el capital necesario para soportar la prestación, supervivendo con existencia jurídica indiscutible, así sea en estado de liquidación; y el trabajador, finalmente, ha llegado a la edad necesaria para demandar el pago de la pensión plena de jubilación. Se han llenado, pues, todas las condiciones para que Laboratorios Picot, con base en la acción consagrada en el art. 260 CST, sea obligada a pagar al actor Reyes Galvis la pensión que este le demanda, y que el Tribunal le reconoció con justicia y legalidad.

La propia sentencia, de cuya fundamentación me aparto, lo reconoce así cuando expresa que "la decisión sería incuestionable, conforme al art. 260 CST, en razón de los veinte años y más de servicios de Reyes Galvis para la demandada y de sus 55 de edad, *aunque estos los hubiese cumplido fuera de la empresa*" (subrayo). Empero, la circunstancia de la

sustitución parcial de patronos efectuada entre Laboratorios Picot y Cosmoquímica Limitada desvía el fallo de su conclusión lógica ante la sola consideración de que la sustitución parcial fijó en el nuevo patrono la responsabilidad de las obligaciones surgidas con posterioridad, como si esa responsabilidad pudiera ser exclusiva del sustituto por el solo hecho de que el trabajador cumpliera la edad por fuera de la empresa.

La sustitución parcial no puede tener, sin embargo, la consecuencia aberrante de privar al trabajador de la acción consustancial que tiene contra la empresa a la cual sirvió durante veinte años. El fallo desatiende en este punto la razón de ser de la sustitución patronal, figura jurídica que la doctrina y la legislación laboral moderna, inspiradas en el principio de la comunidad de la relación de trabajo, concibieron en interés exclusivo de los trabajadores, con el fin de evitar que por medio de sustituciones o enajenaciones reales o simuladas pudieran afectarse sus derechos sociales. Al respecto, nuestro derecho positivo regula diversos casos de sustitución de empresas a través de los arts. 67 a 70 CST; mas ha de entenderse que en un caso peculiar de sustitución parcial como el contemplado en esta litis, ningún fenómeno de responsabilidad solidaria ni de responsabilidad exclusiva puede eliminar la acción del trabajador con origen en el art. 260 CST, dentro de los perfiles y lineamientos de la situación litigiosa que se examina, pues no debe descuidarse que la responsabilidad derivada de la sustitución patronal se instituyó en beneficio del trabajador, en garantía y protección contra insolvencias o defraudaciones del patrono sustituído. Ha de admitirse, por tanto, que en la hipótesis fáctica del litigio el trabajador bien podía accionar contra el patrono sustituto, mediante la acción emanada del fenómeno de la sustitución, o dirigir la acción contra el antiguo patrono, pues lo que es un derecho, o mejor, una facultad instaurada en favor del trabajador no debe convertirse en obligación en su contra, que pueda lesionar sus intereses en determinado momento, con menoscabo de los propósitos que persigue el derecho social.

Fecha ut supra.

Edmundo Harker Puyana

CAJAS DE PREVISION SOCIAL

Las Cajas de Previsión Social son diputadas para el pago; su función se limita a reconocer y cancelar las deudas originadas de las relaciones de trabajo entre la administración y sus servidores; por tanto, sujeto pasivo de ellas no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 57).

Julio Beltrán Díaz provocó juicio ordinario laboral, ante los jueces del trabajo de Bogotá (repartimiento), a la *Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social (Corpal),* para el reconocimiento y pago de lucro cesante, auxilio de cesantía e indemnización moratoria, con fundamento en la prestación de servicios a esa entidad, como Jefe de Servicios Administrativos, desde el 8 de julio de 1963 hasta el 20 de enero de 1966 en que fue despedido sin motivo justificado, cuando le faltaban cinco meses y dieciocho días para la expiración del respectivo contrato verbal de trabajo. Afirma, además, que la Corporación es un establecimiento público, pero que en cuanto ejecuta actos idénticos a los de los particulares y fue fundada y se maneja como estos fundan y manejan sus propias empresas, sus servidores están comprendidos en las excepciones establecidas en el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945; o sea, que su relación con la Empresa, no es legal o reglamentaria sino que está regida por un contrato de trabajo.

La Empresa se opuso al contestar la demanda a que se hicieran los pronunciamientos solicitados, y negó los hechos en que se apoya la acción.

El fallo de primera instancia, proferido por el juez séptimo laboral de Bogotá, condena a la parte demandada a pagar al actor $ 16.700.00 por lucro cesante, $ 7.650.00 por cesantía, y $ 100.00 diarios desde el 21 de abril de 1966 hasta el día en que se verifique el pago de las anteriores prestaciones por indemnización moratoria.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, quien conoció del negocio en segunda instancia por apelación interpuesta por la demandada, confirmó la sentencia anterior, si bien modificándola en lo relativo a la cuantía de la cesantía que fijó en la suma de $ 7.641.00.

Son razones en que el Tribunal funda su decisión, en lo que atañe a los fines del recurso, que la actividad de la demandada "es la de proveer, abastecer, surtir, mediante la reglamentación pertinente, los elementos a que se refiere el citado art. 2o. de la Ley 28 de 1963", función que en concepto de la sala sentenciadora "es de aquellas de tipo económico comercial que realizan los particulares, y que pudieran estar realizando libremente si el Estado, con sus mismos métodos, no hubiera invadido su campo de acción. Y (que) para hacerlo (...) el estado no requiere ejercitar o desplazar su poder soberano, ni las prerrogativas o privilegios de la Constitución, sino que le basta adecuar sus objetivos y propósitos a los de las iniciativas y organizaciones privadas, dentro de las que sólo es necesario un vínculo contractual".

Contra esta providencia interpuso la Corporación demandada recurso de casación, al que oportunamente se opuso el actor.

Para que la Corte la case, y consecuencialmente revoque la de primer grado "en cuanto condenó al lucro cesante, cesantía e indemnización moratoria y por los demás conceptos de la demanda", formula contra ella, con fundamento en la causal primera del art. 60 del Decr. 528 de 1964, los siguientes cargos:

Primero.- Lo plantea la impugnante en esta forma: "La sentencia recurrida es violatoria, por aplicación indebida, del art. 4o. del C. S. del T. del art. 1o. de la Ley 6a. de 1945; del art. 8o. de la Ley 6a. de 1945; del art. 11 de la Ley 6a. de 1945; de los arts. 1o. y 2o. de la Ley 28 de

1963; del art. 1o. del Decr. 797 de 1949 y de los arts. 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 9o., 13o., 14o., 15o., 16o., 17o., 18o., 19o. y 20o., del Decr. 1071, reglamentario de la Ley 28 de 1963, normas todas de carácter sustancial y nacional, por interpretación errónea de las mismas (...) El Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, D. E., Sala Laboral, dio una aplicación indebida, por interpretación errónea, al art. 4o. del C. S. del T. que lo condujo por esa causa a su violación".

Para sustentar el cargo se expresa en la censura que el art. 4o. que se acaba de citar "establece que las relaciones de derecho individual entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras y demás servicios del Estado no se rigen por el Código sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten", pero que esta es una interpretación equivocada que llevó a la sala falladora, prescindiendo del vínculo jurídico que ligó al demandante con el establecimiento público demandado, a considerar al primero como trabajador de una empresa "con ánimo de lucro o susceptible de ser manejada como las empresas particulares"; que la Corporación demandada, por haber sido creada por la ley 28 de 1963, estar revestida de personería jurídica, poseer patrimonio propio y hallarse exenta del pago de gravámenes y de depósitos previo para exportaciones, forma parte de la Administración Pública, por lo que no puede ser considerada como empresa comercial o industrial ni de economía mixta, no obstante lo cual el Tribunal la tuvo por "empresa comercial, con ánimo de lucro"; que el Tribunal entiende erróneamente que la función de la entidad demandada es de aquellas de tipo económico-comercial que ejecutan los particulares, porque su objeto es "suministrar, sin ánimo de lucro, a las instituciones de asistencia pública o social, tanto oficiales, semioficiales como privadas, productos farmacéuticos y los demás elementos de asistencia médica y odontológica, incluídos elementos de dotación y equipo que tales instituciones requieran para la eficaz prestación de sus servicios"; que la Corporación en forma alguna puede ser clasificada así, porque conforme a la Ley 28 de 1963 y a su decreto reglamentario su actividad está afectada por limitaciones de que carecen las empresas comerciales privadas; que el concepto de empleado público se predica de la naturaleza y origen de la función, y se halla claramente definido en el art. 1o. del Decr. 1074 de 1968, conforme al cual empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión de él.

Se considera:

Si bien la casacionista presenta el cargo por conceptos de violación que se excluyen referidos a las mismas normas, como son los de aplicación indebida y errónea interpretación, se examina en el fondo, sin embargo, porque a pesar del mal planteamiento y del confuso desarrollo que se le da, permite entender al través de su desenvolvimiento que la censura se hace por aplicación indebida de los arts. 1o., 8o., y 11 de la Ley 6a. de 1945, provenientes de la equivocada inteligencia del art. 4o. del C. S. del T. y de los de la Ley 28 de 1963 y los Decrs. 707 y 1071 de 1964 citados en el libelo.

Como la indebida aplicación de las normas primeramente mencionadas sería apenas la consecuencia de la errónea interpretación de las segundas, debe examinarse como cuestión fundamental si en verdad la sala sentenciadora incurrió en la equivocada inteligencia que de estas se le atribuye, pues de no ser así tampoco lo será la consecuencia que la impugnante deduce.

La simple confrontación del art. 4o. del C. S. del T. con lo que su interpretación expresa la recurrente, convence de lo infundado del cargo en lo que a este precepto se refiere, pues que lo que aquel califica de interpretación errada no es tal interpretación sino, antes bien, la reproducción fiel del texto legal. Inexplicablemente la casacionista, después de haber manifestado que el art. 4o. del Código "establece" lo mismo que de la regla transcribe, afirma que la aludida transcripción contiene una "equivocada interpretación del art. 4o.", lo que constituye un contrasentido y pone en evidencia el notorio descuido con que la censura fue concedida y presentada. Y es así como al fin de cuentas omite exponer cuál es la errónea interpretación que del precepto de la sala falladora, ni cuál la que realmente le corresponde. Ni se ve por qué, frente a lo dispuesto en el art. 4o. del Decr. 2127 de 1945, el precepto de la disposición primeramente citada inhiba para considerar a un trabajador oficial como ligado a la administración por un contrato de trabajo, siendo así que el 4o. del expresado decreto dice lo contrario.

En efecto, este último precepto consagraba una regla general, la de que la relación entre el Estado y sus empleados no constituye un contrato de trabajo, y se rige por leyes especiales, pero admitiendo, así sea por excepción, que hay lugar al mencionado contrato, y no a una relación legal o reglamentaria, en los casos

siguientes: a) Cuando se trate de la construcción y sostenimiento de obras públicas; b) Cuando el Estado organice y explote empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas con fines de lucro; y c) Cuando se trate de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma.

El Tribunal entendió que la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social es una entidad de las enunciadas en el literal c), por ser actividad propia de dicho organismo "la de proveer, abastecer y surtir" a las instituciones de asistencia social de drogas, productos farmacéuticos y equipos y elementos médicos y odontológicos; y no anduvo desencaminado al hacerlo, a la luz de la Ley 28 de 1963, pues que conforme a este estatuto, que es el orgánico de la Corporación, esta tiene por objeto "adquirir y suministrar a las personas públicas y privadas productos farmacéuticos o drogas, elementos y equipos para fines de asistencia médica y odontológica" mediante actos de mediación entre productores y consumidores, o sea, que su función no es otra que distribuidora de mercancías para satisfacer necesidades del consumo; y esta función de intermediación económica es más propia de los particulares que del Estado dentro del sistema económico que organizan las instituciones jurídicas imperantes. Si el Estado la asume en ciertos casos, es por excepción, en desarrollo de una política social que se inspira en principios de cooperación al bien común, conforme a un esquema de valores que no solamente le permite intervenir en la economía general sino también invadir el ámbito de la actividad privada cuando quiera que así lo exijan los intereses sociales, lo que está poniendo de relieve que al hacerlo obra a semejanza de los particulares, acudiendo a medios que maneja como estos manejan los suyos. Sin que importe que de su actuación esté excluído el propósito de lucro, porque el último caso de excepción del art. 4o. del Decr. 2127 de 1945 sólo se refería a "instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por estos en la misma forma", sin consideración a beneficio alguno, a diferencia de lo establecido en el caso inmediatamente anterior en el que sí se exigía que la empresa industrial, comercial, agrícola o ganadera se estableciera con fines de lucro. Precisamente el propósito de la excepción tercera era permitir que los trabajadores de empresas del Estado, fundadas con una finalidad de utilidad pública que excluya la de obtener una utilidad económica, pero que sin embargo sean idénticas a las de los particulares en cuanto a su estructura y procedimientos, se vinculen a ellas por contrato de trabajo en vez de por una relación legal o reglamentaria.

Carecen también de las consecuencias jurídicas que la recurrente les atribuye, las que califica de limitaciones que afectan la actividad de la Corporación. Ciertamente la Ley 28 de 1963 consagra disposiciones restrictivas del mercado, de los precios, de los productos, pero estas restricciones no son del todo desconocidas en la empresa privada que bien puede circunscribir, y frecuentemente lo hace, el ámbito de sus operaciones, reduciéndolo a ciertos productos y determinada clientela, y que no expende numerosas drogas sino mediante fórmula médica; y en lo que concierne al origen legal de la entidad, la composición de los organismos directivos, los requisitos para el ejercicio de funciones, procedencia del patrimonio, fiscalización y control, regímenes disciplinario y de incompatibilidades, etc., son características que definen la Corporación como *establecimiento público*, diferenciándolo de la empresa privada, pero que en forma alguna se oponen a la vinculación contractual que a los trabajadores de los *establecimientos públicos* permitía el art. 4o., del Decr. 2127 de 1945 en los casos de excepción allí mismo previstos.

Pero es que, además, el art. 6o del Decr. 1050 de 1968 definió como empresas industriales o comerciales del Estado a las que presentan las características con que la Ley 28 de 1963 revistió a la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social, y el 5o. del Decr. 3135 de 1968 sustitutivo del 4o. del Decr. 2127 de 1945, estableció como regla general que "las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales", vinculados por tanto a la Administración pública por contrato de trabajo. Punto sobre el cual ya ha dicho la Corte: "A la imprecisión de la norma arriba transcrita (art. 4o. del Decr. 2127 de 1945), proveniente de las obvias diferencias que se observan en los establecimientos públicos y empresas oficiales, por razón de su origen y 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 Decr. 1050 de 1968, que distinguen claramente entre establecimientos públicos y empresas comerciales e industriales del Estado, y el art. 5o. del Decr. 3135 de 1968, que la hace entre empleados públicos vinculados por una relación legal o

reglamentaria y trabajadores oficiales ligados por una relación de trabajo simplemente" (cas. 4 de junio de 1969, Rafael Ospina vs. Corporación Autónoma de la Sabana de Bogotá).

A la luz de estas nuevas disposiciones, que no hacen sino precisar conceptos poco claros en la legislación anterior, los trabajadores de una empresa del Estado como Corpal tienen, así pues, el carácter de trabajadores oficiales vinculados a ella por contrato de trabajo.

El cargo consiguientemente no prospera.

Segundo y tercero.- Están presentados por los mismos motivos de violación respecto de las mismas normas, ambos por infracción directa de los arts. 1o., 2o., 3o., 4o. y 5o., de la Ley 28 de 1963 y 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 9o., 13o., 14o., 15o., 16o., 17o., 18o., 19o. y 20o., del Decr. 1071 del mismo año, reglamentario de la mencionada ley, que dio lugar a la aplicación indebida de los arts. 1o., 8o., y 11 de la Ley 6a., de 1945, 4o., y 43 del Decr. 2127 de 1945 y 1o. del Decr. 797 de 1948.

La casacionista manifiesta, para sustentarlo, que "el Tribunal consideró en el caso del establecimiento público Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social 'Corpal', que se trata de una institución idéntica a las de los particulares o susceptibles de ser manejada por estos en la misma forma y que por consiguiente sus servicios están vinculados por una relación laboral contractual y no de derecho público", conclusión a que llegó por no haber tenido en cuenta las disposiciones antes citadas de la Ley 28 y del Decr. 1071 que la reglamenta. Pero ocurre que de dichas normas, orgánicas de la Corporación, sólo resulta que esta es un establecimiento público —o empresa del Estado, conforme al art. 6o. del Decr. 1050 de 1968—, según se vio al examinar el cargo anterior, mas en forma alguna que sus trabajadores no estén vinculados por contrato de trabajo con la entidad patronal. Antes bien, de tales textos se desprende claramente que la relación controvertida cabe en el último caso de excepción contemplado en el art. 4o. del Decr. 2127 y que la Corporación es una empresa oficial de las a que se refiere el 6o. del Decr. 1050. De suerte que, aunque la sala sentenciadora no menciona los preceptos que se supone infringidos, sí se deduce lógicamente que los tuvo en cuenta para situar el caso dentro del supuesto de hecho que ellos prefiguran.

Por lo tanto tampoco prosperan estos dos cargos.

Cuarto.- Lo formula la censura por infracción directa de los arts. 17, ord. a), y 18 de la Ley 6a. de 1945, 1o. del Decr. 1600 de 1945 y 2o. del Decr. 1071 de 1964.

Considera la casacionista que hallándose la Corporación afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social, es a esta entidad y no a aquella a la que le corresponde efectuar el pago de la cesantía demandada, pues que de lo contrario se abre la posibilidad de que el trabajador obtenga un doble pago de la mencionada prestación. Para demostrarlo se apoya en el art. 18 de la Ley 6a. de 1945, en cuanto prescribe que las prestaciones establecidas en el art. 17 de la misma ley se pagarán por la Caja, a la cual se encuentra afiliada la institución demandada en virtud de lo dispuesto en el art. 20 del Decr. 1071 de 1964.

El punto así sometido a la consideración de la Sala ha sido ya definido por ella en varios fallos, de los cuales, en los de 30 de julio de 1964 y 27 de agosto de 1966, dictadas en los ordinarios de Manuel Antonio Rojas contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Alfonso Cuenca Lara contra la misma entidad, respectivamente, se dijo lo que sigue:

"Las Cajas de Previsión Social son disputadas para el pago; su función se limita a reconocer y cancelar las deudas originadas de las relaciones de trabajo entre la administración y sus servidores. Por tanto, sujeto pasivo de ellas no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representan. Así se deduce claramente de lo dispuesto por la Ley 6a. de 1945. En efecto, su art. 18 autorizó al Gobierno para organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, "a cuyo cargo, reza el precepto, estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior", esto es, a las que surjan durante la relación de trabajo y después de su extinción.

Atribución igual ejercen las Cajas de Previsión Social instituídas por las entidades secundarias de derecho público respecto de sus servidores. Si bien el art. 19 de la misma ley dice que la Caja que ordena organizar será una persona jurídica autónoma, tal circunstancia no la hace independiente de la administración pública; continúa perteneciendo a ella, en cuyo nombre y representación actúa. Apenas puede verse en la institución un servicio público descentralizado; cuando ello ocurre, el Estado obra a través de ese servicio, como lo haría si lo manejara directamente. En resumen: frente al em-

pleado oficial ligado a la administración por vínculo contractual de trabajo, no hay dos deudores, la administración por una parte y la Caja de Previsión Social por la otra, sino aquella únicamente. Se sigue de lo expuesto que es inaceptable el argumento de que la empresa tuvo la creencia de no considerarse obligada al pago de la cesantía sino La Caja de Previsión, por lo cual no puede servir de sustento a la buena fe que de ella predica la sentencia parte librarla de la sanción por mora. (Cas. 30 de julio de 1964, Manuel Antonio Rojas vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá).

"La Sala considera indispensable rectificar un grave error de juicio sobre el cual se edifica la sentencia acusada, al sostener que "no procede la condena por cesantía contra la empresa demandada puesto que no es esta, sino la Caja de Previsión, la que debe hacer dicho pago". En repetidas ocasiones ha dicho la Corporación que el deudor originario de las prestaciones sociales es la entidad de derecho público, empresa o establecimiento público que haya recibido los servicios del trabajador, aun en los casos en que el pago de las mismas esté encomendado a un organismo de previsión social. La deficiencia probatoria del reclamo previo ante dicho organismo podrá fundar eventualmente una excepción, mientras no aparezca "agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente" (CPL. art. 6o.); pero de ningún modo respaldar la absolución de aquel deudor originario, si por lo demás se acreditan las circunstancias y condiciones que generan el derecho cuyo reconocimiento judicial haya sido impetrado". (Cas. de 27 de agosto de 1966. Alfonso Cuenca Lara vs. Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá).

Por lo expuesto en estas providencias el cargo tampoco prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el nueve de diciembre de mil novecientos sesenta y ocho.

Se condena a la parte recurrente en las costas del recurso.

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

José Enrique Arboleda V., Guillermo López Guerra, Conjuez; *Carlos Peláez Trujillo.*

Vicente Mejía O., Secretario.

SENTENCIA DEFINITIVA

Ha estimado la jurisprudencia que las providencias en las cuales el sentenciador se inhibe para conocer del fondo del asunto, o sea que no se pronuncia sobre las peticiones de la demanda, absolviendo o condenando al demandado, no pueden considerarse como sentencias definitivas. Sin embargo, para saber si una providencia define la existencia o inexistencia de los derechos que se reclaman, no es suficiente analizar la parte resolutiva del fallo, sino que es necesario estudiar si, aún cuando aparezca una inhibición del sentenciador, en realidad se ha decidido la controversia de fondo, como lo ha dicho esta Sala.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C.).

(Aprobación: Acta No. 95).

Ernesto Barón Ceballos, mayor, domiciliado en Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, presentó demanda contra la *Institución de Crédito denominada Banco Popular,* con domicilio principal en Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo se la condene a pagarle lo siguiente: US$ 611.10 por auxilio de cesantía por el tiempo transcurrido entre el 25 de julio de 1954 al 15 de agosto de 1957, a razón de US$ 200.00 mensuales o su equivalencia en moneda colombiana; US$ 1.200.00, valor de seis primas semestrales; US$ 797.00, valor de tres y medio pasajes de Arica a Buenaventura y US$ 8.400.00 como indemnización por mora hasta la fecha de la demanda.

Según los hechos del libelo, en el mes de marzo de 1954 Ernesto Barón Ceballos, cuando se encontraba en la Paz, Bolivia, listo para viajar a Colombia, fue llamado por unos comisionados del Banco Popular para colaborar en la organización de sucursales en dicha República. Después de realizar dichas funciones, la Junta Directiva del banco y su Gerente General, quienes viajaron a inaugurar las sucursales, designaron como Gerente de la de Santa Cruz a Ernesto Barón el 25 de julio de 1954, quien posteriormente se trasladó a Chile, en donde organizó la Sucursal de Arica, y luego fue nombrado como su Gerente, hasta cuando se le trasladó nuevamente a la Sucursal de Santa Cruz. Estas funciones fueron permanentes y continuas, y el 22 de julio de 1957, cuando Barón se encontraba en Bogotá en uso de sus vacaciones legales, presentó renuncia del cargo que venía desempeñando, la que le fue aceptada. Cumplido el término de sus vacaciones regresó a Santa Cruz, donde hizo entrega de la Sucursal del Banco Popular el 15 de agosto de 1957 a la persona designada para reemplazarlo. Inicialmente el sueldo devengado por Barón fue de US $ 120.00, que se aumentó a US$ 200.00. A pesar de las peticiones que el demandante hizo al Banco Popular para el reconocimiento de sus prestaciones, directamente o por medio de sus abogados, hasta la fecha de la demanda no se las habían liquidado. La entidad demandada ha pagado en dólares o en su equivalente en moneda colombiana a los Gerentes de las Sucursales en el exterior.

Como fundamentos de derecho citó los arts. 22, 23, 24, 49, 54, 55, 61, 64, 65, 135, 249, 253 del C. S. del T., en concordancia con las disposiciones del Decr. 2158 de 1948.

Al contestar la demanda, el apoderado del Banco Popular dijo no constarle algunos hechos y negó otros. Unicamente aceptó el hecho de la renuncia el 22 de junio de 1957 y el de la entrega de la Sucursal el 15 de agosto de 1957. Propuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de prescripción.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del conocimiento, que lo fue el Sexto Laboral de Bogotá, dictó sentencia por medio de la cual declaró probada la excepción perentoria de prescripción y condenó en costas al demandante, cuyo apoderado interpuso el recurso de apelación. *El Tribunal Superior de Bogotá,* Sala Laboral, revocó la sentencia apela-

da y en su lugar se inhibió de desatar la controversia, "por cuanto las autoridades colombianas no son comptentes para dirimirlas". No hizo condena en costas de la instancia.

Recurrió en casación el apoderado del demandante. Concedido el recurso extraordinario por el Tribunal y admitido por esta Sala, se decidirá previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Alega el opositor que la providencia dictada por el Tribunal y contra la cual interpuso el demandante el recurso de casación, no es una sentencia definitiva al no haberse pronunciado el Tribunal sobre la sustancia de la causa, absolviendo o condenando, y por lo tanto no es susceptible de ser recurrida en casación. Resume así su argumentación: "Es evidente, en consecuencia, que la providencia contra la cual el actor interpuso el recurso extraordinario de casación, por no ser sentencia definitiva, no admite tal recurso, máxime si se advierte que en su parte resolutiva, como para evitar equívocos, el H. Tribunal Superior de Bogotá hace énfasis en el hecho de no dirimir la controversia por no ser competente para ello".

Planteada por el opositor la inadmisibilidad del recurso de casación, debe previamente la Sala pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia.

La parte resolutiva de la sentencia acusada dice textualmente: "Revócase la decisión apelada y, en su lugar, se inhibe de desatar la controversia, por cuanto las autoridades colombianas no son competentes para dirimirlas".

Ha estimado la jurisprudencia que las providencias en las cuales el sentenciador se inhibe para conocer del fondo del asunto, o sea que no se pronuncia sobre las peticiones de la demanda, absolviendo o condenando al demandado, no pueden considerarse como sentencias definitivas. Sin embargo, para saber si una providencia define la existencia o inexistencia de los derechos que se reclaman, no es suficiente analizar formalmente la parte resolutiva del fallo, sino que es necesario estudiar sí, aun cuando aparezca una inhibición del sentenciador, en realidad se ha decidido la controversia en el fondo, como lo ha dicho esta Sala. Así, en providencia de 11 de abril de 1962, dijo: "Por sentencia definitiva, dijo el antiguo Tribunal Supremo, auto del 9 de noviembre de 1955 —juicio de Miguel Insignares contra Raymond Pile Company of South America—, siguiendo al tratadista José Chiovenda, se entiende 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 ley que le garantice un bien, sea porque la rechace en atención a que esa voluntad de ley no existe o es inaplicable o su mandato se lo garantiza al demandado. Consecuencia de la anterior doctrina, que esta Sala de la Corte ha reiterado, es la de que, si la sentencia no decide el fondo del litigio, esto es, si no estima o desestima la demanda, no merece el calificativo de definitiva y, por ende, queda sustraída al recurso de casación . . . . . Conviene advertir, para evitar errores de interpretación, que si el fallador en la motivación de la providencia estudia la acción en el fondo y la halla improcedente, la sentencia, aunque adopte una resolución de abstención, debe ser considerada como desestimatoria de la acción, para los fines del recurso extraordinario. El oficio del Juez es decidir la litis y ha de verse una resolución en tal sentido cuando rechaza la acción aunque la sentencia concluya con una declaración inhibitoria".

En el caso *sub lite* el Tribunal dijo inhibirse por considerar que las autoridades colombianas no son competentes para dirimir la litis por haberse celebrado y ejecutado el contrato de trabajo en cuya existencia se fundamenta el petitum en territorio boliviano, por lo cual no es aplicable la legislación colombiana. Esta decisión, que aparentemente se tomó por faltar un presupuesto procesal, la competencia, en el fondo está negando el derecho del demandante que se invoca con fundamento en la ley colombiana, negativa que conlleva la absolución del demandado por no estar la relación surgida con el demandante bajo el amparo de la ley nacional, y dejando sin vida, además, las acciones incoadas al no poder ejercitarse por ninguna otra vía jurisdiccional en Colombia. En realidad el Tribunal decidió con base en la ley colombiana que el demandante carece de acción laboral contra el demandado por los servicios que le prestó en territorio extranjero, lo que implica una decisión sobre el fondo del asunto, aun cuando en la parte resolutiva se diga que no se dirime la controversia.

Siendo definitiva en el fondo la sentencia acusada, y no inhibitoria como lo dice el Tribunal, es susceptible de ser recurrida en casación, por lo cual se estudiará el recurso extraordinario.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"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". Con base en la causal 1a. del art. 60 del Decr. 528 de 1964 formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia "por ser violatoria de los arts. 21, 22, 23, 45, 49, 55, inc. 8o. del art. 57, 65, 71, 72, 135, 249, 253 y 306 del C. S. T. en relación con los arts. 19 del C. C. y en consecuencia con los arts. 2 y 5 del C. de P. L., el art. 4o. Sust. art. 2o. Ley 82 de 1931, numeral 9, 15, 16, 17 de la Ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República, el art. 104 inc. 3o. de la Ley 45 de 1923 arts. 331, 333 y siguientes del C. de Co. por infracción directa de estas disposiciones por falta de aplicación".

Dice el impugnador que el fallador de segunda instancia invocó el art. 2o. del C. S. del T., para sustentar la teoría de la territorialidad de la ley, sin detenerse a examinar el art. 19 del C. C. que consagra el principio de la ley nacional o del Estatuto Personal en lo relativo a la capacidad y al estado civil de las personas, y que contraría el principio de la territorialidad de la ley, por lo cual enfrentadas las dos disposiciones, ha debido preferir la que favorezca al trabajador, según lo ordenado en el art. 21 del C. S. del T., todo dentro de la hipótesis del Tribunal. Por otra parte, continúa el acusador, la hipótesis de la territorialidad de la Ley no puede aceptarse ni la ha admitido la doctrina colombiana ni la de los organismos internacionales en forma tan absoluta como lo establece la sentencia acusada, pues ha sido ampliamente revaluada y universalmente rechazada, y más aún, el C. S. del T. consagra la teoría del Estatuto Personal en los arts. 71 y 72 que regulan la celebración simultánea de varios contratos individuales de trabajo que pueden tener cumplimiento en el extranjero.

Para el recurrente el art. 2o. del C. S. del T., no consagra la territorialidad de la ley, ni un principio de derecho internacional privado, sino que se refiere al derecho de los extranjeros a ser juzgados, en cuanto a las relaciones nacidas del contrato de trabajo, por las normas del Código, lo mismo que los nacionales; pero ello no le haría perder el derecho a ser juzgados en el país de origen por sus propias leyes en caso de que el trabajador en Colombia haya sido contratado por un nacional de su país, como la sucursal de una casa extranjera, o a demandar a su patrono aquí, conforme a la ley colombiana, pues el art. 2o. del C. S. del T. establece un término de la opción: o el lugar en que el trabajo se verificó o el lugar del domicilio del demandado, y que por ello se puede probar la ley extranjera. Consecuente con esta opción, es el art. 5o. del C. P. del T., norma a la cual se ciñó el actor. Un Banco Comercial Colombiano —continúa el recurrente— no puede abrir una sucursal o agencia en el exterior, sin autorización de su Junta Directiva (Ley 45 de 1923); el demandante no podía trabajar como Gerente en Bolivia sin contrato autorizado por la Junta Directiva de la Casa Principal Colombiana, y en eso consistía la garantía para el trabajador: la existencia y residencia en Colombia de su patrono, porque aquí estaban sus jueces. Pero el fallo recurrido dejó al actor sin jueces, pues no lo tiene en Bolivia, porque allá no existe el Banco Popular, aunque existió, y no los tiene en Colombia, porque el fallo lo remite a Bolivia, donde se cumplió el contrato, en una sucursal que fue o era una delegación de la entidad principal de Bogotá, solución esta que no considera jurídica, pues deja a un nacional colombiano sin Juez que restituya la equidad violada en contra del empleado por su patrono.

Hay otras razones, a juicio del acusador, que amplían las anteriores. Así, dice que está demostrado y no se ha desconocido por el fallador, que Barón Ceballos fue designado por el Gerente General del Banco Popular en Bogotá, previa autorización de la Junta Directiva, como Gerente de la Sucursal en Santa Cruz, Bolivia; que la subordinación durante el tiempo de su mandato se llevó a cabo en Bogotá, de donde emanaban las órdenes, por lo cual tuvo efectos en Colombia, concretamente en la Casa Principal; que el actor es ciudadano colombiano; que la Casa Principal del Banco Popular está domiciliada en Bogotá, y que extremando la tesis podría sostenerse que en el momento en que se designó a Barón Ceballos como Gerente en Bolivia ya no tenía domicilio en ese país, pues había comprado pasajes para establecer su domicilio en Colombia.

Se refiere luego al art. 4o. de la Ley 25 de 1923, sustituído por el art. 2o. de la Ley 82 de 1931, según el cual la Sucursal del Banco Popular en Bolivia no habría sido boliviana, sino colombiana; como Sucursal del banco en Bogotá era su delegatoria, sus acciones colombia-

nas y su personal colombiano, por lo cual imperan las leyes colombianas del trabajo que amparan a los trabajadores de esa Sucursal en la misma medida y amplitud que si operara en territorio colombiano; y al art. 8o. de la Ley 45 de 1923 que define a los Bancos extranjeros, cuyos accionistas o personal trabajador extranjero pueden demandar bien en Colombia o en su domicilio principal.

Por último, el impugnador se refiere a la forma como fueron violadas las normas enunciadas en la formulación del cargo y a la incidencia de la violación en el fallo recurrido.

Para el opositor el cargo es improcedente, pues de acuerdo con los hechos probados en el proceso el contrato de trabajo que Barón Ceballos acordó con el Banco Colombo-Boliviano fue celebrado en el extranjero para que tuviera sus efectos y se cumpliera en la nación donde se perfeccionó y no en ninguna otra, siendo acertada la decisión del Tribunal que se ciñó al principio de la territorialidad de la ley que consagra el art. 2o. del C. S. del T., y en consecuencia reconoció que la controversia promovida por Barón Ceballos no corresponde desatarla a las autoridades colombianas, acogiéndose a la jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo y a la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Se considera:

El Tribunal, después de dar por demostrado, con base en la demanda inicial y los documentos que a ella se acompañan, que entre las partes se celebró un contrato de trabajo en Bolivia para prestar los servicios allí, se refiere el art. 2o. del C. S. del T., y dice que esta norma predica en forma absoluta el principio de la territorialidad. Para el impugnador el ad quem ignoró el art. 19 del C. C., que a su juicio consagra el principio de la ley nacional o del Estatuto Personal, y dice que ante el conflicto entre las dos normas, ha debido aplicarse la más favorable al trabajador, que lo es la última disposición.

A juicio de la Sala, ante el supuesto fáctico que el sentenciador encontró demostrado, o sea la celebración de un contrato de trabajo en el extranjero y la prestación allí mismo de los servicios personales por parte del trabajador, no infringió directamente el art. 19 del C. C., por ignorancia o por rebeldía contra la norma, pues el hecho de celebrar un contrato y ejecutarlo posteriormente en el exterior no está regulado por el art. 19 del C. C., que se refiere a la aplicación de la ley colombiana a colombianos residentes en el exterior en lo relativo al estado de las personas y a la capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efectos en el territorio colombiano, eventos que no son materia de la controversia, pues no se trata en el caso en estudio del régimen aplicable al estado civil de las partes ni a la capacidad para celebrar contratos que hayan de tener efectos en el país. No puede haber, por lo tanto, un conflicto entre el art. 2o. del C. S. del T. y el art. 19 del C. C., pues el primero se refiere a la aplicabilidad de la ley colombiana a los residentes en el país, y el otro al estado civil de los colombianos y a su capacidad para celebrar ciertos contratos en el exterior, que se rigen por la ley colombiana.

Argumenta también el impugnador que la hipótesis de la territorialidad de la ley no puede aceptarse ni la ha admitido la doctrina colombiana ni la de los organismos internacionales en forma tan absoluta y que aun el C. S. del T. consagra la teoría del Estatuto Personal en los arts., 71 y 72. Sobre este argumento cabe observar que estos artículos no establecen la extraterritorialidad de la ley, pues se limitan a exigir el cumplimiento de ciertos requisitos para la validez de los contratos de trabajo celebrados en el país que van a ejecutarse en el exterior, pero no regulan sus efectos, es decir, no se refieren a los derechos y obligaciones que han de surgir entre las partes con motivo de la prestación de los servicios en el exterior. Se exige en dichos artículos ciertas garantías a los patronos para proteger a los trabajadores en relación con los gastos de transporte y su repatriación, protección que es la mínima que un Estado puede prestar a los nacionales cuando salen del país en virtud de enganches colectivos. Por otra parte, es tendencia del Derecho Internacional del Trabajo consagrar la territorialidad de las normas sobre protección al trabajo, y así en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales aprobada en abril de 1948 en Bogotá por la Novena Conferencia Internacional Americana, se dijo en el art. 2o., inc e), que "Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros".

Respecto a que el contrato de trabajo celebrado entre Barón Ceballos y el Banco Popular tuvo efectos en Colombia por emanar de la Casa Principal en Bogotá las órdenes que debía

cumplir el trabajador, y haberse hecho por el Gerente del Banco Popular en Bogotá, previa autorización de la Junta Directiva, la designación del demandante como Gerente en Santa Cruz, es una cuestión de hecho, ajena a la infracción directa de la ley, pues el sentenciador estimó que la prestación de servicios se había realizado en Bolivia, y a este supuesto fáctico aplicó el art. 2o. del C. S. del T., en el sentido de que la relación laboral no estaba amparada por las normas de dicho Estatuto, por no haberse realizado en Colombia.

Los arts. 4o. de la Ley 25 de 1923 y 8o. de la Ley 45 de 1923, que reglamentan la adquisición de acciones del Banco de la República por los bancos extranjeros y los define, no han sido violados por el sentenciador, quien no ha negado la nacionalidad colombiana de las sucursales del Banco Popular en Bolivia, sino que se limitó a afirmar que la ley colombiana no era aplicable a las relaciones de trabajo surgidas y ejecutadas fuera del territorio nacional. No habiéndose infringido directamente las normas señaladas como violadas por el recurrente, no prospera el cargo.

Cargo segundo

"Acuso la sentencia por ser violatoria de los arts. 21, 22, 23, 45, 49, 55, inc. 8o. del art. 57, 65, 135, 249, 253 y 306 del C. S. del T., en relación con los arts. 19 del C. C. y en concordancia con los arts. 2o. y 5o. del C. de P. L., el art. 2o. de la Ley 82 de 1931, sustitutivo del art. 4o. de la Ley 25 de 1923, orgánica del Banco de la República; el art. 104 inc. 3o. de la Ley 45 de 1923 y arts. 331 y 333 del C. de Co., por interpretación errónea".

Dice el impugnador que el sentenciador basó su inhibición exclusivamente en el art. 2o. del C. S. del T., dándole a esta disposición una errada interpretación en el sentido de aplicarle un criterio de territorialidad de la ley absoluto, que ha dado lugar a la violación de las normas citadas que consagran los derechos de los trabajadores colombianos. "Esta disposición —argumenta el recurrente— en la cual fundamenta su inhibición el sentenciador, por carencia de jurisdicción, no consagra ningún principio de derecho internacional privado ni el estatuto de la territorialidad de la ley, como se hace aparecer en el fallo acusado. Esta norma tan solo desarrolla el derecho de los extranjeros a ser juzgados, en cuanto a sus relaciones nacidas del contrato de trabajo, por las normas de este Código, lo mismo que los nacionales colombianos. Pero ello no quiere decir que no puedan ser juzgados en el país de su origen por sus propias leyes en caso de que el trabajador en Colombia haya sido contratado por un nacional de su país, digamos, la sucursal en una casa extranjera. En otras palabras, el extranjero puede demandar aquí y las leyes colombianas le dan toda su protección, pero no pierde el derecho de demandar en el lugar de su domicilio, fuera de las fronteras, donde esté domiciliada la casa principal a la que prestó sus servicios, porque el art. 2o. citado es un término de la opción: o el lugar en que el trabajo se verificó, o el lugar del domicilio del demandado". Agrega que consecuente con esta opción es el art. 5o. del C de P. L., y que dicha interpretación está reforzada por los numerales 9o., 15, 16 y 17 del art. 2o. de la Ley 82 de 1931, que consagra la ley del domicilio para los accionistas y personas extranjeras de las sucursales de bancos extranjeros que realizan operaciones en Colombia, quienes están amparados por las leyes colombianas, pero pueden recurrir a los Tribunales del país de origen si el conflicto se plantea con una entidad de esa misma nacionalidad, y que en Colombia sucede igual cosa con los nacionales colombianos que están vinculados por contrato de trabajo con entidades colombianas en el exterior, si la sede principal está en territorio colombiano, pues quedan amparados por las leyes colombianas.

Para el impugnador está demostrado y no se ha desconocido por el fallador, que Barón Ceballos fue designado Gerente de la Sucursal del Banco Popular en la población de Santa Cruz, República de Bolivia, por su Gerente General del Banco Popular, con domicilio en Bogotá, previa autorización de la Junta Directiva de la Casa Principal; que Barón Ceballos es de nacionalidad colombiana; que la subordinación a que está sometido el actor fue siempre constante con la Casa Principal del banco en Bogotá, recibiendo órdenes directas tales como la de trasladarse a la ciudad de Arica, Chile, a organizar otra sucursal, permisos concedidos directamente desde Bogotá, y su renuncia presentada ante la Casa Principal y aceptada por esta.

Concluye el acusador diciendo que la errada interpretación que el Tribunal dio al art. 2o. del C. S. del T. lo condujo a la no aplicación de las normas sustanciales relacionadas al enunciar el cargo.

Se considera:

El Tribunal, al referirse al art. 2o. del C. S. del T., se expresó en la siguiente forma: "Entre los distintos sistemas de derecho internacional privado, el art. 2o. del C. S. del T., predica en forma absoluta el de la territorialidad. De acuerdo con él la legislación se aplica, abstracción hecha de la nacionalidad de las partes, y teniendo solamente en cuenta el lugar de prestación del servicio. Si este se realiza en Colombia, es la legislación Colombiana la aplicable; pero de no, esta no se aplica. El ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo colombiano se confunde, así, con el de las fronteras del territorio nacional".

Ahora bien: entendiendo el principio de la territorialidad de la ley como aquel que propugna "la validez exclusiva de las leyes del Estado sobre el ámbito territorial del mismo, sin atender a la condición de nacional o extranjero de la persona", es claro que el ad quem no interpretó erróneamente el art. 2o. del C. S. T., al afirmar que consagraba la territorialidad de la ley pues no otra cosa expresa la norma citada cuando dice que: "El presente código rige, a todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad". Esta ha sido, además, la interpretación que le ha dado la jurisprudencia de esta Corporación, como puede verse en el fallo de 9 de abril de 1959, que el Tribunal transcribe en la sentencia acusada. De manera que el ad quem interpretó correctamente el art. 2o. del C. S. del T.

Respecto a la aplicación del art. 5o. del C. P. del T., es claro que él rige la competencia en relación con los contratos de trabajo ejecutados en Colombia, pero no se refiere a las relaciones de trabajo realizadas fuera del país. Esta norma, por lo tanto, fue también interpretada correctamente.

No habiendo el fallador interpretado erróneamente las normas anteriores, no se produjo la violación consecuencial de las otras enumeradas por el impugnador. En consecuencia 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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral.

Costas del recurso 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, Guillermo López Guerra, Conjuez, *Edmundo Harker Puyana.*

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTINUADA SUBORDINACION O DEPENDENCIA DEL TRABAJADOR

La circunstancia de que la actividad del trabajador se cumplía solamente cuando había trabajo, no indica necesariamente que no estuviese bajo la continuada dependencia de quien se beneficiaba de sus servicios, pues para que ella exista no exige la ley que el servicio deba prestarse todos los días; y no se opone a la subordinación el que el trabajo se realice en determinados días, dada la modalidad de las labores desempeñadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre quince de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C).

(Aprobación: Acta No. 95).

Luis Eduardo Chaverra, mayor, vecino de Puerto Berrío, demandó por medio de apoderado a *Distribuidora Aguila S. A.,* para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se la condene a pagarle todo cuanto se dedujese y probare por concepto de cesantía, primas de servicios por todo el tiempo servido, horas extras, domingos y festivos, vacaciones, indemnizaciones por violación unilateral del contrato de trabajo, mora en el pago de las prestaciones y costas del juicio. Subsidiariamente pidió la condena por todo cuanto se dedujere y probare en el juicio por uno o algunos de los conceptos anteriores.

Según los hechos de la demanda, Luis Eduardo Chaverra prestó sus servicios a Distribuidora Aguila S. A. desde el 20 de junio de 1956 hasta el 31 de julio de 1960, siendo sus funciones cargar y descargar la cerveza que distribuye la entidad demandada, sin sujeción a horarios, ni días laborables, por lo cual su labor era continua, interrumpida únicamente cuando se terminaba de descargar y no llegaban embarcaciones con cerveza embotellada. El cargue y descargue lo hacía el demandante en compañía de otros trabajadores y obtenía un salario promedio de diez pesos diarios. Fue despedido intempestivamente y no se le han pagado los salarios y prestaciones e indemnizaciones solicitados.

Al contestar la demanda el apoderado de Distribuidora Aguila S. A., lo que hizo irregularmente en la primera audiencia de trámite, negó los hechos y se opuso a las peticiones impetradas en el libelo. Propuso las excepciones de prescripción e inexistencia del contrato de trabajo.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Juez del Trabajo de Puerto Berrío condenó a Distribuidora Aguila S. A. a pagar a Luis Eduardo Chaverra cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) por cesantía; cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) por prima de servicios y ciento cincuenta pesos ($ 150.00) por vacaciones y absolvió en lo demás.

Apelaron ambas partes. *El Tribunal Superior de Medellín,* Sala Laboral, dictó sentencia por medio de la cual condenó a "Distribuidora Aguila S. A." a pagar a Luis Eduardo Chaverra setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) por cesantía; setecientos cincuenta pesos ($ 750.00) por primas de servicios, y tres cientos pesos ($ 300.00) como compensación de vacaciones; absolvió de los restantes cargos formulados. Como el a quo, no hizo condena en costas.

Recurrió en casación la parte demandada. Concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se decidirá el recurso previo el estudio de la demanda y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Persigue el quebrantamiento total del fallo recurrido para que, en razón de la prosperidad del primer cargo y en la decisión de instancia subsiguiente, se revoque el fallo del a quo absolviéndose a la Sociedad demandada en el juicio de todos los pedimentos del libelo inicial. En subsidio, y conforme a la segunda acusación, persigue el quebrantamiento parcial en cuanto a las condenas por cesantía, prima de servicios y vacaciones, y en cuanto el Tribunal adicionó el fallo del Juzgado declarando no probadas

las excepciones propuestas por la parte demandada, para que al convertirse la Sala en Tribunal de instancia, revoque esas condenaciones y absuelva en su lugar a la demandada por los respectivos extremos, confirmando, además, los ordenamientos absolutorios del primer grado.

Con base en la causal primera formula dos cargos, los cuales se estudiarán en su orden.

Primer cargo

"La sentencia objeto del presente recurso es violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 22, 23, 24, 186, 189 conforme al 7o. del Decr. 617 de 1954, 249, 253 y 306 del C. S. del T., violaciones en que incurrió el Tribunal a consecuencia de error evidente de hecho, que provino de la mala apreciación de unas pruebas y de la falta de apreciación de otras, 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. Hubo, también, en violación medio que acuso, aplicación indebida, en la modalidad de falta de aplicación, de los arts. 42, 51, 52 y 61 del C. P. del T., en relación con los textos 674, 675, 684, 683, 686, 687, 688, 690, 692, 693, 701, 702, 632 y 636 del C. J. De aquel vínculo el Tribunal dedujo las condenaciones que impugno y que constituyen también aplicación indebida de los textos sobre cesantía, primas y vacaciones citados. Por ello, además, declaró no probadas las excepciones pertinentes propuestas por la parte demandada.

"Las pruebas mal apreciadas son: a) las declaraciones de Luis Eduardo Berrío Tejada, de fl. 17, Miguel Valencia, de fl. 18, y Eduardo Bustamente, de fl. 19; b) el dictamen pericial de fl. 30; c) la presunción fundada en el art. 24 del C. S. T., y d) la demanda inicial.

"Hubo, además, indebida apreciación, primero como pruebas, y luego en sí mismas, de las copias compulsadas por el Secretario del Tribunal del juicio del señor Argemiro Córdoba, que obran a fls. 46 a 53, y que contienen los datos de la Inspección Fluvial de Puerto Berrío en respuesta a un exhorto del Juzgado del conocimiento de aquel juicio (fl. 46) y las declaraciones de Andrés E. Avendaño (fl. 47), Luis Eduardo Berrío Tejada (fl. 49), Guillermo Zapata (fl. 50) y Eduardo Bustamente (fl. 52).

"Las pruebas dejadas de apreciar son: las declaraciones de José Giraldo (fl. 23) y Gustavo Correa (fl. 24) y la inspección ocular de fl. 25.

"Por haber apreciado mal las pruebas primeramente indicadas, por haber tenido como pruebas primero y apreciado indebidamente después las del segundo grupo, y por haber dejado de apreciar las últimas que asimismo he singularizado, el Tribunal dio por establecido, contra la evidencia, que entre las partes litigantes existió un contrato de trabajo y dedujo, además, sus condenas por los conceptos de cesantía, prima de servicios y vacaciones. De no haber sido por este error evidente habría tenido que declarar la inexistencia del vínculo laboral y absolver a la demandada por todos los extremos de la litis, revocando al efecto la sentencia de primer grado y absteniéndose de producir la declaración con que adicionó su proveído de segunda instancia".

Respecto a los testimonios de Luis Eduardo Berrío, Miguel Valencia y Eduardo Bustamante, dice el recurrente que el Tribunal no advirtió que ellos mismos destruyen el elemento de la continuada dependencia o subordinación jurídica y con él la presunción y el contrato de trabajo. Así, Berrío sin poder precisar las fechas de iniciación ni terminación de los servicios, dijo haber visto a Chaverra por espacio de unos cinco o cuatro años ejecutando el cargue de camiones y vagones del ferrocarril, en la labor a destajo que se prestaba para la sociedad demandada "desde que hubiera embarcaciones con cerveza para este puerto", y que, "como también había días en que no había", "en los días en que no llegaba cargamento estaba pendiente de este". El testigo Valencia, —continúa el impugnador— no vio esas labores durante el mismo tiempo, sino tan solo durante tres o cuatro años, y ellas consistían en el cargue de los vagones que tenían cargamento de Distribuidora Aguila, "cuando hubiera carga de dicha empresa", quedando Chaverra a la expectativa si no llegaba carga. Y Bustamante redujo a año y medio el tiempo de duración de los servicios, determinándolos entre fines de 1958 y principios del 60, sin precisión de fechas, y haciéndolos consistir asimismo en el cargue y descargue de cerveza, cuando había cargamento, y quedando Chaverra pendiente de su llegada, cuando no lo había. Argumenta el impugnador que con estas declaraciones había para deducir, en forma opuesta a como lo apreció el fallador, que los servicios al demandante no se prestaban en condiciones de continuada dependencia, sino que la actividad de Chaverra se cumplía solamente cuando había trabajo, esto es, cuando llegaban al puerto embarcaciones con productos de Aguila; que ninguno de estos

testigos afirma que el demandante tuviese la obligación de cargar o descargar las embarcaciones con productos de la demandada, cuando los hubiere, lo que agregado a que el salario era pagado por tonelada movilizada al grupo o cuadrilla de los braceros, según la demanda inicial, obliga a concluir que la vinculación era por tarea cumplida, con operaciones que solo para esas ocasiones se ocupaban, y sin la nota de subordinación jurídica fundamental para la prosperidad de las acciones instauradas.

Para el impugnador las piezas que obraron en el juicio de Argemiro Córdoba y que el Tribunal ordenó traer en copia al juicio de Chaverra contra la misma demandada, debían rechazarse como pruebas, por cuanto su producción en el proceso definido por la sentencia que se impugna, infringe el rito establecido por el C. P. del T. en los preceptos que menciona al formular el cargo, en su estructura general y en sus particularismos respecto a la prueba documental y de testigos, y hasta las formalidades atendibles del procedimiento común, establecidas por los textos del C. J., que relaciona, todos los cuales son necesarios para que puedan valorarse en juicio las probanzas. Dice que está bien que los principios que informan el juicio de trabajo procuren la verdad real y faciliten su establecimiento mediante el impulso oficioso y la valoración científica, pero ello no autoriza para prescindir de la realidad instituída ni para producir ni valorar las pruebas arbitrariamente, pues los arts. 42 y 52 C. P. del T., ordenan que las pruebas se produzcan con sujeción al principio de inmediación y en audiencia pública so pena de nulidad, y aquí el Tribunal dispuso tomar copias de unas pruebas producidas en otro juicio, sin observancia de las reglas que gobiernan la materia de la prueba trasladada. Agrega que si tales copias pudiesen estimarse como pruebas, también se ostentaría el error de fundar en ellas la existencia del vínculo laboral con subordinación jurídica y la duración del mismo, pues los datos suministrados por la Inspección Fluvial de Puerto Berrío demuestran que la labor que podía cumplirse con los productos de la demandada tenía necesariamente carácter eventual; que cuando las dichas tareas de cargue y descargue se cumplieron efectivamente, presentaron una forma en el tiempo o en cuanto a su duración que sólo podía corresponder a un trabajo independiente. En cuanto a los testimonios, dice que el de Avendaño no menciona siquiera a Chaverra; el de Berrío presenta al demandante como formando parte de la cuadrilla que conoció trabajando para la demandada en época que no coincide con el tiempo afirmado en su declaración en el juicio, y en cuanto a la modalidad del servicio lo muestra en la forma eventual y a destajo que desvirtúa la continuada dependencia; el de Zapata corrobora esa forma de trabajo y el de Bustamante no coincide con su propia manifestación en el juicio, cuando habla concretamente sobre el demandante Córdoba y no en la forma indirecta que resulta al querer aprovechar respecto a Chaverra manifestaciones que en el otro juicio se referían a Argemiro Córdoba.

Respecto a la presunción del art. 24 del C. S. del T., dice que podía pensarse que los primeros testimonios de Berrío, Valencia y Bustamante establecen el hecho de la prestación personal de servicios, el cual hace presumir el contrato de trabajo mientras otras pruebas no acrediten una naturaleza jurídica distinta para la relación de trabajo, pero insiste que tales testimonios llevan en sí mismos la verdad destructora de la presunción, y si hubiesen sido apreciadas en la forma correcta, el fallador habría tenido que reconocer y declarar la inexistencia del vínculo contractual de trabajo, pues además, la falta de subordinación jurídica se ostenta en las otras pruebas que han señalado como mal apreciadas. Así, el dictamen pericial que sirvió al ad quem para deducir el salario y liquidar las condenas, aunque en últimas fue desestimado, lo único que revela en materia de la relación de trabajo, es que esta se cumplía conforme a modalidades en que, efectuada la tarea, se cancelaba el valor del trabajo realizado, y en la demanda inicial se afirma la prestación de los servicios, limitándolos a las ocasiones en que había cerveza para cargar o descargar y mediante pago, por cada vez, que liquidaba toda la tarea cumplida por la cuadrilla.

En cuanto a las pruebas dejadas de apreciar, para el acusador la inspección ocular mostró que Chaverra prestaba sus servicios en forma accidental o transitoria; que no estaban obligados a realizar siempre las labores de cargue y descargue, ya que daban preferencia para la ejecución de sus trabajos a la mejor oferta, y que cuando efectivamente realizaban el cargue o descargue de cada remolcador, este trabajo solo duraba una hora, medio día o dos días durante la semana. Y refiriéndose a los testigos José Giraldo Gómez y Gustavo Currea, administradores de empresas que trabajan en el puerto, dice que enfáticamente expresaron que los tales servicios tenían forma transitoria

u ocasional, y que el trabajo de cargue o descargue se presenta a momentos y a días.

Termina así el recurrente: "Las probanzas estudiadas evidencian que el servicio de Chaverra para la sociedad que presento sólo pudo prestarse en las ocasiones en que había embarcaciones para descargar, lo que aconteció en veces que nunca pudieron implicar subordinación continuada o prolongada, y que el demandante, sin compromiso previo, podía prestarlos o no, ejecutándolo además sin sujeción a horario y mediante el pago de un precio por tarea cumplida, todo lo cual destruye la presunción en que se apoyó el fallador y define al promotor de la litis como un operario independiente no contemplado por los preceptos laborales que le fueron aplicados en forma indebida".

Para el opositor, la existencia del contrato de trabajo es clara, y que no puede afirmarse que se trata de un trabajo independiente por el solo hecho de que durante los períodos en que no existe carga en el muelle los trabajadores tengan que vivir del trabajo realizado por cuenta de otros patronos, pues la ley autoriza la coexistencia de contratos de trabajo, excepto cuando se pacte la exclusividad.

Se considera

El Tribunal, para deducir la existencia del contrato de trabajo entre las partes, se fundamentó en los testimonios de Luis Eduardo Berrío, Miguel Valencia y Eduardo Bustamante, rendidos en el curso del juicio, y en los de Andrés Avendaño, Luis Eduardo Berrío, Guillermo Zapata y Eduardo Bustamante, rendidos en el juicio seguido por Argemiro Córdoba contra la misma demandada en el juicio "Distribuidora Aguila S. A." que el Tribunal, oficiosamente, ordenó allegar en copias. Respecto a este último grupo de testimonios el impugnador los objeta como prueba, por cuanto para su aducción no se siguieron las formalidades legales. Comparte la Sala las objeciones del casacionista, pues tratándose de testimonios producidos en otro juicio, ha debido procederse a su ratificación, aun cuando una de las partes, la demandada, fuese la misma en ambos juicios, pues la doctrina sólo acepta el traslado de las pruebas cuando han sido producidas en juicios en que han obrado las mismas partes. Por esta razón para el estudio del cargo se prescindirá del análisis de los testimonios a que se ha venido haciendo referencia, y en consecuencia, la existencia o inexistencia del error de hecho que se le atribuye al ad quem, se determinará teniendo únicamente en cuenta las pruebas legalmente producidas.

El Tribunal presumió la existencia del contrato de trabajo, pues estimó que estaban demostrados la prestación personal de servicios del demandante Chaverra en beneficio de Distribuidora Aguila S. A. Los testigos que depusieron dentro del juicio, dicen en síntesis lo siguiente: Luis Eduardo Berrío, bracero en el muelle de Puerto Berrío, que vio a Chaverra por espacio de unos cinco a cuatro años, cargando y descargando vagones del ferrocarril, y que prestaba sus servicios a Distribuidora Aguila S. A. desde que hubiese embarcaciones con cerveza, ocupándose también de regresar las cajas vacías, y que cuando no llegaba cargamento, siempre estaba pendiente de su llegada; agrega que también vio a Chaverra prestar su capacidad laboral a Distribuidora Aguila los domingos y festivos cuando había carga. Miguel Valencia, celador de los muelles, declara que vio a Chaverra prestar sus servicios a la empresa Distribuidora Aguila en el cargue de los vagones que iban para La Dorada y otros sitios, así como en el descargue de ellos, y siempre que hubiese carga de dicha empresa, y que cuando no la había, Chaverra estaba siempre en expectativa de que llegara el cargamento; también dice que lo vio trabajando en días domingos y festivos durante horas nocturnas, cuando había carga. Eduardo Bustamante, bracero de los muelles, testimonió que vio al demandante por espacio de año y medio, prestarle servicios a Distribuidora Aguila S. A., en el cargue y descargue de envases, llenos y vacíos; que eso sucedió desde fines del año de 1958 hasta principios de 1960, sin que pueda precisar las fechas; que estaba encargado de sacar la cerveza para transportarla a otros sitios y así mismo de entrarla al depósito que la empresa tiene en el puerto; que sus funciones las desempeñaba todos los días, y en muchas ocasiones en semana entera, y que cuando no había carga, siempre estaba al cuidado de su llegada.

Estima la Sala que las declaraciones anteriores demuestran la prestación del servicio personal de Luis Eduardo Chaverra en beneficio de Distribuidora Aguila S. A. y que no incurrió el Tribunal en error de hecho al estimar que estaba probada la existencia del contrato de trabajo con fundamento en la presunción establecida en el art. 24 del C. S. del T., pues dichos testimonios, a contrario de lo que afirma el impugnador, no desvirtúan la subordinación a que estuvo sometido el demandante respecto al demandado. La circunstancia de que la activi-

dad de Chaverra se cumplía solamente cuando había trabajo, no indica necesariamente que no estuviese bajo la continuada dependencia de quien se beneficiaba de sus servicios, pues para que ella exista no exige la ley que el servicio deba prestarse todos los días; y no se opone a la subordinación el que el trabajo se realice en determinados días, dada la modalidad de las labores desempeñadas, pues no se trataba de funciones eventuales, ni accidentales ni transitorias, pues se realizaban con alguna periodicidad, y es claro que si no había cerveza para cargar o descargar no se prestaba el servicio. Tampoco es suficiente para desvirtuar la existencia de la subordinación el que los testigos no hubiesen afirmado que el demandante tuviese la obligación de cargar o descargar las embarcaciones. Demostrada la prestación del servicio se presume la subordinación y la remuneración que corresponde a todo trabajo dependiente, y es el patrono quien debe demostrar que no existió tal dependencia, prueba que como ya se dijo, no se desprende de dichos testimonios, pues si los declarantes no depusieron sobre la obligación del demandante de cargar y descargar las embarcaciones, tampoco declararon que no estuviese obligado a hacerlo.

El dictamen pericial tampoco desvirtúa la presunción del art. 24 del C. S. del T., pues el perito se limita a hacer el avalúo del salario devengado por el demandante con base en el valor de la movilización de la carga durante un año. Lo mismo puede decirse del informe rendido por el Inspector Fluvial de Puerto Berrío y de la demanda inicial. Respecto al primero, prueba trasladada del juicio de Argemiro Córdoba contra la demandada en virtud del decreto oficioso del Tribunal, pero que a contrario de los testimonios sí tiene valor probatorio por tratarse de un documento auténtico, en él se relaciona el movimiento de carga de Distribuidora Aguila S. A., mes por mes, y aun cuando no aparece un movimiento diario, tal circunstancia no se opone, como ya se dijo, a la existencia del contrato de trabajo. En la demanda inicial afirma el demandante que "sus funciones consistían en cargue y descargue de la cerveza que distribuye la entidad demandada, para lo cual no estaban sujetos a horarios ni a días de trabajo y en tal virtud la labor era continua, interrumpida solamente cuando se terminaba de descargar y no llegaban embarcaciones con embotelladas. Era continua en cuanto al consumo de la cerveza que jamás se interrumpe". Esta modalidad de trabajo descrita en la demanda indica que el servicio no se prestaba diariamente, ni dentro de una jornada de trabajo, pero ella no desvirtúa por sí sola la existencia del contrato de trabajo, cuya regulación no exige determinadas modalidades en cuanto al tiempo, ni a la forma del pago del salario, que según el impugnador se hacía por cada vez cumplida la tarea.

En relación con las pruebas no apreciadas por el ad quem, es de observar que el Juez comisionado no constató ningún hecho sobre libros y papeles de la demandada, objeto de la inspección, sino que se limitó a dejar constancia de las manifestaciones que hizo el señor Reinaldo Arbeláez Díaz en su carácter de Administrador de Distribuidora Aguila S. A., sin que hubiese prestado el juramento que deben rendir los testigos, por lo cual su dicho no tiene valor probatorio alguno. Por último, los declarantes José Giraldo Gómez y Gustavo Currea se refiere el primero en términos generales a la forma en que presta el servicio de cargue o descargue de botellas, pero no alude concretamente al trabajo realizado por Chaverra, a quien dice no conocer, o al menos identificarlo por ese nombre. Al segundo no le constan los hechos, pues se encargó de la administración de Distribuidora Aguila cuando ya el demandante no prestaba sus servicios a la demandada.

Del análisis que ha hecho la Sala de las pruebas señaladas por el impugnador como erróneamente apreciadas se deduce que el Tribunal no incurrió en el error de hecho al dar por demostrada la existencia del contrato de trabajo con fundamento en la presunción del art. 24 del C. S. del T., porque está probada la prestación de servicios personales, y el demandado no desvirtuó dicha presunción, pues no acreditó que dichos servicios personales hubiesen sido prestados en forma independiente y no subordinada. En consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo. (Subsidiario del anterior).

Acuso la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, ya singularizada, de ser violatoria, por aplicación indebida, de los arts. 186, 189 conforme al 7o. del Decr. 617 de 1954, 249, 253 y 306 del C S. del T., violaciones en las que incurrió el sentenciador a consecuencia de errores evidentes de hecho que provinieron de la mala apreciación de unas pruebas y por la indebida estimación como pruebas de unas piezas, todas las cuales singularizaré. En violación de medio, el Tribunal infringió, además, por falta de

aplicación, los arts. 42, 51, 52 y 61 del C. P. del T., en relación con los textos 674, 675, 683, 684, 686, 687, 688, 690, 692, 693, 701, 702, 632 y 636 del C. J. Las pruebas mal apreciadas son los testimonios de Luis Eduardo Berrío (fl. 17), Miguel Valencia (fl. 18) y Eduardo Bustamante (fl. 19); el dictamen pericial de fl. 30 y la demanda inicial. Hubo además indebida estimación como pruebas de las copias hechas por el Secretario del Tribunal, a fls. 46 a 53, de las piezas relativas a los datos de la Inspección Fluvial de Puerto Berrío en respuesta a un exhorto del Juzgado Laboral del dicho lugar en el juicio de Argemiro Córdoba contra Distribuidora Aguila S. A. y a los testimonios de Andrés E. Avendaño, Luis Eduardo Berrío Tejada, Guillermo Zapata y Eduardo Bustamante, rendidos en el juicio mencionado, y apreciación con error ostensible de estos documentos y testimonios. Los errores de hecho consistieron en dar por establecido: a) que el contrato de trabajo que el Tribunal presumió haber existido entre las partes litigantes en el juicio duró dos años y medio, correspondientes a 1958, 1959 y primer semestre de 1960; b) que el demandante Chaverra devengó un salario de $ 10.00 diarios, que el fallador tomó como base para liquidar e imponer sus condenas por cesantía, primas de servicio y vacaciones. De no haber sido por estos errores, el *ad quem* no habría podido fulminar dichas condenas y habría tenido que absolver a la demandada por falta de pruebas sobre los extremos fundamentales tiempo servido y el salario devengado".

Respecto al error de hecho que le atribuye a la sentencia, consistente en dar por establecido que el contrato de trabajo duró dos años y medio, correspondientes a 1958, 1959 y primer semestre de 1960, dice el impugnador que el Tribunal dedujo la duración del contrato de los testimonios de Berrío, Valencia y Bustamante, rendidos en el juicio, y de los testimonios de los mismos, y Zapata, allegados en copia tomada del juicio de Argemiro Córdoba contra la demandada. Referente al primer grupo de testimonios, alega el acusador que ellos no demuestran el tiempo de servicio de dos años y medio, pues Berrío dijo haber visto ejecutar las labores de su cargo "por espacio de unos cinco a cuatro años al señor Chaverra", sin precisar las fechas, Valencia habló de "tres a cuatro años", sin precisar las fechas, y Bustamante manifestó que vio a Chaverra en las labores mencionadas, "por espacio de año y medio", así mismo sin precisar las fechas.

Cuanto al grupo de los otros testimonios, hace la misma crítica del primer cargo en relación con la ritualidad para allegar las pruebas, que estima no fue observada por el Tribunal. Luego se refiere a la apreciación del sentenciador en relación con el informe de la Inspección Fluvial de Puerto Berrío, que a su juicio no indica que el demandante hubiese cargado y descargado los kilos o el peso a que el informe se refiere, ni el hecho de los servicios de Chaverra ni la duración de los mismos.

En cuanto al salario dice el acusador que el Tribunal lo dio por establecido en diez pesos diarios con base en el dictamen pericial, en los datos de la Inspección Fluvial de Puerto Berrío, en la conjetura acerca de que "del puerto se exportaba una cantidad aproximadamente igual a la que entraba" "bien fuera en envasados para otros lugares o bien en envases devueltos con destino a la central de la Distribuidora", y por equidad, en el libelo inicial.

Refiriéndose a la apreciación del dictamen pericial, afirma que su estimación es ostensiblemente equivocada, pues el perito presentó unas cifras sobre bultos o cajas de cerveza, toneladas y valor de movilización de cada una de ellas, y número de obreros que integraban la cuadrilla, manifestando simplemente que "tenía conocimiento" de que esos datos correspondían a la movilización durante el año, sin precisar cuál fue su fuente de información ni indicar fundamento alguno para su opinión. Respecto al informe de la Inspección Fluvial de Puerto Berrío, dice que no es prueba, por no haber sido allegada según las ritualidades, pero que aún aceptándola como tal, sus datos, se refieren solamente al kilaje o peso en kilos llevado al puerto por los remolcadores de Distribuidora Aguila S.A., y aún suponiendo que todo él hubiese sido movilizado y descargado por la cuadrilla de que hacía parte el demandante, esos datos no suman lo que apreció el Tribunal, ni contienen el multiplicador necesario para obtener el precio de los kilos cargados o descargados. Estima arbitraria la conjetura del fallador acerca de que si al puerto llegaban los kilos que presenta el documento anterior, la carga que salía debía ser igual, suposiciones que con las ya analizadas hacen concluir al ad quem que se movilizaron 7815 toneladas aproximadamente al año, resaltando así que el promedio de $ 13.00 diarios como salario que obtuvo, es inadmisible. Por último, critica la decisión final del Tribunal al acoger como salario el de $ 10.00 diarios fijado en la demanda, pues ella viola el art. 61 del C.P.T. y los principios sobre pruebas, que obligan a que afirmaciones como esa sean demostradas legalmente.

Se considera:

El Tribunal, en relación con el tiempo de servicios, dijo lo siguiente: "Ya se vio, que, según los términos claros y concretos en que se expresaron los testigos atrás analizados, la cuadrilla de braceros integrada por el demandante y tres compañeros más, fue la encargada de movilizar la cerveza que entraba y salía en Puerto Berrío por cuenta de la empresa demandada, y que en tal virtud, prestaba sus servicios de bracería exclusivamente a dicha empresa, labor que se desarrolló, durante los años de 1958, 1959 y el primer semestre de 1960, de donde resulta que, no habiendo demostrado el actor por otros medios que en realidad, como alega en la demanda, hubiese prestado sus servicios a la demandada desde el 20 de junio de 1956, debe acogerse como tiempo de duración del vínculo laboral de que aquí se trata, el de dos años y medio en que formó parte de la cuadrilla a que aluden los referidos testimonios, a partir del año de 1958, inclusive, hasta el 31 de julio de 1960, fecha de cesación de aquella prestación de servicios".

Son los testimonios de Berrío, Avendaño, Zapata y Bustamante, que traídos a los autos en copia tomada del juicio de Argemiro Córdoba contra Distribuidora Aguila S.A., los que se refieren concretamente a que la cuadrilla de braceros a la cual pertenecía el demandante Chaverra, prestó sus servicios a la demandada durante los años de 1958, 1959 y primer semestre del año de 1960. Mas estas declaraciones, como se dijo al estudiar el cargo primero, no tienen valor probatorio, pues habiendo sido trasladadas de un juicio en que figuró sólo una de las partes del litigio que se revisa, no fueron ratificadas.

Pero el Tribunal no sólo hace alusión a estos testimonios, sino a todos los que obraron en el juicio, como lo reconoce el acusador. De manera que habría de estudiarse si incurrió en error de hecho con fundamento en las declaraciones que tienen valor probatorio por haber sido producidas con todas las ritualidades legales. Luis Eduardo Berrío T., fl. 17, dijo sobre el tiempo de servicios: "He visto por espacio de unos cinco a cuatro años al señor Chaverra, ejecutando el cargue de camiones y vagones del Ferrocarril". Miguel Valencia, fl. 18 vuelto declaró: "Alrededor de 3 a cuatro años estoy viendo a Luis Eduardo Chaverra que presta sus servicios a la empresa Distribuidora Aguila S.A. cargando los vagones que tienen cargamento de Distribuidora Aguila". Por último, Eduardo Bustamante manifestó: "Que por espacio de año y medio, vi que el señor Luis Edo. Chaverra le prestaba servicios en el cargue y descargue de envases llenos y vacíos, en la Empresa Distribuidora Aguila S.A., en este puerto desde fines del año de 1958 a principios de 1960, sin que pueda precisar ninguna de las fechas".

Aun cuando los testigos no precisan las fechas de ingreso y salida, sí concuerdan, los dos primeros en que por lo menos Chaverra prestó sus servicios durante tres años a la demandada. De manera que si el ad quem consideró que el tiempo de servicios fue de dos años y medio, no se ve que en forma ostensible hubiese incurrido en error de hecho, pues el tiempo que encontró demostrado es inferior al señalado como mínimo por Avendaño y Valencia. Esta conclusión a que llegó el sentenciador, que no se opone a lo manifestado por los declarantes aludidos, y por el contrario, encuentra respaldo en sus afirmaciones, es, por lo tanto, intocable en casación.

El otro error de hecho que se le atribuye a la sentencia recurrida, es el de haber dado por demostrado, sin estarlo, un salario de $ 10.00 diarios como devengado por el demandante. Para deducir esta cantidad dijo el Tribunal: "Por lo que respecta al salario devengado por el demandante, dice este que obtenía un promedio de $ 10.00 diarios, ya que su labor era a destajo, dependiendo su remuneración del volumen de carga movilizada por la cuadrilla, hecho este último que también aparece corroborado con la prueba testimonial recogida. Compaginando la Sala los datos presentados por el perito que actuó en el juicio, en su dictamen de fls. 30 y los suministrados por la Inspección Fluvial de Puerto Berrío, en la copia de fls. 46 a 47, y considerando que, como es lógico, del puerto se exportaba una cantidad aproximadamente igual a la que entraba, ya que la labor de la cuadrilla de braceros incluía no sólo el descargue de cerveza, sino también el cargue de la misma cuando se hacían despachos o remesas del puerto, bien fuera en envasados para otros lugares, o bien en envases devueltos con destino a la central de la Distribuidora, deduce que el promedio anual en los años de 1958, 1959 y 1960, de carga movilizada por la cuadrilla fue de unas 7.815 toneladas aproximadamente, lo cual arroja un promedio para cada bracero, a razón de $ 2.40 la tonelada, de unos $ 13.00 diarios, un poco superior al indicado en la demanda, siendo, por tanto, equitativo acoger el preindicado salario de $ 10.00 diarios para las liquidaciones a que haya lugar, tal como hizo el señor Juez de la primera instancia".

Como puede observarse, el Tribunal fijó el salario devengado por el demandante con fundamento en hechos que a juicio de la Sala no se en-

cuentran demostrados. Así, deduce, sin que dé razón válida para ello, que el peso de la carga de cervezas cuando se hacían remesas desde el puerto, era igual al de la carga que llegaba; que el valor de la tonelada era de $ 2.40, dando por cierto lo afirmado por el perito, quien no explica en qué fuentes obtuvo esta información, y que no es posible tomarla como derivada de los conocimientos técnicos que en su calidad de perito debía tener, y por último, que Chaverra prestaba sus servicios en una cuadrilla o equipo formado por cuatro personas, modalidad sobre la cual no declaran los testigos que depusieron en el juicio, como sí lo hicieron quienes testimoniaron en el otro juicio del cual se tomaron las copias que obran en el proceso que se estudia, y que, como ya se dijo, no tienen mérito probatorio por no haber sido producidas en un juicio en que fueron partes las mismas del actual litigio.

Ahora bien: si el promedio que obtuvo el Tribunal no tiene fundamento en las pruebas del proceso, mal podía tomar el salario fijado en la demanda, pues esta sería una confesión del demandante, con mérito probatorio únicamente si lo perjudicara, lo que no puede afirmarse que sucede en este caso, pues no se ha demostrado un salario superior. De manera que el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al dar por demostrado el salario de $ 10.00 diarios, en promedio como el devengado por Chaverra.

Mas la demostración del error sólo conduce a la prosperidad parcial del cargo, pues no estando acreditado el salario devengado por el trabajador, debe tomarse el mínimo legal para efectos de la liquidación de prestaciones, como lo ha sostenido la jurisprudencia, y que para 1960, año en que terminó la relación laboral, era de cuatro pesos con 37/100 ($ 4.37), según lo señalado en el ord. 2o. del lit. a) del art. 1o. del Decr. 2214 de 1956, en relación con el art. 4o. del Decr. 118 de 1957. En consecuencia el valor del auxilio de cesantía ascendería, con base en un salario mensual de ciento treinta y un pesos con 10/100 ($ 131.10), a la cantidad de trescientos veintisiete pesos con 75/100 ($ 327.75); a la misma suma para las primas de servicios, y a $ 131.10 para las vacaciones.

Las consideraciones anteriores sirven de motivación para la correspondiente decisión de instancia. Además, se condenará a la demandada a pagar el 50% de las costas del juicio, por haber prosperado parcialmente las peticiones de la demanda inicial.

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 dictada por el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral, en cuanto condena al demandado a pagar al demandante setecientos cincuenta pesos ($750.00) por auxilio de cesantía, setecientos cincuenta pesos ($750.00) por prima de servicios y trescientos pesos ($ 300.00) por compensación de vacaciones, y en función de instancia reforma el fallo de primer grado proferido por el Juez del Trabajo de Puerto Berrío en el sentido de condenar a Distribuidora Aguila S. A. a pagar a Luis Eduardo Chaverra, trescientos veintisiete pesos con 75/100 m.l. ($ 327.75) por auxilio de cesantía; trescientos veintisiete pesos con 75/100 ($ 327.75) por primas de servicios, y ciento treinta y un pesos con 10/100 ($ 131.10) por compensación de vacaciones. Costas del juicio en un cincuenta por ciento a cargo de Distribuidora Aguila S. A. No la Casa en lo demás. Sin costas en este recurso.

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

Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana, Guillermo Camacho Henríquez, Conjuez.

Vicente Mejía Osorio, secretario.

CASACION
(Técnica)

No le es dable a la Corte escoger a su arbitrio entre dos conceptos de violación contradictorios, el que más le cuadre para decidir el recurso, porque la naturaleza de este, que está muy lejos de constituir una tercera instancia y que sólo es viable por el motivo de violación que de manera precisa señale el impugnador, no solamente no tolera sino que, antes bien, proscribe los cargos indeterminados o equívocos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Segunda. — Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo).

(Aprobación: Acta No. 58).

En el juicio ordinario laboral promovido por *Gerardo Chávez Velásquez contra Establecimientos Lauzier de Colombia, Ltda.*, en su condición de agente vendedor desde el 4 de febrero de 1962 hasta el 15 de marzo de 1966, despedido en esta última fecha por la Empresa, recayó sentencia proferida por el juez séptimo del trabajo de Bogotá en que se absuelve a la entidad demandada de todos los cargos formulados contra ella.

Por apelación interpuesta por el actor, el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* confirmó en sentencia de 27 de junio de 1969 la resolución de primer grado.

Contra esta última interpuso el demandante recurso de casación, encaminado a que la Corte, previa la quiebra de la sentencia de segundo grado, revoque totalmente la de primera instancia, y en su lugar condene a Establecimientos Lauzier de Colombia, Ltda., a pagar al trabajador las prestaciones reclamadas.

Para ello hace a la providencia los siguientes cargos, que fueron replicados oportunamente por la empresa:

Primero. "Infracción directa, por falta de aplicación" de los arts. 17 de la Constitución Política, 9, 127, 132, 173, 174, 176, 177, 178, 183, 186, 249 y 306 del CST, 28 del CC, 8o. del Decr. 617 de 1964 y 14 y 17 del Decr. 2351 de 1965.

Para demostrar la violación, comienza el casacionista por transcribir el siguiente aparte de la sentencia censurada: "Del análisis de los elementos de juicio citados se infiere que el salario convenido entre las partes fue variable. Entonces, para liquidar el salario computable que deba tenerse en cuenta para la remuneración del descanso en domingo y festivos, cuando este es variable, debe tomarse el promedio de lo devengado por el trabajador en la semana inmediatamente anterior (art. 176 del C. S. del T.), lo cual no se demostró en el siguiente caso. El dictamen pericial que obra a fls. 207 a 304 no aportó este dato indispensable para la prosperidad de los derechos que se reclaman por descansos legales, sino que se limitó a determinar el promedio quincenal o general de lo devengado por el demandante durante todo el tiempo de servicio".

En seguida, y para confutar el razonamiento del Tribunal, expresa el impugnante que "el salario se verificó tanto en la suma mensual fija como en lo que respecta al salario variable con base en comisiones por ventas, con indicación de los porcentajes que operaron en los diferentes tiempos, verificación que se hizo con indicación de facturas, precio de cada venta, fecha de la venta, esta con señalamiento de año, mes y la fecha del respectivo día"; y añade: "En estas condiciones el Juzgador pudo, como debió, sin ningún esfuerzo, aparte del chequeo de las fechas auxiliado de un calendario, saber a qué día, si lunes, martes, miércoles, etc., correspondía cada venta, y así separar el tiempo en las series de días que integran las diferentes semanas del tiempo laborado (...). No hay razón para que un funcionario judicial omita aplicar la ley por no consultar un calendario, y hacer los cómputos aritméticos,

siendo que en autos tenía, como existentes todos los elementos que la ley requiere: tiempo de servicios; ventas hechas con sus precios; años, mes, fecha en que se hizo la venta; porcentajes que operaban en los diferentes meses para fines del cargo de las comisiones del trabajador".

Se examina el cargo:

Supuesto que cuando el casacionista habla de infracción directa, que es un submotivo específico de violación de la ley comprendido en el concepto genérico de *violación directa,* quiso referirse a este y no a aquel, se entiende que la censura se hace por aplicación indebida, en concepto de violación directa, de las disposiciones mencionadas al formular la censura, por cuanto el fallador de instancia dio por no establecido el salario devengado en la semana inmediatamente anterior, para los efectos del art. 176 del C. S. del T., o sea como lo expone la sala sentenciadora, por "no haberse acreditado en parte alguna del acervo probatorio que obra en autos, el presupuesto base de liquidación de los descansos legales que el demandante afirma se le adeudan, cual es el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios", conclusión a que llegó según el censor por haber omitido la consulta del calendario.

La determinación del salario devengado en cierta semana, o de la semana en que se devengó cierto salario, supone necesariamente operaciones de apreciación probatoria, por lo que sólo puede dar lugar a violación indirecta de la ley. Si el fallador, por haber apreciado mal una prueba o dejándola de apreciar, incurre en el error de no dar por establecido el salario en la forma que prescribe el art. 176 del C. S. del T., ese error es obviamente de hecho, por que sólo proviene del mal manejo de los elementos fácticos independientemente de las normas y de su contenido y efectos. La violación directa por aplicación indebida sólo se presenta cuando una regla, rectamente entendida, se aplica a una situación fáctica sobre la cual no hay discrepancia con el juzgador pero que sin embargo no corresponde a la específicamente regulada por la disposición legal. Caso que no es el que sirve de fundamento al cargo, en el que la impugnación no procede de desacuerdo alguno sobre la aplicación del precepto al supuesto fáctico, sino de divergencia de criterio sobre la existencia de un hecho que el casacionista considera acreditado y que la sala sentenciadora no halló suficientemente establecido. Mal puede entonces el recurrente hablar de violación directa de normas, cuando al desarrollar el cargo se empeña en demostrar solamente la comisión de un error de hecho por el juzgador de instancia.

Viene en corroboración de esta última afirmación, que el casacionista funda el cargo en la omisión de consulta del calendario por parte del Tribunal, punto sobre el cual dijo ya en otra oportunidad la Corte que el de los datos que el calendario suministra "es conocimiento que pertenece a las 'máximas de la experiencia' que en calidad de 'material de nociones extrajuicio' posee el juez 'como hombre culto que vive en sociedad', por lo cual puede trasladarlo al proceso como excepción al principio general de que no puede servirse de su ciencia privada para la solución de la litis'; pero que no sucede lo mismo con los días de fiestas movibles —como los domingos—, que por sus variaciones en el calendario no está el fallador en capacidad de localizar en una semana determinada, y en ocasiones ni en determinado mes; de suerte que si repugna a la naturaleza del recurso todo debate probatorio, menos puede el tribunal de casación acudir para desatarlo a pruebas —y prueba vendría a ser el calendario— que no figura en los autos. Nada existe para el fallador fuera del expediente, como no sea la ley, el hecho reconocidamente notorio y las llamadas máximas de la experiencia (Cas. 9 de diciembre de 1967, ordinario Ramón Domiciano Hamburger del Valle vs. Esso Colombiana, S. A.).

Por lo expuesto el cargo no prospera.

Segundo.- "Violación directa, por interpretación errónea" de las mismas disposiciones mencionadas en el cargo primero.

Dice el casacionista para demostrarlo: "El H. Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, en su fallo de veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve, en uno de sus apartes visible al fl. 379, dice lo siguiente: 'Concluye entonces la Sala que no habiéndose acreditado en parte alguna del acervo probatorio que obra en autos, el presupuesto base de la liquidación de los descansos legales que el demandante afirma se le adeudan, cual es el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicios, la súplica impetrada por dichos conceptos no está llamada a prosperar. Y, como consecuencia de ello, tampoco prosperan las relativas al reajuste de cesantía, prima de servicios y vacaciones'. Esta interpretación errónea la engendró la falta de aplicación de los

textos legales sustantivos antes citados, como resultado de su defectuoso entendimiento".

Se examina el cargo:

Fuera de que, como se desprende del párrafo de la sentencia que el recurrente transcribe, el sentenciador de instancia no hace interpretación alguna de las reglas legisladas a que se refiere la demanda, sino que simplemente no halló comprobado en el expediente "el salario de todas las semanas durante el tiempo de servicio", lo que implica una cuestión de hecho que no da lugar a censura por violación directa sino por violación indirecta, constituye una grave contravención las reglas de orden técnico que gobiernan la presentación del recurso censurar la providencia judicial, en el mismo cargo y con referencia a las mismas normas, por *interpretación errónea* y por *falta de aplicación;* y ello porque estos dos motivos de violación se excluyen lógicamente, ya que si el precepto fue tenido en cuenta por el juzgador para por él resolver la litis, aunque sea en forma *negativa,* mediante la interpretación que aquel formula de su contenido, es porque lo aplica. Así sea en el sentido indicado, lo que descarta la falta de aplicación; y si no lo aplica (es decir, si lo ignora o desconoce para la solución del conflicto) mal puede hablarse de que le hace surtir efectos distintos de los que él prevee, que es el resultado de la errónea interpretación. La falta de aplicación supone que la regla jurídica para nada fue tenida en cuenta en la solución del litigio, en tanto que la interpretación errónea indica que sí fue tomada en consideración pero al través de una equivocada inteligencia de su preceptiva, y por tanto haciendo derivar de ella efectos que no son los que convienen al supuesto fáctico. Ni a la Corte le es dable escoger a su arbitrio entre dos conceptos de violación contradictorios el que más le cuadre para decidir el recurso, porque la naturaleza de este, que está muy lejos de constituir una tercera instancia y que sólo es viable por el motivo de violación que de manera precisa señale el impugnador, no solamente no tolera sino que, antes bien, prescribe los cargos indeterminados o equívocos. La Corte "no puede conocer de los problemas litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieran los tribunales de instancia, sino que encuentra limitados sus poderes a temas determinados y taxativos, coincidentes, precisamente, con las circunstancias que funcionan como motivos de casación"; limitación de poderes para el tribunal de casación y determinación de motivos concretos para las partes que son los que obligan a presentar estos últimos en forma que no sea imprecisa, ni equívoca, ni contradictoria.

El modo como el recurrente ha presentado el cargo, así pues, que no se aviene con los principios que se dejan expuestos, impide a la Corte entrar en su estudio de fondo.

Por tanto no prospera.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida en este negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y nueve.

Se condena al casacionista en las costas del recurso.

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 O., Secretario.

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION

La cuestión sometida al estudio de la Corte por el recurrente en esta acusación, de ilegitimidad de personería adjetiva de la parte demandante, se plantea por primera vez en este juicio, pues no lo fue en ninguna de las instancias, no obstante que dentro de ellas se controla su ocurrencia y se remedian las situaciones que genera.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, diciembre dieciseis de mil novecientos sesenta y nueve.

(Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga).

(Aprobación: Acta No. 97).

Surtido el trámite legal procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia del *Tribunal Superior de Bogotá* que puso fin a la segunda instancia del juicio ordinario del trabajo adelantado por *Julián Merino Rodríguez y Joaquina Martínez Pérez* contra la sociedad denominada *"Fumigación Aérea, Ltda."*, representada por su gerente.

ANTECEDENTES

En la demanda inicial del juicio se pidió se condenara a la sociedad denominada "Empresa de Fumigación Aérea Ltda.", conocida también como EFA, a pagarle a los demandantes Julián Merino Rodríguez y Joaquina Martínez Pérez, las siguientes cantidades de dinero:

"1. La suma de catorce mil pesos m/l ($14.000.00), saldo pendiente de pago del Seguro de Vida que la entidad demandada cobró en la Compañía Colombiana de Seguros a favor de los beneficiarios de mejor derecho del señor don Jaime Luis Merino Martínez quien trabajó en la Empresa EFA, hasta el 30 de octubre de 1959, fecha en que falleció en funciones de trabajo, y en el cumplimiento de su deber. La Compañía demandada a cuenta de los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) que cobró del Seguro, giró solamente diez mil pesos ($ 10.000.000.00) m/l a sus padres, quedando a deber los catorce mil pesos ($ 14.000.00) restantes que hasta la fecha no los ha remitido.

"2. La suma de cinco mil trescientos veinte pesos ($ 5.320.00) colombianos que la empresa adeuda a los padres del fallecido Jaime Luis Merino Martínez, por hectareaje fumigado y no cobrado y prestaciones que en la fecha del fallecimiento tenía el aviador a su favor en la Empresa demandada.

"3. La suma correspondiente a intereses legales por el aprovechamiento que la empresa de Fumigación Aérea ha hecho de los diez y nueve mil trescientos veinte pesos ($ 19.320.00) que indebidamente viene reteniendo desde el 11 de diciembre de 1959, hasta la fecha.

"4o. La suma que la empresa demandada deberá pagar a los padres del aviador fallecido por indemnizaciones legales, por no haber cancelado en su oportunidad los salarios y prestaciones sociales que se liquidarán en su oportunidad y que dejó de cumplir la Empresa en el momento oportuno".

Se afirmó, en síntesis, para sustentar estas peticiones, que Jaime Luis Merino Martínez prestó sus servicios a la empresa demandada, como piloto aviador en labores de fumigación, durante más de cuatro meses, hasta el 30 de octubre de 1959, fecha en que falleció en un accidente aéreo en ejercicio de sus funciones, hecho que les informó a los actores el representante de la sociedad, quien asimismo les mandó "una carta en la que establecía honorarios devengados y liquidación del seguro y daba el monto a percibir de $ 29.320.00 pesos colombianos", de los cuales solo les remitió la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), quedando a deber la diferencia, que comprende parte del seguro, lo que tenía pendiente de cobro el aviador fallecido al momento de morir por concepto del último mes, por lo menos, de "hectareaje fumigado y las prestaciones sociales". Y a pesar del ofrecimiento hecho por

la empresa de cancelar este saldo, de que se le enviaron las partidas del estado civil que reclamó y de que reiteradamente se le ha exigido el cumplimiento aún por conducto de la Embajada de España, no ha sido posible que cubra lo debido a los demandantes, que son los beneficiarios y padres legítimos del aviador Jaime Luis Merino Martínez.

Hecha la notificación de esta demanda al gerente de la sociedad demandada, acto en el cual manifestó que "en la fecha giraré a favor del Juzgado 7o. Laboral de la ciudad de Bogotá la suma de $ 14.000.00 por que se me demanda", designó apoderado para que representara a la empresa en el juicio promovido, mandatario que contestó dicho libelo oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas, negando los hechos "en la forma como están presentados" y proponiendo las excepciones de carencia de derecho y "por tanto, de acción por parte de los demandantes" e "inexistencia de las obligaciones por parte de la sociedad demandada".

Concluído el debate, el señor Juez Séptimo del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, decidió el negocio en sentencia de 23 de abril de 1963, absolviendo a la demandada y condenando en costas a la parte actora, providencia que por apelación interpuesta por el apoderado de esta revisó el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de su Sala Laboral, una vez surtido el trámite respectivo durante cuyo desarrollo ordenó se agregaran a los autos unos documentos privados, como así se hizo, en fallo de 30 de septiembre del citado año de 1963, en el que se resolvió lo siguiente:

"1. *Revócase* en todas sus partes el fallo apelado y en su lugar se condena a la "Empresa de Fumigación Aérea Ltda.", cuyo domicilio es Bogotá, representada por su Gerente Manuel A. González Bello, a pagar a *Julián Merino Rodríguez y Joaquina Martínez Pérez de Merino,* de nacionalidad española, de las condiciones civiles conocidas en autos, las siguientes cantidades:

"a) Por concepto del *Saldo del Seguro de Vida* del extrabajador *Jaime Luis Merino Martínez* (q. e. p. d.), la suma de *catorce mil pesos* ($ 14.000.00) moneda colombiana.

"b) Por concepto de *Salarios insolutos* la suma de *cinco mil trescientos veinte pesos* ($ 5.320.00) moneda colombiana.

"c) Por concepto de *cesantía* la suma de *quinientos veintiseis pesos con sesenta y seis centavos* ($ 526.66) moneda colombiana.

"d) Por concepto de *Indemnización Moratoria* la suma de *doscientos diez pesos con sesenta y seis centavos diarios* ($210.66) moneda colombiana, desde el veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve (29 de diciembre de 1959) hasta la fecha en que sean canceladas en su integridad las obligaciones laborales decretadas en los ordenamientos anteriores.

"e) *Condénase* la parte demandada a las costas de la primera instancia en 80%.

"2o. *Absuélvese* a la empresa demandada de los restantes pedimentos de la demanda.

"3o. Sin costas en esta instancia".

Contra esta decisión interpuso el apoderado de la sociedad demandada 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 del acusador y la réplica del opositor.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

"La parte recurrente aspira principalmente, a que mediante la prosperidad de la demanda de casación en el primer cargo, la Honorable Corte Suprema de Justicia case o anule la sentencia acusada, y actuando como Tribunal de instancia dicte sentencia mediante la cual se inhiba de fallar el fondo del asunto por inexistencia del presupuesto procesal que se anota en el cargo primero; con condena en costas a cargo de la parte demandante.

"Subsidiariamente, a que mediante la prosperidad de la demanda de casación formulada, en cualquiera de los demás cargos, la Honorable Corte Suprema de Justicia anule o case el fallo acusado y, en su lugar, dicte sentencia absolutoria de la entidad demandada, con costas a cargo de la parte demandante".

LA ACUSACION

De los cargos, formulados todos con invocación de la causal primera de casación laboral, el principal, enderezado al logro de la finalidad inicialmente expresada en el petitum o alcance de la impugnación que acaba de transcribirse, se lo presenta así:

Primer cargo

Enunciación

"La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida". También se produjo la violación de medio de normas adjetivas y de normas del C. C., tal como se expresa a continuación.

Normas sustantivas violadas

"Código Sustantivo del Trabajo. (Arts. 22, 23, 27, 61 ord. d), 65, 127, 139, 204 ord. e), 212 numeral 1 en concordancia con los arts. 258, 214, 249, 253, 258, 289, 292, 293, (Decr. 617 de 1954 art. 11) ord. 1, 294 ord. 302. Para los arts. 22, 23, 61 ord. d), 127, 204 ord. e), 212 numeral 1 y 294 ord. 1, propongo subsidiariamente la violación de medio, para el caso de que se les considere normas adjetivas.

Normas adjetivas violadas y normas de otros ordenamientos jurídicos distintos del Laboral (Violaciones de medio).

"En el C. C. arts. 2142, 2144, 2156, 2157. En el C. P. C. arts. 251, 255 y 256, 205, 225 y 231. En el C. P. del T. art. 33.

"La violación de la ley proviene de la apreciación errónea del poder que obra a fls. 1 y 2 del cdno. ppal. del expediente y de la demanda a fls. 17 a 22 del mismo, y mediante cuya notificación se configuró la relación jurídico procesal; lo que llevó al fallador a cometer un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, y que consisten en haber tenido al doctor *Marino López Lucas,* como apoderado de los señores *Julián Merino Rodríguez* y *Joaquina Martínez Pérez* para reclamar y obtener, a nombre de ellos, el reconocimiento y pago de unos salarios y prestaciones sociales".

Para sustentar esta acusación se repara en que al doctor Marino López Lucas se lo facultó, en el poder que obra en autos y que le dieron los actores, únicamente para reclamar la indemnización que la empresa demandada pueda deber a los poderdantes por el deceso de su hijo Jaime Luis Merino Martínez, muerto al servicio de la misma. En la demanda que presentó en ejercicio de tal mandato, lo que solicitó fue el pago de "prestaciones sociales (seguro colectivo de vida, otras prestaciones que no indica) y salarios pendientes", a más de intereses legales y salarios caídos. Pero ni los salarios, ni las prestaciones sociales caben dentro del concepto de indemnización, pues esta tiene en el derecho un sentido y un alcance diferente, como que se refieren a la reparación del daño o perjuicio causado a otro y a su extensión. Por lo tanto, cuando el doctor López Lucas ejercitando dicho poder demandó salarios y prestaciones sociales, excedió los límites del mandato conferido "y obró sin la representación de sus poderdantes". No obstante esto, la sentencia atendió sus peticiones, violando así "las normas de procedimiento sobre mandato judicial que se citaron en el enunciado del cargo, las del C. C. que señalan la extensión del mandato, y las sustantivas que aplicó indebidamente para el pago de seguro de vida, salarios, cesantía y, como consecuencia de estas condenas, salarios caídos".

Y sentado lo anterior, concluye así el impugnador:

"Careciendo el señor apoderado en este juicio de las facultades para demandar el pago de salarios y prestaciones sociales, que es el contenido del petitum de su demanda, resulta que carece del jus postulandi y, en consecuencia, los presuntos demandantes no tienen apoderado para los fines perseguidos en el libelo. Aunque este punto no fue materia de debate en el juicio, no puede considerarse como medio nuevo, ya que los presupuestos procesales hacen relación al interés mismo del proceso que es cuestión de orden público.

"Por lo tanto, debe restaurarse la vigencia de las normas violadas por aplicación indebida, revocando todas las condenas (seguro de vida, cesantía, salarios e indemnización moratoria), mediante la casación de la sentencia; y, en su lugar, dictar fallo en el que se declare que no es posible resolver el litigio en el fondo por carencia del presupuesto procesal anotado".

Para resolver, la Corte considera:

La cuestión sometida al estudio de la Corte por el recurrente en esta acusación, de ilegitimidad de personería adjetiva de la parte demandante, se plantea por primera vez en este juicio, pues no lo fue en ninguna de las instancias, no obstante que dentro de ellas se controla su ocurrencia y se remedian las situaciones que genera. Constituye, por lo tanto, un medio nuevo de impugnación, en este recurso extraordinario, de la providencia que definió el negocio pasando por alto la alegada ausencia de la

facultad que tuviera el apoderado de los actores para incoar a nombre de estos la acción aquí cuestionada, medio que por ser tal le quita eficacia a la censura, tal como lo enseñan la jurisprudencia y la doctrina.

De otra parte, la referida ilegitimidad de personería cuando no se controla inicialmente por el Juez del conocimiento en la forma prevenida por el art. 231 del C. J., que es de recibo en el procedimiento laboral por imperio del art. 145 del estatuto que lo regula, o posteriormente por iniciativa de la parte demandada, a través de la respectiva excepción dilatoria oportunamente propuesta (arts. 330 y 332 del C. J. y 32 del C. P. del T.), el resultado que produce es el de viciar de nulidad la actuación adelantada, la que no puede predicarse, entre otros casos, si aparece claramente de autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder, o este no se halle arreglado a la ley, según el ord. 4o. del art. 450 del citado C. J., que es precisamente lo confrontado aquí, pues todo indica que los demandantes han querido que sea el abogado que los ha venido patrocinando quien los represente en el reclamo de los derechos de que aquí se trata y nada hay que permita aseverar lo contrario.

Finalmente y en el supuesto de que la nulidad inicial no se la pudiera considerar purificada, ella solo puede ser alegada por la parte mal o indebidamente representada, por ser la única afectada con ella y como tal única interesada en su reconocimiento, según se desprende de lo preceptuado por el art. 457 del mentado estatuto procesal civil y lo ha sostenido la jurisprudencia. De modo que, desde este punto de vista, la parte demandada carece de interés jurídico para plantear la presente cuestión nueva en el juicio, configurativa de un error in procedendo, que cuando se confronta y no ha sido subsanado por quien legalmente puede hacerlo, conduce no a fallo inhibitorio de la decisión de fondo, sino a la invalidación del proceso desde el estado que tenía cuando ocurrió la causal.

No prospera, por lo tanto, este primero y principal cargo y, por eso mismo, se procede a estudiar en seguida los restantes, labor que se realizará conjuntamente respecto del segundo y el tercero, por su conexidad y la igualdad de la vía escogida para presentarlos.

Segundo y tercer cargos

En ambos se acusa la sentencia recurrida de ser "violatoria de la ley sustantiva por aplicación indebida. También se produjo la violación de medio de normas adjetivas y de normas del C. C., tal como se expresa a continuación".

Las normas sustantivas laborales a que se refiere son las mismas enunciadas en el primer cargo, y las adjetivas y de otros ordenamientos jurídicos distintos del laboral (Violaciones medio), que asimismo singulariza, son: En el C. P. del T., los arts. 51, 61 y 145; en el C. C., los arts. 347, 348, 349, Ley 57 de 1887 art. 22, Ley 92 de 1938 arts. 5o., 18 y 19, arts. 1008, 1010, 1011, 1012, 1013, 1037, 1040, 1045, 1046, 1155, 1757, 1761 y 1769; en el C. de P. C., en concordancia con el art. 145 del C. P. del T. los arts. 593, 603, 604, 605, 607, 609, 637, 639, 645 y 935.

Advierte que la violación de la ley proviene de la apreciación errónea de las siguientes pruebas: la demanda (fls. 17 y 22.); el acto de notificación de la misma (fl. 32 vto.); la contestación de la demanda (fl. 36); las fotocopias de los fls. 38 a 41, en concordancia con las cartas originales de los fls. 88 a 92; la carta de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, del fl. 50, y las "posiciones" (así llamadas), absueltas por el doctor José Miguel Cruz, de fls. 64 a 71. "Pero como el Tribunal en su fallo, —agrega literalmente— y a fl. 130 del expediente en el inc. 2o. hace referencia al haz probatorio, y como, además, hace una interpretación de la conducta procesal de la parte demandada dentro del juicio para pretender deducir de ella la conducencia jurídica del fallo condenatorio, el concepto de la prueba erróneamente apreciada se extiende a las demás que obran en el expediente, y que constituyen con las ya individualizadas el haz probatorio, y que son: —Poder a fls. 1 y 2 del cdno. ppal. certificado de Gerencia de la sociedad demandada a fl. 3; partidas que acreditan la calidad de padres legítimos de *Jaime Luis Merino Martínez,* en los demandantes, a fls. 4 a 8; mensaje de González Efa a Malolú, a fl. 9; recibo de recomendado No. 865575, fl. 10; carta del doctor *Marino López Lucas* al Gerente de la empresa EFA., a fls. 11 y 12; telegrama del doctor *Marino López Lucas* a fl. 13; telegrama del doctor *Marino López Lucas,* a fl. 14; carta del Primer Secretario de la Embajada de España al doctor Marino López Lucas a fl. 15; carta de Manuel A. González B.,

Gerente de EFA. a la Embajada de España, a fl. 16; declaración de renta a fls. 34 y 35".

Los errores de hecho ostensibles en que incurrió el sentenciador son los siguientes: "Que por manifestación expresa del demandado (confesión) que el Tribunal encuentra a fls. 88 y ss. del cdno. ppal. se prueba el hecho de que *Jaime Luis Merino Martínez* "falleció el 30 de octubre de 1959 al servicio de la empresa", tal como lo dice la sentencia a fl. 129"; "Que el hecho de la muerte 'no es aspecto que se discute en juicio', tal como lo dice la sentencia a fl. 130 del expediente"; "Que los demandantes demostraron la calidad de únicos beneficiarios del seguro de vida causado por razón de la muerte de *Jaime Luis Merino Martínez*"; "Que los demandantes son los únicos beneficiarios o herederos, de conformidad con las reglas del C. C., de *Jaime Luis Merino Martínez*"; *"que los* demandantes demostraron ser los herederos de *Jaime Luis Merino Martínez*, reconocidos dentro del juicio de sucesión de aquel", "que de algunas de las pruebas producidas en el juicio, o del conjunto de todas ellas, o de la conducta procesal de la parte demandada, o de estas circunstancias combinadas, puede concluirse que la entidad demandada tuvo a los demandantes como únicos beneficiarios del seguro de vida o como únicos herederos de *Jaime Luis Merino Martínez*".

En el desarrollo de estas acusaciones observa el recurrente, en primer término, que de las peticiones de la demanda y del hecho segundo de la misma se desprende que el de la muerte de Jaime Luis Merino Martínez, como sucedido el 30 de octubre de 1959, se planteó en calidad de esencial en el litigio, y lo que, por lo demás, era apenas natural, puesto que tal fallecimiento era el determinante de la cesación del contrato de trabajo y causa inmediata del derecho al seguro de vida. "Como motivo de la terminación del contrato, daba derecho al cobro del auxilio de cesantía. Además, el hecho de la muerte, debidamente probado, es el que daba personería sustantiva o el derecho mismo a quienes demostraran ser los beneficiarios del seguro, para cobrar este; a los herederos, para percibir la cesantía, en este caso inferior a $ 5.000.00; y para iniciar el juicio de sucesión y obtener el auto de reconocimiento de los herederos que les permitiera reclamar los salarios".

Ahora bien, como en la contestación de la demanda no se aceptaron los hechos en que se sustenta, correspondíale a la parte actora probar la muerte referida con la partida de defunción, de origen civil, o con la prueba supletoria respectiva, demostrada la falta de aquella, de conformidad con lo estatuído por los arts. 18 y 19 de la Ley 92 de 1938, en ningún caso con la prueba de confesión, que está excluída entre las utilizables para establecerla. Pues bien: aquí dicha muerte no se ha probado en alguna de las formas legales indicadas, pues ninguno de los elementos de convicción que obran en autos conducen a esa conclusión, según el análisis pormenorizado que de ellos hace para sentar tal afirmación. Lo único que existe —sigue diciendo— es "una carta del Gerente de la entidad demandada, y quizá otras manifestaciones de conducta que el Tribunal podría haber tomado como admisión de la verdad de ese hecho (pago parcial del seguro). Pero resulta que se trata de manifestaciones de la parte demandada, confesión en sentido probatorio, precisamente la prueba exceptuada para demostrar el estado civil".

No hay duda, en consecuencia, que la muerte de Jaime Luis Merino Martínez era uno de los hechos controvertidos en el juicio, que necesitaba establecerse, lo que no se ha hecho. No obstante esto, en el fallo acusado "se partió del hecho de la muerte, y se condenó al pago del seguro de vida; se partió del mismo hecho como una de las causales de terminación del contrato de trabajo, y se condenó al pago del auxilio de cesantía; y con la misma premisa se ordenó el pago de salarios a persona distinta del trabajador que no presentaba autorización suya para reclamarlos (ver normas violadas)". Se equivocó el Tribunal y por tanto, debe casarse su fallo y en su lugar revocarse las condenaciones por él hechas por los conceptos mencionados, incluyendo la relacionada con los salarios caídos.

De otro lado, los actores demandaron alegando simplemente su calidad de padres legítimos de Jaime Luis Merino Martínez, pero no afirmaron fueran los únicos beneficiarios forzosos del seguro de vida, ni los únicos herederos, ni tampoco ninguna de las circunstancias que llevarían a esa conclusión, de conformidad con la ley, y que son: que el causante murió soltero y no tuvo hijos naturales. Esta omisión en la demanda no los autorizaba asimismo para dejar de probar tales extremos, pues de conformidad con los arts. 293, 294, 258 y 139 del C. S. del T., estos dos últimos en concordancia con los del C. C. que regulan la sucesión intestada, citados en la enunciación del cargo,

no podían limitarse a establecer que estaban incluídos entre los beneficiarios del seguro de vida, ni en la lista de las personas llamadas a suceder ab intestato. Tenían que "demostrar la condición de beneficiarios únicos del seguro de vida; la condición de herederos de mejor derecho en el auxilio de cesantía (arts. 212 y 258 del C. S. del T.) y la condición de herederos simplemente reconocidos en juicio de sucesión, para poder presentarse a reclamar los salarios pendientes de pago". De conformidad con las normas laborales primeramente citadas, en relación con las otras asimismo invocadas como infringidas, "los demandantes han debido presentar "una información sumaria de testigos que demuestren quiénes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombre y la razón de serlo"; y de conformidad con el art. 139 del C. S. del T. y concordantes del C. C. han debido demostrar su condición de herederos reconocidos en juicio para efecto de reclamar los valores por concepto de salarios pendientes".

Pues bien: tales circunstancias no las han establecido, pues ni se deducen de la conducta procesal observada por la parte demandada, que es perfectamente legítima, ni de las pruebas aportadas al proceso, según el análisis que de ellas se hace para sacar la conclusión ameritada.

Entonces si los demandantes no demostraron que fueran los únicos beneficiarios del seguro, con exclusión del cónyuge y de los hijos que son preferenciales, ni que hubieran obtenido el reconocimiento judicial de herederos del causante, carecen de derecho para reclamar dicho seguro, la cesantía y los salarios pendientes de su hijo fallecido. A pesar de esto el Tribunal se los reconoció en la sentencia impugnada y condenó a la sociedad demandada a pagarlos, lo mismo que la indemnización moratoria. Se debe, por tanto, casar dicha decisión y absolver a la sociedad.

Para resolver, la Corte considera

Tal como quedó expresado en los antecedentes procesales, los demandantes impetraron en su demanda el pago del saldo del seguro de vida colectivo que la empresa demandada cobró en la Compañía Colombiana de Seguros por la muerte del aviador Jaime Luis Merino Martínez, muerto en accidente de trabajo al servicio de aquella; los salarios y prestaciones que quedaron pendientes de pago del aviador fallecido; y los intereses de estas sumas de dinero y la indemnización moratoria, alegando su calidad de beneficiario y padres legítimos del citado trabajador, lo mismo que la negativa de la empresa a satisfacer estas obligaciones a pesar de que reconoce las deudas y de las gestiones que se han hecho, aún por conducto de la Embajada de España.

En el fallo impugnado se tienen en cuenta la manifestación hecha por el representante de la demandada en el acto de la notificación personal y traslado de la demanda (fl. 32 v. del cdno. ppal.); la comunicación de la Compañía Colombiana de Seguros de Vida para el Juez del conocimiento, de 14 de diciembre de 1962 (fl. 50 ibídem); el testimonio, al que también se denomina posiciones, del doctor José Miguel Cruz (fls. 65 a 72 ibídem); las cartas por este dirigidas al demandante Julián Merino Rodríguez (fls. 91 y 92) y a las cuales se refiere en el testimonio que acaba de mencionarse; la carta dirigida desde Valledupar el 14 de diciembre de 1959 por el Gerente de la sociedad demandada al citado actor a España (fls. 88 ibídem); y la conducta observada por dicha empresa dentro del juicio, "de ausencia casi total, toda vez que fuera de darse por notificado, otorgar poder para contestar la demanda y de la contestación del libelo por parte de su apoderado, no hay ninguna otra actuación en el expediente", ausencia que hizo imposible absolviera posiciones, a lo cual se agrega la circunstancia de que "igualmente no satisfizo ante el Juzgado 7o. Laboral el pago que ofreció al notificarse de la demanda". Y se aprecian allí estos elementos de convicción para deducir que la empresa demandada reconoce que Jaime Luis Merino Martínez trabajó a su servicio, como aviador, del 1o. de octubre al 30 del mismo mes del año de 1959; que su sueldo básico era de dos mil pesos ($ 2.000.00) al mes y tres pesos ($ 3.00) por hectárea que fumigara; que durante el citado mes de octubre de 1959 fumigó 1.440 hectáreas, las que a razón de tres pesos ($ 3.00) cada una da un total de cuatro mil trescientos veinte pesos ($ 4.320.00), suma que agregada al sueldo básico da seis mil trescientos veinte pesos ($ 6.320.00) de salario; que de este total Jaime Luis Merino Martínez recibió de la empresa la cantidad de un mil pesos ($ 1.000.00); que el citado Merino Martínez "falleció el 30 de octubre de 1959 al servicio de la Empresa"; que esta le debe a los demandantes, como padres del aviador fallecido, la parte del salario que no le alcanzó a cubrir antes de su

muerte y catorce mil pesos ($ 14.000.00), saldo de los veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) que por concepto del seguro de vida de Jaime Luis Merino Martínez le pagó el 28 de diciembre de 1959 la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, pues de ella le remitió por conducto del doctor José Miguel Cruz la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), saldo que prometió remitir al Juez del conocimiento, ofrecimiento que no ha cumplido; y que la persistencia en no pagar las obligaciones laborales por la empresa demandada "tiene caracteres nítidos", pues "ningún móvil plausible, ninguna excusa se puede presentar con visos de aceptación para justificar" la retención por la demandada del seguro que recibió de la compañía aseguradora mencionada y "ni los salarios pendientes confesados, ni la cesantía causada por el mes de servicio se han cancelado, ni existe prueba alguna de haberse consignado en su Juzgado para gozar de la exención de la condena por mora". Por esto termina el fallo condenando en la forma expresada en los referidos antecedentes procesales, no obstante faltar en autos la partida de defunción de Merino Martínez, pues el hecho de su muerte "no es aspecto que se discute y es sabido que las pruebas solo deben aducirse cuando son materia de controversia".

El Tribunal no se ha equivocado al valorar este acervo probatorio y sacar las conclusiones mencionadas.

En la carta que el gerente de la sociedad demandada le dirige desde Valledupar a Mieres (España) al demandante Julián Merino, el 14 de diciembre de 1959, después de agradecerla la contestación a su anterior; de reiterarle a él y a su esposa las manifestaciones de pesar por la muerte en accidente "de nuestro querido compañero (q. e. p. d.) como su apreciable hijo" Jaime Luis Merino; y de participarle que le adjunta algunas fotografías y recortes de prensa acerca de la manera como ocurrió dicho accidente, le expresa lo siguiente:

"Lo mismo quiero detallar cómo pasó sus últimos días Jaime Luis (q. e. p. d.): él ingresó a esta empresa el día primero de octubre de presente año y según contrato de trabajo que actualmente en los archivos de esta Empresa figura; ingresó como Piloto Fumigador con sueldo de $ 2.000.00 (dos mil pesos) colombianos y un porcentaje de $ 3.00 (tres pesos) colombianos por hectárea de fumigación efectuada, el que alcanzó a fumigar 1.440 (mil cuatrocientas cuarenta) hectáreas hasta el día treinta (30) de octubre día que ustedes., como nosotros hemos lamentado; de tal manera que su permanencia en esta empresa fue de un mes de trabajo; del sueldo base o sea de $ 2.000.00 (dos mil pesos), él recibió $ 1.000.00 (mil pesos), según planilla firmada por él. De manera tal que sus haberes en la actualidad son $ 1.000.00 (mil pesos) por concepto de la segunda quincena del mes de octubre, más $ 4.320.00 pesos (cuatro mil trescientos veinte pesos) que corresponden al porcentaje de $ 3.00 pesos por hectáreas fumigadas además la suma de $ 24.000.00 (veinte y cuatro mil pesos) de seguro de vida según lo ordenado por nuestra ley que actualmente rige todo estas sifras (sic) son equivalentes en pesos colombianos.

"Yo he dado estos informes a la Embajada Española, los que están interesados en que se le deposite este dinero; es natural de que la Embajada haya demostrado interés en esto, pero creo que ellos persiguen un porcentaje bastante notorio sobre este capital. Deseo de que Uds. opinen la forma como podría hacerles llegar este dinero sin que nadie aproveche de sus haberes que nuestro querido compañero desveló para Uds. y solamente para Uds.".

Como se observa, en este documento, que no fue objetado en forma alguna, se confiesa que Jaime Luis Merino Martínez fue trabajador de la empresa en las condiciones y por el término allí referidos; que falleció a su servicio en un accidente; que le quedó adeudando cinco mil trescientos veinte pesos ($ 5.320.00) por concepto de salarios, suma a la cual se agrega la de veinticuatro mil pesos ($ 24.000.00) por el seguro de vida, valores que ofrece pagarlos directamente al destinatario de la carta y a su esposa, para lo cual espera le manifiesten en qué forma debe hacerlo; y que este pago se propone efectuarlo directamente a ellos, por ser los únicos beneficiarios, pues "nuestro querido compañero desveló para Uds. y solamente para Uds.". Son, en otros términos, indiscutidos para la empresa el hecho de la muerte a su servicio, en un accidente, de su trabajador Jaime Luis Merino Martínez, y la calidad de únicos beneficiarios de sus haberes por salarios insolutos y seguro de vida, los padres del aviador así fallecido, a quienes pido indique la manera como debe hacerles llegar el dinero adeudado.

Por lo demás, pocos días después, el 28 del citado diciembre de 1959, la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, en la que la de-

mandada había asegurado al piloto fallecido conforme a la póliza colectiva No. 58979, cubrió dicho seguro en la referida cantidad de $ 24.000.00, por medio del cheque No. CD 1029 a cargo del Banco de los Andes, sucursal de la carrera 10a.", según comunicación que el 14 de diciembre de 1962 dirigió esa Compañía al Juzgado del Conocimiento, respondiendo el oficio número 630 de 26 de noviembre anterior, lo que indica que la Empresa de Fumigación Aérea Ltda. debió proveerse de la partida de defunción del asegurado y entregarla a la aseguradora, pues no de otra manera esta hubiera cubierto el riesgo ameritado.

Después de recibido el valor de este seguro, y al tenor de las cartas de 13 de marzo y 12 de abril de 1961, que el abogado José Miguel Cruz dirigió a la mentada ciudad de Mieres al citado demandante Julián Merino Rodríguez, en atención al encargo que el representante de la empresa demandada le había dado, según lo expresa en el testimonio que rindió este profesional, al mencionado padre del aviador fallecido se le solicitó el envío de la documentación acerca del parentesco respectivo para cubrirle dicho seguro y que una vez atendida esta exigencia, el gerente de la demandada entregó la suma de $ 10.000.00 a su comisionado doctor Cruz, quien se los giró al señor Merino Rodríguez, advirtiéndole que "no sobrará decirle que dicha suma no será la única, pues queda otra igual o un poco mayor por cobrar que muy pronto también se le remitirá".

De modo que para la sociedad el hecho de la muerte del aviador Jaime Luis Merino Martínez a su servicio, en un accidente de trabajo, no sólo es indiscutido para ella, sino que, además, tuvo a su disposición la partida de defunción del mismo, como también la documentación que le permitió reconocer a los padres del difunto como únicos beneficiarios del seguro que cobró en la Compañía Colombiana de Seguros de Vida y de los demás haberes que acepta dejó al morir y a girarles asimismo, por conducto del abogado José Miguel Cruz, la suma de $ 10.000.00 de tales valores, pruebas que son las que las normas laborales reclaman sean presentadas al patrono para que pague válidamente estas prestaciones y de las cuales las relacionadas con la calidad que tienen los actores de padres del causante Merino Martínez se reiteraron en este juicio, pues se trajeron las partidas respectivas del estado civil. Sin duda porque este convencimiento mantenía, manifestó en el acto de la notificación personal y traslado de la demanda, que "en la fecha giraré a favor del Juzgado 7o. Laboral de la ciudad de Bogotá, la suma de $ 14.000.00 por que se me demanda", promesa que, no obstante lo anotado, no ha cumplido, como no hay constancia tampoco hubiera pagado o depositado las demás acreencias reclamadas, reconocidas en el fallo acusado, conducta esta y la de su inactividad durante el desarrollo del proceso que ciertamente no se explica ni tiene justificación.

Por lo expresado, no hay duda de la muerte de Jaime Luis Merino Martínez al servicio de la empresa demandada, en un accidente de trabajo, lo que determinó la cesación del contrato de trabajo que tenían celebrado y la delación de su herencia a sus asignatarios y que dio nacimiento al mismo tiempo al seguro de vida respectivo; que al sobrevenir este deceso, la empresa demandada le adeudaba parte del salario; que los demandantes son los padres legítimos del difunto, según las partidas del estado civil aparejadas a los autos, prueba que con la de ser únicos beneficiarios le sirvieron a la demandada para pagarles parte del seguro, cuyo monto total le cubrió la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, compañía en la cual lo habían asegurado; y que además de este saldo, el de los salarios insolutos y el de la cesantía causada por el tiempo que sirvió el causante, cuya cuantía es inferior a cinco mil pesos ($ 5.000.00), no han sido cancelados, ni se ha consignado su valor, sin que esta conducta tenga explicación justificativa. Por tanto, el Tribunal no ha incurrido en los errores evidentes que se le atribuyen en los cargos estudiados, los que, por lo mismo, no se los admite.

Cuarto cargo

En este se acusa la sentencia impugnada de ser "violatoria de la ley sustantiva por infracción directa. También se produjo la violación medio de normas adjetivas y de normas del C. C., tal como se expresa a continuación".

Las normas sustantivas laborales que se consideran infringidas son las mismas enunciadas en el primer cargo, y las adjetivas y de otros ordenamientos diferentes del laboral, las siguientes: en el C. C., arts. 1008, 1010, 1011, 1012, 1013, 1037, 1040, 1045, 1046 y 1155; y en el C. P. del T., en concordancia con el art. 145 del C. de P. del T. el art. 935.

Se asevera en el desarrollo de esta acusación que de conformidad con la sentencia censurada, está demostrado en el juicio que el trabajador Jaime Luis Merino Martínez murió al servicio de la demandada en un accidente de trabajo, lo mismo que todos los extremos del contrato de trabajo, para llegar así a los valores del seguro de vida, el auxilio de cesantía y los salarios pendientes de pago; y que también está establecido que los demandantes son los padres legítimos del citado Jaime Luis Merino Martínez. "Pero el Tribunal no ha dicho en parte alguna del fallo que los padres de *Merino Martínez* han demostrado ser los únicos beneficiarios ni los herederos de mejor derecho. Simplemente, que son los padres legítimos y nada más".

Con base en estos hechos el ad quem aplicó la ley sustantiva enunciada en el cargo y, de una vez, atribuyó el derecho contenido en las normas a los padres del trabajador fallecido. Sin embargo, los preceptos sustantivos laborales establecen un orden de prelación de beneficiarios del seguro, y se remiten a los del C. C. que regulan la sucesión, para efectos de cesantía y demás derechos radicados en el causante y derivados de la relación laboral, "orden de prelación que ha debido ser respetada por el fallador, y no proceder a hacer la aplicación de las normas simplemente porque esté demostrado que se ocupa uno de los lugares subalternos o inferiores en el orden previsto por la ley".

"Se aplicaron las normas —termina diciendo— a una hipótesis concreta que no es la contemplada por ellas, y con esa aplicación se las infringió directamente". Se debe, por tanto, casar el fallo y absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Para resolver, la Corte considera

Lo relativo a si los padres legítimos de un trabajador fallecido en accidente de trabajo al servicio del patrono, son los únicos beneficiarios del seguro de vida y herederos preferenciales del difunto, como tales titulares del derecho a percibir la cesantía y los salarios pendientes de pago que dejó dicho causante, es una cuestión de hecho, cuya ausencia dentro del juicio determina la infracción de las normas que consagran tales derechos, si el fallador los reconoce en la providencia que define ese proceso a pesar de la falta probatoria de tales extremos, pero como consecuencia del error en que incurre al valorar la situación fáctica confrontada. O sea, que a ese resultado se llega por la aludida vía indirecta y no de la directa, que se produce al margen de toda cuestión de hecho.

Como en el presente caso las normas sustantivas laborales enunciadas en esta impugnación se las considera infringidas directamente, porque se las ha aplicado a una hipótesis concreta que no es la contemplada por ellas, pues se ha dado por establecido únicamente que los demandantes son los padres legítimos del trabajador fallecido, pero no al propio tiempo sus únicos beneficiarios y herederos de mejor derecho, la violación ameritada no puede haberse operado en esa forma y, por lo mismo, el cargo es inadmisible.

Pero aún en el supuesto de que estuviera bien formulado, no es atendible, porque como se dejó expresado en el estudio de las impugnaciones precedentes, la prueba echada de menos por el recurrente, reclamada por la ley para que el patrono pague válidamente las obligaciones memoradas, la exigió por conducto de su recomendado doctor José Miguel Cruz y una vez en su poder pagó parte del seguro y ofreció cancelar lo restante, a más de que el mismo representante de la empresa demandada en la carta, ya analizada, de 14 de diciembre de 1959, reconoce que los padres de Jaime Luis Merino Martínez son los únicos beneficiarios, pues este "desveló para Uds. y solamente para Uds.".

No 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 el fallo recurrido con que el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de su Sala Laboral, puso fin a la segunda instancia de este juicio.

Las costas de la casación son de cargo del recurrente.

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

Juan Benavides Patrón, Jorge Gaviria Salazar, Edmundo Harker Puyana.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

He disentido de la sentencia proferida por

mayoría de los H. Magistrados integrantes de la Sección Primera de la Sala Laboral, por las consideraciones que a continuación expongo:

1. La demanda mediante la cual se inició el juicio adelantado por los padres del señor *Jaime Luis Merino Martínez* contra la sociedad denominada *"Fumigación Aérea Ltda."*, tuvo por objeto obtener que esta última págase a los primeros el valor del seguro de vida (saldo) correspondiente a su hijo legítimo, quien según las voces del libelo falleció en accidente de trabajo; salarios insolutos por hectárea fumigada; intereses legales de las sumas no pagadas; prestaciones y la indemnización moratoria por no haber cancelado la empresa las expresadas sumas;

2. El hecho fundamental de la demanda que origina las pretensiones de los demandantes, es la terminación del contrato de trabajo por muerte del aviador;

3. Al correrse traslado del libelo, el apoderado de la sociedad se opuso a las peticiones del mismo y negó los hechos que las sustentaban;

4. El Juzgado del conocimiento absolvió de las peticiones formuladas, pero al ser apelada la sentencia el Tribunal la revocó y condenó a la empresa al pago del seguro de vida (saldo), a los salarios insolutos en cuantía de $ 5.320.00, a la cesantía por la suma de $ 526.66, a la indemnización moratoria y al 80% de las costas de primera instancia;

5. Para hacer estas condenas el Tribunal consideró que *aunque no se había acreditado el fallecimiento del señor Merino Martínez con la partida de defunción del mismo*, el hecho de la muerte de Merino "no es aspecto que se discute y es sabido que las pruebas sólo deben aducirse cuando son materia de controversia" (fl. 130, cdno. No. 1);

6. Interpuesto recurso de casación contra la providencia del Tribunal, fue concedido por este y admitido por la Corte y la Sala Laboral por mayoría, aceptó la tesis anterior del Tribunal, y además, sostuvo que el hecho de la muerte de Merino estaba suficientemente demostrado con otros medios de prueba tales como la carta que dirigió a los demandantes el Gerente de la sociedad demandada; la comunicación de la Compañía Colombiana de Seguros; la manifestación hecha por el representante legal de la empresa al notificarse del auto admisorio de la demanda y la conducta procesal de la sociedad en el curso del juicio. Por lo demás en la sentencia de la cual disiento, se hacen suposiciones tales como que la empresa "tuvo a su disposición la partida de defunción" del aviador;

7. El estado civil de las personas, como el hecho de la muerte, no se prueba con medios distintos a los indicados en la ley; y esta es muy clara al determinar que constituye prueba principal el registro civil de la defunción y demostrada su inexistencia la partida eclesiástica respectiva o declaraciones de testigos que reunan determinados requisitos, que toman el nombre de pruebas supletorias.

8. Siendo esto así, y habiéndose discutido el hecho de la muerte en accidente de trabajo del señor Merino han debido prosperar los cargos segundo y tercero de la demanda de casación, que precisamente se refieren a que el Tribunal incurrió en error de hecho al estimar las pruebas referidas en el numeral 6, por cuanto con ellas no podía demostrarse la muerte del señor Merino Martínez.

9. No se demostró tampoco, y esto en el supuesto de que fueran admisibles las pruebas referidas para demostrar la muerte de Merino, el que sus padres fueran los únicos beneficiarios del seguro de vida, ni que fueran los únicos herederos de aquel en relación con los salarios y cesantía a que fue condenada la Empresa, y por tanto a través de los errores de hecho indicados por el recurrente, se violaron los arts. 204, 293 y 294 del C. S. del T. y por ende, ha debido prosperar el cuarto cargo de la demanda de casación.

Dejo expuestas en los anteriores términos las razones que tuve para apartarme del criterio de la mayoría de la Sala.

Bogotá, D. E. enero doce de mil novecientos setenta.

Jorge Gaviria Salazar.

ACCION DE REINTEGRO

En Colombia no existe un principio semejante al que contempla el art. 123 de la Constitución de México, donde se estableció que "las relaciones de trabajo sólo pueden disolverse válidamente cuando exista una causa justificada", porque la acción especial de reintegro, que es la sucedánea de la acción de reinstalación, se halla reservada exclusivamente a casos excepcionales, como el fuero sindical y el contemplado en el Decr. 2351 de 1965. La restricción de las disposiciones positivas no obsta, sin embargo, a que el mínimo de derechos y garantías reconocidos en la legislación laboral a favor de los trabajadores, no pueda ser sobrepasado a través de pactos individuales, convenciones colectivas o laudos de obligatorio cumplimiento, y donde bien puede consagrarse la acción de reintegro, de origen extralegal, como cualquiera otro género de derechos y prestaciones de contenido más amplio al simplemente legal. En todas estas circunstancias, el cumplimiento de tales acuerdos es sancionado mediante la tutela que concede a las partes acciones pertinentes para la debida eficacia de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos sesenta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Aprobación Acta No. 5).

David Francisco Gómez, quien se contrató el 26 de febrero de 1963 como trabajador, en las labores de analista, al servicio de la empresa *"Puertos de Colombia",* fue despedido por la entidad patronal el 12 de septiembre siguiente, alegando reducción en los costos de administración. Gómez, quien tenía celebrado su contrato individual a término indefinido y con sujeción a la cláusula de reserva, devengando un sueldo mensual de $ 2.500.00, se había adherido a poco de su ingreso a la empresa a la convención colectiva de trabajo celebrada por esta con su sindicato de trabajadores (Sintrapocol), mediante el pago de las cuotas correspondientes. En el texto de dicho contrato colectivo se estipuló que "ningún empleado de la empresa 'Puertos de Colombia', Oficinas Principales, pasados los sesenta (60) días del período de prueba de que trata el Título II Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo podrá ser despedido sin justa causa, debidamente probada mediante procedimiento en que se le garantice la oportunidad de ser oído y de presentar sus descargos asistido por un representante del Sindicato aceptado por el inculpado (art. 13); se estipuló también que 'cuando por reorganización de carácter técnico se presente el hecho de que sobre personal, no se considerará esta circunstancia como justa causa para declarar terminado el contrato de trabajo' (art. 20); y se estipuló finalmente, a través de los arts. 21 a 27 de la convención, respecto a la manera de presentar los reclamos por prestaciones sociales y por despidos, para lo cual se creaba un Comité Laboral (art. 27) encargado de dirimir en última instancia, dentro de la competencia, trámites y oportunidades previstas, entre otras cosas sobre las reclamaciones que los trabajadores pudieran interponer en casos de despido, ya que entre las facultades decisorias del Comité se acordó (art. 26 lit. b) que 'si se trata de despido, el empleado será restablecido en su cargo y le serán reconocidos y pagados los salarios por todo el tiempo que hubiera estado separado de la empresa".

Fundado en estos hechos, después de haber agotado el procedimiento interno de reclamación administrativa ante la empresa, David Francisco Gómez demandó en juicio laboral a la empresa "Puertos de Colombia", establecimiento autónomo creado por la Ley 154 de 1959, a fin de que, como consecuencia de las omisiones y violaciones cometidas en perjuicio del actor, se condenara a "indemnizar al trabajador con los salarios correspondientes a todo el tiempo en que haya estado por fuera del servicio de la empresa a partir de la fecha de su despido y hasta cuando sea reintegrado al cargo que desempeñaba cuando tal despido se produjo a uno de similares condiciones de trabajo y remuneración" y "teniendo en cuenta los aumentos de salarios he-

chos desde la fecha del despido", sobre la base de una remuneración mensual de $ 2.500.00.

Se opuso a la acción la entidad demandada y aunque su apoderado admitió los hechos fundamentales del litigio, concentró su defensa en la excepción de declinatoria de jurisdicción que alega dentro de la hipótesis de que la empresa "Puertos de Colombia" constituye un establecimiento público descentralizado, donde todos sus empleados son funcionarios públicos para todos los efectos legales, por ser su situación de orden legal y reglamentaria, no obstante que en forma inconsulta hayan podido celebrarse contratos de trabajo con algunos de ellos.

En primera instancia el Juzgado Octavo Laboral Municipal de Bogotá encontró acreditados todos los elementos axiológicos y probatorios de la acción intentada y en consecuencia la decidió condenando a la empresa demandada, previa la declaración de la existencia del contrato laboral y de su ruptura unilateral, a pagar al actor los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre el 17 de agosto de 1963 y el día en que fuere reintegrado al cargo, sobre la base de un salario de $ 2.961.25 mensuales, más las costas del juicio.

Apelada la decisión de primer grado por ambos litigantes *el Tribunal Superior de Bogotá,* en fallo del 2 de noviembre de 1967, lo revocó en todas sus partes y absolvió en su lugar a la entidad demandada de los cargos enderezados en su contra, sin costas en la instancia.

De esta última sentencia interpuso la parte demandante el recurso de casación que la Corte trata y decide ahora, con el cual aspira el recurrente a tornar radicalmente el aspecto decisorio de las instancias, o sea que se case totalmente la sentencia del Tribunal y en su lugar la Corte, obrando en instancia, confirme la del Juzgado.

ENUNCIACION Y DEMOSTRACION DEL RECURSO

Como única causal de casación acusa la sentencia de ser violatoria, por vía indirecta y en el concepto de aplicación indebida, de los arts. 48 (art. 1o. del Decr. 616 de 1954) y 61 letras *a* y *g* del C.S.T. Como resultado de esta violación dice que se quebrantaron por falta de aplicación los arts. 21, 64 (tal como regía en la fecha del despido), 467 y 471 (art. 2o. del Decr. 18 de 1958) del CST, disposiciones todas citadas en armonía con el Decr. 1461 de 1961, art. 40, que ordena aplicar las normas del C.S.L. a las relaciones entre la empresa "Puertos de Colombia" y sus trabajadores. Agrega también el recurrente que, como violación de medio, se quebrantaron los arts. 632 y 645 del C.J., en armonía con el art. 51 del CPL, por no haberse aplicado al juicio, y finalmente el art. 18 del Decr. Ley 2733 de 1959.

A la violación de los mandatos sustanciales y procesales anotados anteriormente, se llegó a juicio del recurrente por virtud de supuestos errores de hecho originados en la equivocada apreciación de unas pruebas y en la falta de estimación de otras, desconocimiento que llevó al sentenciador a no tomar en consideración lo que disponen los arts. 1o. 3o., 13, 20, 26 (letra b), 28 y 56 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 29 de abril de 1962.

Como pruebas erróneamente apreciadas se indican la copia fotostática del contrato de trabajo (fls. 7 a 9) y la copia de la Convención Colectiva (fls. 12 a 23). Las pruebas no estimadas son prácticamente las demás del acervo probatorio, o sea: a) la certificación expedida por la empresa (fl. 11) sobre el tiempo de servicio y el salario devengado por el actor al Departamento de Personal de la Empresa (fls. 24 a 25) c) La certificación expedida por el tesorero del Sindicato de Trabajadores de la Empresa (fl. 26) donde consta el descuento hecho al demandante de sus cuotas como adherente a la convención; d) la carta del trabajador al Secretario Ejecutivo de la Empresa (fls. 28 y 29); e) la carta del apoderado del actor a la Secretaría Ejecutiva de la empresa (fls. 30 a 31); f) la contestación de la demanda a los hechos 1o. y 2o. y 3o. del libelo); g) la declaración de Eugenio Molina Barrios y el reconocimiento de su firma a fls. 52 a 55; h) la certificación de la empresa "Puertos de Colombia" en relación al aumento de salarios hecho a sus trabajadores (fl. 57); i) la declaración de Gulfran Dokú y el reconocimiento de su firma a fls. 59 a 61.

De los yerros y de las omisiones de apreciación probatoria que el censor le imputa al Tribunal, concluye que este incurrió *grosso modo* en errores de tal naturaleza y evidencia como no dar por demostrados los hechos enunciados bajo los numerales 1o. a 9o. del escrito de demanda, que son todos primordiales para sustentar la acción, ya que el sentenciador, a consecuencia de tales errores, no da siquiera por demostrada la existencia del contrato individual de trabajo con la fotocopia de dicho documento; ni el despido hecho por "Puertos de Colombia" a David Francisco Gómez; ni la existencia misma de la Convención Colectiva de Trabajo, a la cual se considera vinculado el demandante, que es prueba decisoria en el ejercicio de la acción de reintegro, re-

chazo que el Tribunal hace ante la circunstancia de que no está acreditado que se trate de una copia auténtica del convenio colectivo, sin que exista la constancia de su depósito en el Ministerio del Trabajo, requisito *sine qua non* para su validez.

El impugnador del fallo se extiende luego en prolijas consideraciones que buscan demostrar los errores del *ad quem* y su incidencia en la parte resolutiva de la sentencia, que a su turno son rebatidas por el opositor en no menos extenso escrito preñado de citas jurisprudenciales en abono de las tesis del Tribunal.

Los motivos del Tribunal en la providencia acusada

Para concluir sobre la bondad de las razones invocadas por las partes, conviene saber lo que el sentenciador sostiene respecto a las probanzas que se dicen erróneamente apreciadas o dejadas de apreciar.

En primer lugar, respecto de las primeras es evidente el desatino del Tribunal al restar todo valor probatorio a las fotocopias donde constan el contrato laboral celebrado entre Gómez y "Puertos de Colombia" y el despido subsiguiente que la empresa le hizo al trabajador, pocos meses después, alegando reducción en los costos de administración. Tales documentos, sin necesidad de entrar a examinar el problema de si las fotocopias tienen o deben tener el mérito y alcance probatorio del original mismo, punto sobre el cual la jurisprudencia no ha precisado aún su concepto, tienen en el caso presente el pleno valor que, de acuerdo con los principios jurídicos que gobiernan la prueba en el derecho laboral, le asigna el art. 645 del C.J. a los documentos privados que han sido exhibidos en juicio sin objeción alguna de la parte obligada, de los cuales predica tal disposición que "se tienen por reconocidos cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se han objetado o redargüido de falsos para que la parte que los presenta pruebe su legitimidad". Las fotocopias que adujo la parte actora no requerían, como parece exigirlo el Tribunal, para que pudieran ser tenidas como documentos legalmente autenticados, de un reconocimiento expreso proveniente de un empleado autorizado de la empresa, porque lo que constituye el llamado reconocimiento *tácito* que configura el art. 645 del C.J., es que el documento se presente simplemente como prueba contentiva de obligaciones contra la persona obligada en él o sus causahabientes, bastando solo el silencio, la pasividad o la aquiescencia de dicha parte obligada, para que la ley deduzca de tal fenómeno, o sea de hecho de que pudiendo haberse objetado no se hubiera hecho, la presunción de autenticidad en virtud del tácito consentimiento.

Esta es cabalmente la situación contemplada en autos, porque las partes no solamente no discutieron la autenticidad ni la validez de las fotocopias que reflejan el contrato laboral mismo y el despido subsiguiente del trabajador, sino que la prestación de los servicios en la fecha de entrada y salida del actor, el sueldo devengado y el despido por la empresa, son hechos reales y evidentes que surgen con energía de las pruebas erróneamente estimadas por el Tribunal y de muchas otras que dejó de apreciar, cuya relación se hace innecesaria.

Sentado, pues, el error del Tribunal sobre uno de los presupuestos de la acción de reintegro, cual es la condición de trabajador del demandante al servicio de la empresa, debe examinarse ahora otro de los yerros fundamentales de apreciación probatoria que incidieron en el fallo acusado, que constituye también presupuesto de la acción de reintegro, como es la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo, estipulada entre "Puertos de Colombia, y Sintrapocol", a la cual se adhirió el demandante mediante el pago de las cuotas sindicales, con el fin de aprovecharse de los beneficios pactados en el convenio, entre ellos la garantía de estabilidad en el empleo, caucionada por la acción de reintegro que las partes convinieron dentro de los términos y procedimientos taxativamente señalados en la Convención.

La Sala sentenciadora no admite en este caso la validez de la Convención alegada, pues partiendo de la base de ser este un acto que nace a la vida jurídica revestido de solemnidades propias que son consustanciales y se identifican con su prueba misma *(ad substantiam actus y ad probationen)*, pretende dar aplicación al art. 469 CST, el cual establece que la convención debe celebrarse por escrito y depositarse "necesariamente" en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los quince días siguientes a su firma. "Sin el cumplimiento de todos estos requisitos —finaliza el texto legal citado— la convención no produce efecto", conclusión que la Sala falladora aplica al caso en examen, porque a su juicio en el ejemplar de la Convención aducido a los autos no aparece la constancia de su depósito en el Ministerio del Trabajo, requisito vital para su existencia legal.

Realmente, las disposiciones normativas sobre las convenciones y pactos colectivos, en especial el art. 469 de que se ocupa la Corte, adolecen de la mayor vaguedad y falta de reglamentación adecuada, ya que allí no se establece requisito mínimo alguno, salvo a término de los quince días, en orden a la manera como se debe hacer constar el depósito de las convenciones y su demostración ulterior en juicio. Ante semejante vaguedad la jurisprudencia ha venido admitiendo, *ad maioren mala vitanda,* que la presentación de un ejemplar de la convención que lleve el sello de la oficina competente del trabajo y la firma autorizada, por ininteligible que sea, del funcionario encargado de su autenticación, hace o deja presumir la existencia legal del convenio colectivo, tal como lo exige el art. 469 mencionado. Conclusión esta que resulta obvia cuando, de tratarse, por ejemplo, de algún ejemplar falsamente autenticado, la parte contra quien se presente el documento tiene a la mano el fácil recurso de objetar su autenticidad, tachándolo de falso para que sea desestimado, como lo dispone el art. 649 del C.J., recurso este cuya procedencia no estaría sujeto más que a la prueba única de la certificación por las autoridades competentes del trabajo.

Este criterio de la Corte, que ha mirado con amplitud la demostración en juicio de la existencia de las convenciones colectivas de trabajo, ha sido sostenido en fallos recientes, de suerte que la tesis de la Sala falladora, al rechazar un documento que lleva el sello y la firma no objetada de su autenticidad formal, constituye un palmario error de derecho en la estimación valorativa de un documento que reúne, en el caso presente, las condiciones necesarias que la ley exige para su existencia y demostración en juicio.

Consideraciones de la Corte sobre la acción de reintegro que el litigio deduce. El Tribunal no se limita, empero, a los motivos de orden probatorio que se analizaron antes, pues se adentra a continuación en algunas consideraciones sobre la acción de reintegro, que la parte opositora estima son soportes del fallo que permanecen incólumes y al margen de la impugnación.

Dice el *ad quem* que "en cuanto a la decisión final de reintegro se advierte que a falta de prueba del derecho sustancial de reintegro en cabeza del actor, no es viable la petición impetrada en ese sentido aunque se hubiere demostrado que el despido fue ilegal e injusto cuya consecuencia jurídica es la indemnización pecuniaria a que hubiere lugar de acuerdo con las modalidades del respectivo contrato laboral. Esto por cuanto la reincorporación al trabajo, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia, solamente opera para el caso de los trabajadores amparados por el fuero sindical, despedidos sin autorización judicial, el fuero de maternidad y excepcionalmente cuando se hubiere pactado expresamente en convenciones colectivas de trabajo el reintegro con el consecuencial procedimiento para hacerlo efectivo. Finalmente, en la legislación vigente se contempla otro caso de reintegro, el instituído por el Decr. 2351, art. 16, para los casos de casación del período de incapacidad temporal de los trabajadores".

"En este sentido —prosigue el Tribunal— vale insertar la jurisprudencia al respecto cuando dice: 'en la legislación colombiana solo existe la acción de reintegro para los trabajadores que disfrutan del fuero sindical, y el despido ilícito sólo genera la obligación de indemnizar los perjuicios causados, entre los cuales el valor de los salarios faltantes para la terminación expresa o presunta del contrato laboral constituye el lucro cesante, que es figura distinta de los llamados 'salarios caídos' o sanción por mora o retardo en el pago de las prestaciones sociales" (Sent. dic. 2 de 1953, D. del T. vol. XIX).

"Pero es más, aún en el caso de aceptar eficacia probatoria a la convención colectiva que se trajo a los autos, en ella no aparece consagrado de reintegro ni su acción correlativa, ya que el problema de la estabilidad según los términos del convenio se reduce a garantizar la inamovilidad del trabajador pasados los sesenta días de la etapa de prueba y al mantenimiento del personal cuando se presente 'reorganización de carácter técnico' (art. 20) ya que se dispone en este caso no considerar tal situación como justa para terminar el contrato de trabajo".

Al respecto la Sala considera:

La estabilidad en las relaciones obrero-patronales ha constituído uno de los más grandes anhelos del derecho laboral, porque es principio básico, dentro de la concepción más avanzada de este derecho que la relación de trabajo sólo pueda y deba disolverse válidamente cuando exista una causa que justifique, en una cualquiera de las partes, la rescisión contractual. Conforme a estas ideas y aplicado a la relación laboral resulta enteramente anticuado el principio civilista emanado de la autonomía de la voluntad y que consagrado en la vieja máxima *pacta sunt servanda,* carece de toda actualidad dentro del espíritu predominante en la legislación laboral que, guiada por motivos superiores

de interés social, procura a todo trance el mantenimiento de la relación de trabajo.

Dentro de tal pensamiento, legislaciones de la Europa occidental, como las de Francia y España y la alemana posterior a la Constitución de Weimar, instauraron diversos tipos de acciones enderezadas a proteger al trabajador en todos aquellos casos en que la relación laboral se disolviera sin justa causa y a virtud del solo despido arbitrario del patrono. Para semejantes casos se consagró una acción llamada de "reinstalación", regulada según las circunstancias particulares de la respectiva hipótesis legal. Estos principios que surgieron en el derecho europeo alcanzaron, en concepto del tratadista Mario de la Cueva, un desarrollo mucho más amplio a través del art. 123 de la Constitución Mexicana, donde se estableció que "las relaciones de trabajo solo pueden disolverse válidamente cuando exista una causa justificada", otorgándole en este caso al trabajador la opción de demandar entre el cumplimiento de la relación de trabajo o el pago de una indemnización equivalente a tres meses de salarios, sin perjuicio de las prestaciones a que tenga derecho el trabajador al momento de su separación. Si opta por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, ejercitará entonces la acción de reinstalación, que en el derecho mexicano se considera, según el mismo de la Cueva, como una de las más altas conquistas en pretensión de la estabilidad de las relaciones laborales.

En Colombia no existe, sin embargo, un principio semejante, porque la acción especial de reintegro, que es la sucedánea de la acción de reinstalación, se halla reservada exclusivamente a casos excepcionales, como el fuero sindical y el contemplado en el Decr. 2351 de 1965. La restricción de las disposiciones positivas no obsta, sin embargo, a que el mínimo de derechos y garantías reconocidos en la legislación laboral a favor de los trabajadores, no pueda ser sobrepasado a través de pactos individuales, convenciones colectivas o laudos de obligatorio cumplimiento, y donde bien puede consagrarse la acción de reintegro, de origen extralegal, como cualquiera otro género de derechos y prestaciones de contenido más amplio al simplemente legal. En todas estas circunstancias el cumplimiento de tales acuerdos es sancionado mediante la tutela que concede a las partes acciones pertinentes para la debida eficacia de sus derechos.

El caso que se examina es tal, porque las partes no solo consagraron en la convención la estabilidad en el empleo (art. 13), sino que garantizaron obviamente su aplicación, sacándola del plano de la teoría, para consagrarla a través de una serie de medidas y regulaciones encaminadas todas al ejercicio de la acción de reintegro, como puede verse del somero examen de las cláusulas atinentes: a) en el art. 21 se regulan los reclamos individuales; b) en el 22 los reclamos sobre prestaciones sociales y despidos; c) en el 23 se constituye un Comité Laboral integrado por representantes de la empresa y del sindicato; d) en el 24 se señala la órbita de su competencia, entre cuyos puntos sobresalen los reclamos sobre aplicación de la Convención Colectiva; e) en el 25 se establecen los procedimientos a seguir por el Comité Laboral para conocer y decidir de los reclamos; y en el art. 26 se estipula claramente, sin lugar a sombra de dudas, que el Comité Laboral tendría facultad para decidir de las acciones de reintegro, pues su literal b) advierte que "si se trata de despido, el empleado será restablecido en su cargo y le serán reconocidos y pagados los salarios por todo el tiempo que hubiere estado separado de la Empresa".

Erró, pues, el Tribunal, cuando expresó literalmente que "aún en el caso de aceptar eficacia probatoria a la convención colectiva que se trajo a los autos, en ella no aparece consagrado el derecho de reintegro ni su acción correlativa", afirmación que es contraria, en todo caso, al tenor de la cláusula 26, lit b), anteriormente transcrita.

Aún dado todos los supuestos que darían al demandante Gómez, por imperio de la convención, la viabilidad de accionar en reintegro contra la empresa de la cual fue despedido, un examen cuidadoso de los hechos advierte que la acción no podría haber prosperado en razón del ejercicio tardío o extemporáneo del reclamo, formulado días después de vencido el término señalado en la propia convención, tal como se deduce del documento del fl. 24, presentado al juicio por la parte actora y del cual bien puede aprovecharse la contraria en razón del principio que crea la comunidad probatoria en perjuicio o beneficio recíproco de las partes. De tal documento, no desvirtuado, objetado, ni tachado en forma alguna, se sabe por propia confesión de las partes que lo suscriben, que el secretario del Sindicato (Sintrapocol) rechazó la reclamación de David Francisco Gómez "por ser extemporánea, ya que entre la fecha de la notificación (12 de septiembre) y la fecha de la presentación del reclamo (18 de septiembre) transcurrieron tres (3) días hábiles", esto es, más del plazo se-

ñalado en el art. 22 (parágrafo) de la Convención.

La reclamación del reintegro consagrada en una convención se surte por la reglamentación interna señalada en el propio estatuto convencional, en cuanto a organismos, trámites y plazos, cuya aplicación y verificación compete de modo exclusivo a las partes mismas, dada la índole extralegal del derecho voluntariamente reconocido. Solo el desconocimiento flagrante del derecho pactado podría dar lugar a la tutela mediante el ejercicio de la acción de reintegro.

En conclusión: El Tribunal incurrió en los errores de hecho evidentes que le achaca el impugnador, errores que lo condujeron a no dar por demostradas, como realmente lo están, las bases esenciales de la acción ejercitada, como son el contrato de trabajo y la convención colectiva. Pero estos errores no inciden en modo alguno, salvo la rectificación doctrinal que se ha juzgado pertinente respecto a los errores de apreciación probatoria, en la casación del fallo recurrido. Porque admitida la existencia de la acción en el demandante, por hallarse expresamente convenida en el pacto colectivo, es lo cierto que su ejercicio falló en razón de la extemporaneidad del reclamo formulado por el trabajador, circunstancia esta que es totalmente ajena a la sujeta materia del recurso.

Por lo cual el cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA 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.

FINALIZACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR TERMINACION DE LA LABOR PACTADA

Como consecuencia lógica de la apreciación probatoria hecha por la Sala falladora se infiere que esta aplicó debidamente a la litis, aunque la sentencia no los mencione, los arts. 45 y 47 del C. S. del T., y dejó de aplicar, porque no venía al caso, el art. 64 ibidem sobre indemnización por lucro cesante. El primero de aquellos textos legales 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; y el segundo excluye expresamente del plazo presuntivo a aquellos contratos cuya duración resulte o dependa de la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse. Sobre esta clase de contratos no tiene vigencia alguna el plazo presuntivo, desde luego que la duración del contrato puede determinarse sin problemas por la naturaleza misma de la obra o servicio, y aunque en estos casos, como lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, también puede darse la indemnización por lucro cesante si el patrono despide al trabajador antes de concluída la obra o labor, ello no depende en manera alguna de que pueda actuar el plazo presuntivo de seis meses, sino de que pueda establecerse en la litis el tiempo faltante para concluír la obra o servicio convenido.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Sección Primera. — Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos sesenta y nueve:

(Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana).

(Aprobación: Acta No. 15).

Se decide el recurso de casación de *José Alfredo Martínez Cadena* contra la sentencia proferida por el *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá* en el juicio ordinario laboral adelantado por aquel contra la "*Compañía Raymond S. A.*", con fundamento en los siguientes hechos: el demandante fue contratado por escrito para trabajar a órdenes de la "Compañía Raymond S. A.", entidad a la que prestó sus servicios personales en el tiempo comprendido del 4 de julio de 1961 al 28 de marzo de 1963, fecha esta en que la empresa dio por terminada la relación laboral, sin que mediara causa de ninguna especie. El último salario que devengó el trabajador fue la suma de $ 44.00 mensuales en compensación a sus servicios de operador de grúa. El actor demanda a la empresa, en consecuencia, para que se declare, en primer lugar, la existencia del contrato de trabajo en las condiciones antedichas; y en segundo lugar, para que se la condene a pagarle la indemnización por lucro cesante en virtud de la terminación unilateral e injusta hecha por parte del patrono del vínculo laboral que lo ligaba con el trabajador. Demanda también las costas del juicio.

La firma demandada, al replicar el libelo, admitió escuetamente la existencia del contrato laboral; pero negó que el despido del actor hubiera sido injusto, pues expresa que "el demandante fue contratado para ejecutar una labor determinada en la obra que dicha compañía adelantaba en Tibitó (Termoeléctrica de Zipaquirá); ese trabajo fue, como consta en el contrato respectivo, el de "operador de grúa". Concluída esta labor, por terminación prácticamente de toda la obra de la Termoeléctrica, era innecesario el servicio de grúa y por ello su contrato de trabajo fue cancelado por "terminación de la labor pactada". Negó igualmente el salario que indica la demanda y su renuencia al pago de las sumas reclamadas, porque "dadas las razones de terminación del contrato de trabajo, la empresa nada debe al demandante por concepto de lucro cesante reclamado, ni por ningún otro concepto".

El Juez de primera instancia, Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, decidió la litis declarando la existencia del contrato escrito de trabajo entre las partes, mas absolviendo a la demandada de las súplicas de condena,

con imposición de costas al actor, quien apeló del fallo. El Tribunal Superior de Bogotá, por las mismas razones expuestas en la primera instancia, lo acogió y confirmó integralmente, también aplicando las costas al actor recurrente.

Contra el fallo del Tribunal se interpuso y formalizó por la parte vencida en las instancias el recurso de casación con el cual se pretende la casación total de la sentencia, para que la Corte, en función de instancia, condene a la empresa demandada a tenor del libelo.

Con tal propósito formula el recurrente un solo cargo que en su enunciación acusa la sentencia de violación indirecta de los arts. 47 y 64 del C. S. del T., en relación al art. 45 del mismo estatuto, violación que dice haberse operado en virtud de haber incurrido el Tribunal en un error evidente de hecho, manifiesto en los autos, a través de errores de apreciación de unas pruebas y falta de apreciación de otras, error que lo condujo a dar por demostrado, sin estarlo, que el término de duración del contrato que ligó a las partes fue "la duración de la obra para la cual fue contratado"; a no dar por demostrado estándolo, que el contrato laboral era presuntivo y que, por tanto, vencía el 4 de julio de 1964; y finalmente, a dar por demostrado, sin estarlo, con la sola afirmación del demandado (documental del fl. 4o.), que la labor dizque para la cual había sido contratado, había terminado, razón por la cual prescindió de los servicios del actor.

Como pruebas mal apreciadas indica las siguientes: 1a.) El contrato de trabajo visible a fls. 2 y 3, el cual en ninguna de sus cláusulas consigna de manera específica la "naturaleza" de la obra o labor pactada, ni tampoco el número de los trabajos, ni sus dimensiones, encargados al trabajador, por lo cual estos habrán de entenderse como ilimitados y de duración indefinida, lo que da lugar a la aplicación del plazo presuntivo establecido por el art. 47 C. S. del T. en cuanto dispone que si el término del contrato no se determina expresamente o no resulta de la naturaleza de la obra o servicio, se presume que su duración se ha pactado por término sucesivos de seis meses. Empero, el Tribunal tomó como sinónimos la denominación del cargo (operador de grúa) con la labor o resultado del mismo, lo que resulta a todas luces equivocado. 2a) El documento del fl. 4o. en el cual la empresa certifica que por terminación de la labor pactada ha prescindido de los servicios del demandante, con base en lo cual concluyó el *ad quem* para que la acción pudiera prosperar era necesario que el actor hubiera demostrado el tiempo faltante para la terminación de las obras de Tibitó. Pero a esto observa el recurrente que si el contrato expirara por finalización de la obra o labor convenida, es siempre que se haya estipulado la naturaleza de la obra (construcción de un edificio, una represa, un túnel, etc.) circunstancia que no se reúne en el contrato que gobierna la litis, pues allí no se indica para nada la naturaleza de la obra o labor que debía ejecutar el operario, motivo suficiente para concluír lo contrario del Tribunal, o sea que el contrato se celebró por términos sucesivos de seis meses. 3a.) Como prueba dejada de apreciar señala el recurrente, por último, el libelo de demanda, donde el actor expresó claramente que no era cierto que el contrato que vinculó a las partes hubiera terminado por la realización de la labor pactada. Como consecuencia de tal falta de apreciación de la demanda, alega el recurrente, se concluyó en la sentencia que la Raymond dio por acabado el contrato en virtud de la terminación de la labor convenida, cometiendo así un error evidente, violando indirectamente el art. 64 C. S. del T. al dejarlo de aplicar, siendo del caso, y el art. 47 del mismo estatuto, al no tenerlo en cuenta para la interpretación del contrato laboral.

La Sala considera:

La sentencia acusada dice en lo pertinente: "Se solicita en la demanda se condene a la sociedad demandada a pagarle al actor el valor del lucro cesante. A fl. 2 se lee el contrato escrito de trabajo, del cual se desprende (cláusula 1a.) que la demandada contrató al actor como operador de grúa, para que trabajara en las obras que adelanta en Tibitó-Zipaquirá, pagándole una remuneración de $ 30.00 diarios. Además, de la cláusula 5a. se establece que el término del contrato sería la duración de la obra para la cual fue contratado. En la documental de fl. 4 la empresa certifica que por terminación de la labor pactada ha prescindido de los servicios del demandante y que su última remuneración fue de $ 44.00 diarios. Entonces, para que la petición pudiera prosperar era indispensable que el actor hubiera demostrado el tiempo faltante para la terminación de las operaciones de la Raymond en Tibitó-Zipaquirá. No lo hizo así y por tanto se impone la confirma-

ción del fallo apelado".

De las someras consideraciones del *ad quem* se puede deducir que este, interpretando el sentido y el alcance de dos cláusulas del contrato escrito de trabajo celebrado entre Martínez Cadena y la Raymond (la 1a. y la 5a.), como también la certificación expedida por la demandada a petición del actor, llegó a la conclusión fácil de que Martínez Cadena fue contratado mientras durara la realización de una determinada labor, en este caso la de operador de grúa, que debía ejecutar en las obras de la Raymond en la planta de Tibitó (Zipaquirá) en tanto que tal labor fuera necesaria; y que la empresa prescindió de los servicios de su trabajador cuando consideró agotada la labor pactada, sin que el actor se hubiera preocupado por demostrar cosa distinta, o sea que hubiera faltado algún determinado tiempo para completar la tarea encomendada.

A este respecto la Sala piensa que el Tribunal apreció las pruebas que se indican como mal apreciadas, en su recto sentido, sin hacerles decir nada distinto de lo que ellas dicen a las claras y sin que aparezca error alguno de valoración probatoria, menos aún evidente, en la estimación de las mismas. El contrato escrito de trabajo expresa, en efecto, que Martínez Cadena fue contratado para que prestara servicios específicos como "operador de grúa" en las obras adelantadas por la Raymond en Tibitó-Zipaquirá; que el contrato regiría únicamente por el tiempo que durara la labor especial encargada al trabajador; y el certificado expedido por la empresa dice que Martínez Cadena trabajó al servicio de la Raymond hasta el mismo día en que la empresa prescindió de sus servicios "por terminación de la labor pactada". Ambos documentos estimados por el *ad quem* son enfáticos al determinar la naturaleza de la labor, la de operador de grúa, a que se comprometió Martínez Cadena, con el aditamento expresado en el contrato de que este tendría vigencia solo por el tiempo determinado que durara la labor especial. En estas circunstancias, que el *ad quem* apreció debidamente, no puede afirmarse, como lo hace tan a la ligera el recurrente, que el contrato no hubiera señalado de manera expresa la naturaleza de la labor o servicio a cargo del trabajador.

Como consecuencia lógica de la apreciación probatoria hecha por la Sala falladora se infiere que esta aplicó debidamente a la litis, aunque la sentencia no los mencione, los arts. 45 y 47 del C. S. del T. y dejó de aplicar, porque no venía al caso, el art. 64 ibídem sobre indemnización por lucro cesante. El primero de aquellos textos legales 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; y el segundo excluye expresamente del plazo presuntivo a aquellos contratos cuya duración resulte o dependa de la naturaleza de la obra o servicio que deba ejecutarse. Sobre esta clase de contratos no tiene vigencia alguna el plazo presuntivo, desde luego que la duración del contrato puede determinarse sin problemas por la naturaleza misma de la obra o servicio, y aunque en estos casos, como lo ha sostenido la jurisprudencia laboral, también puede darse la indemnización por lucro cesante si el patrono despide al trabajador antes de concluída la obra o labor, ello no depende en manera alguna de que pueda actuar el plazo presuntivo de seis meses, sino de que pueda establecerse en la litis el tiempo faltante para concluir la obra o servicio convenido.

Alega también el recurrente que el Tribunal desestimó el libelo de demanda, donde el actor asegura no ser cierto que el contrato que ligó a las partes hubiera expirado por la realización de la labor pactada. Ciertamente que el *ad quem* no se ocupa para nada del libelo en este determinado punto, mas tal preterm isión es comprensible en v i s t a de haber formado su convicción con apoyo en probanzas distintas, convicción que no puede mellar las afirmaciones que, hechas en interés personal, consignen las partes, no a título de confesión, en los escritos de demanda y de contestación.

Anda así descaminado el recurrente cuando endereza su ataque contra la sentencia desde el punto de vista manifiestamente errado de que el contrato de trabajo celebrado entre las partes se halla gobernado por el plazo presuntivo, pues ya se ha visto que esta institución no rige, por mandato del art. 46 del C. S. del T., a aquellos en que su duración dependa, como es el caso de autos, de la naturaleza de la labor o servicio que deba ejecutarse. El cargo no resulta así viable, pues la apreciación probatoria del *ad quem* ha sido correcta y de igual modo la aplicación de las normas legales que gobernaban la situación procesal que el Tribunal halló establecida.

La Sala se limita solamente a hacer el reparo, por vía de rectificación doctrinal a la sentencia, en el punto en que esta afirma que "Para que la petición pudiera prosperar era indispensable que el actor hubiera demostrado el tiempo faltante para la terminación de las operaciones de la Raymond en Tibitó-Zipaquirá". La cuestión es a la inversa y la empresa, que contrató al actor para la prestación de una labor o servicio determinado, debió haber establecido su conclusión, para justificar así el despido del trabajador; mas el ataque del recurrente no se enderezó en este determinado aspecto, sino que se formuló sobre la base equivocada, como ya se viera, de que el contrato de trabajo estaba regido por la modalidad del plazo presuntivo.

Por tanto, 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 el fallo recurrido. Costas a cargo del recurrente. Liquídense.

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.

INDICE

SALA DE CASACION CIVIL

ABUSO DEL DERECHO. — *Se comete al causar daño en el ejercicio descuidado o imprudente de un derecho, aún sin intención de producirlo.* — Sentencia de 2 de octubre de 1969. CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario adelantado por Mario Russo L. contra el Banco de Bogotá. — Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán . 3

REIVINDICACION. — *Basta que el título del actor sea anterior a la posesión del demandado.* — Sentencia de 6 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio en el ordinario adelantado por Hernando Márquez Arbeláez contra Alfonso Ospina y Clementina Moyano de Ospina. — Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán. 11

REVISION POR VIA ORDINARIA DE LAS SENTENCIAS DE EXCEPCIONES DICTADAS EN JUICIO EJECUTIVO. — *Extralimitación en el mandato.* — Sentencia de 7 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartago en el juicio promovido por Francisco y Pompeyo Rivera contra Arturo y Erasmo García. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 17

RESCISION POR LESION ENORME. — *En estos juicios la cuestión central es determinar el valor de la cosa vendida, factor determinante de la decisión.* —Sentencia de 7 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Armenia en el juicio ordinario de José Deogracias Duque García contra Eugenio Páez Rendón. —Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 24

PERTENENCIA. — *Prueba testimonial, debe someterse a las reglas de la crítica racional.* — Sentencia de 10 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de pertenencia promovido por Jesús Avilán A. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 29

SEGUROS. — *La embriaguez pactada en la póliza como excepción al pago de la indemnización por el siniestro.* — Sentencia de 11 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Amanda Salazar de Grajales frente a la compañía Suramericana de Seguros de Vida. — Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 34

LESION ENORME EN LA PARTICION. — *El valor de los bienes que debe acreditarse es el que tenía realmente en el momento de hacerse la partición.* — Sentencia de 13 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Fusagasugá en el ordinario adelantado por Mercedes, Margarita y José Joaquín Romero Prieto contra Heliodoro y Luis Felipe Romero Prieto, Ester Romero de García y Paulina Romero de Bulla. —Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán 49

PRUEBA TESTIMONIAL. — *Su valoración. Cuándo no puede oficiosamente desestimarse declaración sospechosa de parcialidad.*— Sentencia de 14 de octubre de 1969. CASA la proferida

por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio promovido por Dioselina Flórez, como representante legal de la menor María Teresa Flórez, contra la sucesión de Alejandro Rondón. — Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 54

DERECHO DE HERENCIA. — *Los derechos de heredero o legatario sólo nacen a la muerte del causante.* — Sentencia de 15 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario de Haydée Rodríguez Pérez de Esquivia contra José María Rodríguez Puche y Trino Rodríguez Alsán. — Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava. 64

EXCLUSION DE BIENES DEL INVENTARIO. — *Con el auto de reconocimiento de herederos no se demuestra en otro juicio la menor edad, ni a quien corresponda la representación legal de dichos herederos.* — Sentencia de 16 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Montería en el juicio ordinario adelantado por Barsabás Luna Muñoz, en representación de sus menores hijos, contra Ramiro Potro López y otros. —Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán. 73

SOCIEDAD DE HECHO. — *Técnica de casación: error de hecho y error de derecho.* — Sentencia de 30 de octubre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario adelantado por Enrique Betancur Delgado contra Lucía Villa de Betancur y otros. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 78

SEPARACION DE BIENES. — *Técnica de casación.* — Sentencia de 5 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Fusagasugá en el juicio especial de Angel María Garzón contra Ana Rosa Bautista de Garzón. — Magistrado ponente: Dr. Flavio Cabrera Dussán . 88

COSA JUZGADA. — *Fenómeno que no aprovecha ni perjudica a terceros, sino a quienes intervinieron en el juicio directamente o por procuración, a los herederos de los mismos y a sus causahabientes singulares con título posterior a la inscripción de la demanda o a la notificación de esta, según se trate de inmuebles o de muebles, respectivamente. En casos especiales produce efectos* erga omnes *y aún puede llegar a favorecer a los causahabientes singulares con título anterior a la demanda.* — Sentencia de 5 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Armando Holguín y otros frente a León Perzec y otros. — Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 91

RESPONSABILIDAD DEL PORTADOR. —*Ejercicio de la Abogacía: la reforma constitucional de 1945 hizo inane lo preceptuado por la ley 21 de 1931 sobre el juramento de quien litiga como cesionario. Interrupción de la prescripción: no se consuma con la mera consumación de la demanda, sino con la notificación de esta al demandado.* — Sentencia de 14 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por "Insurance Company of America" contra la sociedad "Transportes Duque & Cía. Ltda." o "Transportes Duque Limitada". —Magistrado ponente: César Gómez Estrada 106

REIVINDICACION. — *Técnica de casación: para ser eficaz la censura por yerro de valoración de un título, debe citarse la preceptiva del modo de prueba que hubiera sido infringido por el Juzgador. La sola cita de los arts. 665 y 669 del C. C. no integra una proposición jurídica completa de derecho sustancial. La condena a las prestaciones mutuas presupone la prosperidad de la acción de dominio.* — Sentencia de 17 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Sogamoso en el juicio seguido por Julio A. Niño Rodríguez, Gilma Pulecio de Pinzón y María Telma Torres de Niño frente a Saúl Hurtado Gil. —Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 127

NULIDAD DEL TESTAMENTO. — *Para*

testar se requiere capacidad especial; la ley es más rigurosa respecto a capacidad para testar que en los demás casos. — Sentencia de 17 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Fusagasugá en el juicio ordinario de Fausto Ruiz Posada y otros contra María del Carmen Hernández y otros. — Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 135

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — *La en que incurren las personas jurídicas es directa y no indirecta; debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante; el daño puede causarse con o sin intención de producirlo.* — Sentencia de 18 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario propuesto por Julio E. Caicedo C. contra la sociedad "Archila Briceño & Cía., Ltda.". — Magistrado ponente: Dr. Enrique López de la Pava 147

ABUSO DEL DERECHO EN EL DENUNCIO PENAL. — *Sólo hay responsabilidad civil extracontractual cuando al denunciar penalmente se abusa del derecho. La teoría del abuso del derecho debe hacerse con sujeción estricta a los principios que gobiernan la responsabilidad delictual y cuasidelictual en nuestro Código Civil.* — Sentencia de 28 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Leonidas Alzate López contra el Consorcio de Cervecerías Bavaria S.A. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 157

SEPARACION DE BIENES. — *Cuando ambos cónyuges incurren en causales de divorcio (separación de bienes) cualquiera de ellos puede demandarlo alegando la culpa del otro, nunca la propia, y sin que haya lugar a compensación de culpas.* Sentencia de 28 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por Sara Rosa Avendaño de Zutta frente a José Rosendo Zutta. — Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 181

REIVINDICACION. — *Técnica de casación: violación directa de la ley sustancial.* — Sentencia de 28 de noviembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Elisa Toro Puerta contra Octavio Londoño Isaza. — Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 190

FILIACION NATURAL. — *Aporte de pruebas al proceso.* — Sentencia de 3 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Espinal en el juicio ordinario de Angelmiro Parra y otros contra la sucesión de Gustavo Rodríguez Farfán. — Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 195

REMOCION DE GUARDADOR. — *Técnica de casación: causal primera, error de hecho y error de derecho.* — Sentencia de 5 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Germán Vásquez Vélez frente a Joaquín Arango Restrepo. — Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández 202

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LAS PERSONAS MORALES. — *Es siempre directa no sólo por los actos de sus funcionarios directivos, sino de sus subalternos auxiliares.* — Sentencia de 9 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alberto Guidice Uribe frente a "Sears Roebuck de Colombia S.A." — Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 209

REVALIDACION DE PAPEL COMUN USADO EN LA ACTUACION. — *La falta de revalidación del papel común usado en la actuación no veda a la parte renuente formular peticiones, sino que inhibe al Juez para resolverlas. Si este decide sobre lo impetrado y la contraparte no recurre oportunamente, el proveído queda ejecutoriado y debe cumplirse.* Providencia de 11 de diciembre de 1969. Niega la solicitud de rechazar el recurso de Edgardo y Antonia Juan de Masa contra Rosa Torres de Juan y otros.

— Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 218

REIVINDICACION. — *No se requiere la exhibición del certificado a que se refiere el artículo 635 del C.J.* — Sentencia del 13 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario promovido por Dolores Giraldo v. de Chois contra Alejandro Sandoval y otros. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 220

RESCISION DE LA VENTA HECHA EN EPOCA DE VIOLENCIA GENERALIZADA. — *El cuatrenio que sanea el vicio comienza a contarse desde el día en que se declara restablecido el orden público. La ley aclaratoria rige desde la vigencia de la ley aclarada.* — Sentencia de 16 de diciembre de 1969. CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Santos Nariño Christian contra Estella Valenzuela de Nieto. — Magistrado ponente: Dr. Ernesto Cediel Angel 228

PETICION DE HERENCIA. — *Cuando prospera esta acción, la partición practicada entre los herederos demandados es inoponible al actor, y por tanto debe rehacerse en concurrencia con este.* — Sentencia 16 de diciembre 1969. CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Facatativá, en el juicio ordinario seguido por Hernando Ulloa Forero frente a María Antonia Ayala de Barragán y Alberto F. Buitrago. — Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón 254

SEGUROS. — *Con certificación de la Superintendencia Bancaria se prueba no sólo la personería del gerente, sino la existencia legal de las compañías de seguros, tanto extranjeras como nacionales.* — Sentencia 16 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por "Aseguradora Grancolombiana de Crédito S.A." frente al "Instituto de Crédito Territorial" y a la sociedad "Vásquez Peña & Cía. Ltda.". — Magistrado ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón . . 265

NULIDAD DE UNA PERMUTA. DOLO POR RETICENCIA. — *La reticencia constituye dolo, que invalida la convención, cuando está conectada con un deber legal o moral de información, y se refiere a hechos de trascendencia en el contrato.* — Sentencia 16 de diciembre de 1969. CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el juicio ordinario de María Olga Porras de Urdaneta contra María Peñaranda de Villamizar. — Magistrado ponente: Dr. César Gómez Estrada 273

SOCIEDADES. — *Contrato de suscripción de acciones. Las acciones por suscribir no constituyen patrimonio de la sociedad. El aportante de bienes debe no sólo darlos sino entregarlos materialmente.* — Sentencia del 16 de diciembre de 1969. NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Villavicencio, en el juicio de Hernando Cala y Barbosa frente al Municipio de Villavicencio. — Magistrado ponente: Dr. Guillermo Ospina Fernández . . 282

SALA DE CASACION PENAL

TECNICA DE CASACION. — *En casación los cargos han de demostrarse, pues no es suficiente la sola enunciación, ni el personal concepto del actor sobre determinadas circunstancias fácticas, para la demostración del error, el que ha de ser manifiesto.* — Por sentencia de 3 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Andes, de 21 de febrero de 1969, por la que se absolvió a Rogelio Ayala Osorio, por el delito de encubrimiento. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 303

TECNICA DE CASACION. — *Por tratarse de un recurso extraordinario, en que se juzga el asunto materia del proceso, no como "thema decidendum", sino como "thema decisum", la actividad jurisdiccional de la Corte, queda circunscrita a los límites que le trace el impugnante en la demanda, la que*

ha de indicar en forma clara y precisa los fundamentos para pedir la infirmación del fallo objeto del recurso. — Por sentencia de 7 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, de fecha 18 de diciembre de 1968, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Girardot, por la cual se condenó a Josefina Niño de Martínez, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 309

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — *El desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, como causal de casación, sólo procede en los juicios en que no interviene el jurado, pues en estos, la sentencia se dicta de acuerdo con el veredicto. Improcedencia de la causal del apartado segundo del ordinal 1o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964, en los juicios en que interviene el jurado, Causal primera de casación.* — Por sentencia de 10 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, de fecha 19 de septiembre de 1968 dictada por el Tribunal Superior Militar, por la que se condenó al cabo 1o. del Ejército Luis Virgilio Gallardo, por el delito de violencia carnal. — Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 315

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — *Cuando la sentencia se dicta en base a un veredicto contradictorio, no procede esta causal, sino la del ordinal 3o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964. Se ratifica la doctrina sobre la compatibilidad del estado de ira o de intenso dolor, con el asesinato. Técnica de Casación. Causal 1a.* — Por sentencia de 10 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bolívar, de 27 de febrero de 1969, por la que se condenó a Roberto López Daza, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres 318

TECNICA DE CASACION. — *El cargo de que en vez de dos entidades delictuales, solo hay una, sólo es deducible al amparo de la causal 1a. de casación, por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, al considerar una misma realidad, como dos entidades diferentes.* — Por sentencia de 10 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, de 11 de abril de 1969, por la que se condenó a Argemiro del Carmen Montenegro Castañeda, por el delito de estafa y de la conducta antisocial definida en el art. 28 del decreto 1699 de 1964. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 322

DELITO DEL CENTINELA. — *Se comete esta infracción cuando se violan las consignas particulares de carácter reservado que corresponden a la situación especial del puesto.* — Por sentencia de 10 de octubre de 1969, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 23 de octubre de 1968, por la que se condenó a José Jairo Sanabria Salazar, como responsable del delito Del Centinela, y ordena reponer el procedimiento a partir de la resolución No. 32 de junio 4 de 1968, inclusive. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 327

ESTADO DE IRA O DE INTENSO DOLOR. — *Para que configure la específica atenuante del art. 28 del C. P., ha de ser causado "por grave e injusta provocación" y el jurado debe así calificarlo, en los juicios en que interviene. Causal 1a. de casación. La violación directa de la ley sustancial, ocurre cuando puede demostrarse mediante un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio.* — La Corte, por sentencia de 14 de octubre de 1969, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Gachetá, de 17 de abril de 1969, por la que se condenó a Jesús Antonio Sarmiento Cifuentes, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado

ponente: Dr. Simón Montero Torres .. 335

CAUSAL CUARTA DE CASACION. — *Para que el error en la denominación jurídica de la infracción, pueda alegarse, en casación, con autonomía dentro de esta causal — la 4a. — ha de ser susceptible de demostración mediante un raciocinio directo, acogiendo la fundamentación fáctica de la sentencia, si hubo error en la apreciación del caudal probatorio, ha de alegarse como consecuencia de la causal del aparte segundo del inciso 1o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964.* — La Corte, por sentencia de 17 de octubre de 1969, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior Militar, de 15 de octubre de 1968, por la que se condenó a Hernando Vélez o Hernando Delgado Vélez y Juan Gómez, por los delitos de robo militar y delito Del Centinela. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 339

CONCURSO DE DELITOS. — *El criterio para determinar "el delito más grave" sometidos a diversas competencias, no se mide por la sanción aplicable a cada infracción en particular, sino atendiendo al rango jerárquico que ocupen los jueces llamados a conocer de esos delitos.* — Por auto de 17 de octubre de 1969, la Corte DIRIME el conflicto de competencias, de carácter negativo, suscitada por el juez segundo penal municipal de La Dorada y el segundo del mismo rango de Honda, para conocer del delito contra la propiedad, del que se sindica a Alfredo Alfonso Palomino, dando el conocimiento al Juez Segundo Penal Municipal de La Dorada. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez . . . 346

CAUSAL CUARTA DE CASACION. — *El error en "la denominación jurídica de la infracción", no es aducible en casación con base en la causal 4a., en forma directa, si para demostrarlo se requiere un examen de las pruebas.* — La Corte, por sentencia de 17 de octubre de 1969, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de 16 de mayo de 1969, por la que se condenó a Boanerges Ibáñez Fonseca, por los delitos de falsedad en documentos y peculado. — Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres 349

NULIDADES. — *Las de orden legal son de interpretación restrictiva. Capturado el sindicado declarado reo ausente, el oírlo en indagatoria, asistido por persona distinta a la del defensor nombrado, no genera nulidad. Se ratifica la doctrina, de que la indagatoria rendida por el sindicado, sin asistencia de abogado titulado, no constituye nulidad de orden legal, menos constitucional. Auto de proceder. En la parte motiva se determinará la especie del delito, y la alusión que a esta se haga en la parte resolutiva, es una irregularidad que no está consagrada como nulidad por la ley, ni por la doctrina.* — La Corte, por sentencia de 17 de octubre de 1969, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, de 28 de marzo de 1969, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por la que se condenó a Régulo Vargas Lozada por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano 352

CAUSAL 1a. DE CASACION. — *Se ratifica la doctrina sobre la improcedencia de esta causal, la del inciso 2o. del ordinal 1o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964, en los juicios en que interviene el Jurado. En estos, la sentencia se funda en el veredicto y no en las pruebas del proceso y su contraevidencia no está erigida en causal de casación.* — Por sentencia de 24 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de 24 de octubre de 1968, por la que se le concedió a Carlos Manuel Castro Perdomo el perdón judicial, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 358

CAUSAL 1a. DE CASACION. — *Atacada la sentencia con fundamento en el inciso 2o., del ordinal 1o. del artículo 56 del Decr. 528 de 1964, es necesario ha-*

cer el estudio completo de los elementos de convicción que obran en el proceso. El examen médico no es la única prueba para establecer el delito de violencia carnal. — Por sentencia de 24 de octubre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cáqueza, por la que se condenó a Rafael Gutiérrez Velandia, por el delito de violencia carnal. — Magistrado ponente: Dr.. Simón Montero Torres 361

REINCIDENCIA. — *Es indispensable que antes de la consumación de la segunda infracción, haya sido condenado el procesado por otro delito en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y que el segundo ilícito se cometa dentro de los diez años siguientes a la última condenación.* — La Corte, en sentencia de 27 de octubre de 1969, CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que condenó a Gabriel Guillermo Barrientos Arias, a treinta y seis meses de prisión, por el delito de fuga de presos, y relegación para Colonia Agrícola Penal por un término de cinco años, y accesorias de ley, y en su lugar se confirma la sentencia, pero prescindiendo de la relegación a colonia agrícola penal. — Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta . . 364

IMPEDIMENTOS. — *Las causales de estos se apoyan en la necesidad de alejar toda sospecha en la serenidad que debe presidir siempre las decisiones del juzgador. Causal del ord. 2o. del art. 73 del C. de P.P.* — La Corte, por auto de 28 de octubre de 1969, DECLARA FUNDADO el impedimento manifestado por el Dr. Luis Jaime Osorio Rodríguez, Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva, para conocer del proceso contra Alvaro Sandino Cuéllar, por homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 368

ACUMULACION DE JUICIOS O DE AUTOS. — *En la violación indirecta de la ley sustancial, como causal de casación, es necesario demostrar el error de hecho o de derecho, por apreciación errónea o falta de apreciación de la prueba. La disminución de la sanción a que alude el art. 429 del C. P., en los delitos contra la propiedad, opera cuando la devolución del objeto ha sido voluntaria y antes de la sentencia de primera instancia. Qué se entiende por el delito de estafa. Diversos fines que persigue la acumulación de autos. "El error en la denominación jurídica de la infracción", como motivo de casación, si se hace derivar como yerro en la apreciación de la prueba, ha de alegarse con base en el inciso 2o., del ordinal 1o., del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y tras esa demostración, invocar como consecuencial, la causal 4a:* — Por sentencia de 31 de octubre 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 31 de enero de 1969, por la que se condenó a Pedro Osorio Ocasiones, como responsable del delito de Estafa. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 369

TECNICA DE CASACION. — *Cuando se impugna la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba, es preciso señalar la norma probatoria violada, para demostrar luego, el quebranto de la ley sustancial.* — Por sentencia de 5 de noviembre de 1969, la Corte INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de 17 de octubre de 1968, por la que se condenó a Jesús Antonio Ospina León, como responsable del delito de homicidio a la pena de veintitrés años de presidio y accesorias de ley, y en su lugar se le condena a veintidós años y medio de presidio y accesorias de ley, proporcionalmente reducidas. — Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 378

FUERO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL. — *Para que gocen de él, es necesario que el delito se haya cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de*

funciones inherentes al cargo, y no basta que el agente tenga la calidad de miembro de este Cuerpo y hubiera estado en servicio al tiempo de la realización de la conducta ilícita. — Por auto de 7 de noviembre de 1969, la Corte DIRIME el conflicto de competencias, de carácter positivo suscitado, entre el Departamento de Servicios Especiales de la Policía Nacional y el Juzgado Primero Superior de Santa Marta, dando el conocimiento a este Juzgado, para conocer del proceso contra el agente de la Policía Nacional Pedro Luis Triana Ramos, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 382

CAUSAL 4a. DE CASACION. — *Cuándo la nulidad legal puede alegarse en forma autónoma como causal de casación, al amparo del motivo que señala el ordinal 4o. del artículo 56 del Decreto 528 de 1964, y cuándo esta causal, debe alegarse como consecuencia de la 1a., aparte 2o., del ordinal 1o. del decreto antes citado.* — Por sentencia de 7 de noviembre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de El Espinal, de 17 de marzo de 1969, por la que se condenó a Pedro Julio Prieto Cruz y Abraham Hernández, por los delitos de homicidio y robo. — Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo 384

DEMANDA DE CASACION. — *Debe ajustarse a los requisitos señalados por el artículo 63 del Decreto 528 de 1964, por tratarse de un recurso extraordinario, que sólo faculta a la Corte para estudiar los asuntos claramente propuestos.* — La Corte, por sentencia de 7 de noviembre de 1969, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Villavicencio, de 3 de febrero de 1969, por la cual condenó a Pablo Emilio Sánchez y John Fernando Rodríguez como coautores de los delitos de robo y lesiones personales. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez . . 387

TECNICA DE CASACION. — *Cuando la censura procede en base en el error de derecho, no basta con señalar la norma sobre pruebas que se considere infringida, sino que ha de demostrarse el error y la norma sustancial violada, como consecuencia del error.* — Por sentencia de 20 de noviembre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra lá sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de 10 de febrero de 1969, por la que se condenó a Jesús Darío Vélez Flórez, como responsable del delito de robo. — Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 391

PRUEBA TRASLADADA. — *Requisitos que debe reunir. Cuando se trata de testimonios los declarantes deben rendir uno nuevo o al menos ratificarse en el dado anteriormente en otro proceso. Los documentos, para darles el valor de plena prueba, deben obrar auténticos y ser reconocidos en su contenido y firma por quien los suscribió. La confesión debe ser dada ante el funcionario competente, en forma espontánea y que se trate de un hecho verosímil, para que pueda tenerse como plena prueba, siendo además indispensable que aparezca comprobado el cuerpo del delito.* — La Corte, por sentencia de 21 de noviembre de 1969 INVALIDA la de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Andes, de 25 de marzo de 1969, y en su lugar absuelve al procesado Francisco Montoya, por el delito de falso testimonio. — Magistrado ponente: Dr. Samuel Barrientos Restrepo . . 394

NULIDADES. — *La del ord. 2o. del art. 38 del Decreto 1358 de 1964, no se configura, por notificar como jurado suplente, a una persona que no fue sorteada como tal, y que no intervino en la audiencia pública por haber actuado los principales. Invalidada una actuación, así sea en forma equivocada, es necesario que se subsane el defecto anotado al anularla. Criterio para aplicar las sanciones, establecido por el art. 39 del C.P.* — Por sentencia de 21 de noviembre de 1969, la Corte DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Dis-

trito Judicial de Gachetá, por la cual se condenó al señor Samuel Urrego Rozo, por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez 400

HOMICIDIO AGRAVADO. — *El poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, alude a la asechanza, o a la alevosía, o a la insidia, o al empleo de venenos para quitarle la vida a la víctima, o a cualquier otra circunstancia semejante. La segunda reincidencia requiere la existencia de una sentencia en que se haya computado la primera. La asechanza conlleva la preparación ponderada del delito, y si es tomada como agravante de éste, no puede deducirse en la sentencia como circunstancia de mayor peligrosidad.* — Por sentencia de 22 de noviembre de 1969, la Corte CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, de 30 de noviembre de 1968, y en su lugar impone al procesado Luis Córdoba Triana, la pena principal de *Veinte años, diez meses, veinte días,* como responsable del delito de homicidio, en lugar de la de veinticuatro años de presidio. — Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez 407

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL. — *El veredicto "Sí es responsable, pero sin intención de matar", no es contradictorio si es interpretable y generalmente es declarativo de un homicidio preterintencional, porque atribuye un dolo menos intenso, una intención menos grave.* — La Corte, por sentencia de 5 de diciembre de 1969, NO CASA la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guateque, de 30 de mayo de 1969, por la cual condenó a José Reyes Ramírez Barrera, como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 412

TECNICA DE CASACION. — *Como requisito de fondo, el demandante en el libelo, debe señalar el concepto de la violación de la ley sustancial: si por infracción directa, si por aplicación indebida o interpretación errónea, si la acusación la apoya en el inciso 1o., del ord. 1o. del art. 56 del Decreto 528 de 1964, y si la funda en el inciso final, del citado ordinal, debe probar que se incurrió en error de hecho o de derecho, al apreciar o dejar de apreciar determinada prueba, sin que sea dable confundir estos errores.* — Por sentencia de 5 de diciembre 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 fecha 23 de abril de 1969, por la que se condenó por el delito de Robo a Jesús Orlando Villada Ríos y por el mismo delito y lesiones personales a Jorge Alberto Marín González. — Magistrado ponente: Dr. Antonio Moreno Mosquera 420

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS. — *En los procesos por falsedad, no se exige que se aporte el original del documento falsificado. Los médicos legistas nombrados por las Gobernaciones de Departamento, que hayan tomado posesión del cargo, son funcionarios públicos y los peritazgos y reconocimientos médicos que hagan en ejercicio de sus funciones, son documentos públicos. La mutación de la verdad que haga el funcionario en esos reconocimientos médicos o peritazgos, estructuran la falsedad ideológica, prevista en el numeral 4o. del artículo 321 del C.P.* — Por sentencia de doce de diciembre de 1969, la Corte NO CASA la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por la cual condenó al médico, Dr. Jesús López Patiño, por el delito de falsedad en documentos públicos. — Magistrado ponente: Dr. Julio Roncallo Acosta 424

ROBO. — *La ley no define qué actos deben calificarse como "medios de violencia" y al estimar el juzgador una determinada acción como acto de violencia, no está creando un delito por analogía. El arrebatar o despojar a una persona de su cartera, de manera violenta,* —raponazo— *constituye robo y no hurto.* — Por sentencia de 12 de diciembre de 1969, la Corte INVALIDA la sentencia de segunda ins-

tancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 3 de mayo de 1969, recurrida en casación por el Fiscal 6o. del citado Tribunal, por la que se condenó a Gustavo Ruiz Alfonso, por el delito de hurto. — Magistrado ponente: Dr. Efrén Osejo Peña 433

SALA DE CASACION LABORAL

CASACION. — *(Técnica).* — *Puesto que el censor impugna la resolución judicial por los tres submotivos de casación comprendidos en el primer apartado de la causal primera del art. 87 del C.P.L. conviene precisar, en relación con ellos, ciertas nociones que no siempre aparecen definidas con la debida claridad, y que vienen al caso en el estudio que se hace del recurso. — Las violaciones de fondo de la ley en que el sentenciador de instancia puede incurrir al proferir su decisión, consagradas como submotivos de casación en el numeral 1o. de la regla mencionada, pueden presentarse según la doctrina proferida por la Corte: 1. En la premisa mayor del silogismo judicial, al determinar los datos de derecho que convienen a la situación de hecho: a) Por infracción directa y b) Por interpretación errónea; 2. En la premisa menor del mismo silogismo, cuando por virtud de la equivocada* calificación jurídica, *de los hechos se les aplica, no habiendo contradicción sobre su* existencia, *una regla que no se adapta a su verdadera* naturaleza (aplicación indebida). *3. Violación indirecta.* — La Corte por sentencia de 2 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Roberto Fonnegra Pardo contra la Compañía Colombiana de Seguros de Vida S. A., Nacional de Construcciones S. A. y Cédulas Colón, S. A. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 439

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 2 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Leopoldo Uribe Badillo contra la Sociedad Microfumigaciones Aéreas Ltda. — Ponente Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 445

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 2 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Marco Tulio Prado Rojas contra los sucesores del Dr. Carlos Secundino Navarro Menéndez. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana 449

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 3 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Beatriz Mora Prieto de Jaspi contra José Vicente Monzón Múñoz. — Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. . . . 452

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 3 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Evangelista Soto Palau contra el Instituto de Fomento Algodonero. — Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 455

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 4 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio del Dr. Ariel Díaz Echeverry contra Expreso Brasilia S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 457

INDEMNIZACION MORATORIA. — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Daniel Cárdenas Navas contra la Sociedad Weston Ingeniería Eléctrica, Osma y Compañía Limitada. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 462

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Martín Emilio Laverde Quiceno contra la Empresa Curtiembres de Itagüí S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 473

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, NO CASA la pro-

ferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Horacio de Jesús Ríos Restrepo contra la Compañía Colombiana de Tejidos S. A. (Coltejer). — Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 476

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Inés Hernández Amaya contra el Hipódromo de Techo S. A. — Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 479

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el juicio del Dr. Gilberto García Gómez contra la Colombian Petroleum Company. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga 483

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 14 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio del Dr. Juan Bautista Neira Ch. contra la Sucesión Testamentaria Ilíquida de Diógenes Troncoso, y la Sociedad denominada Compañía Urbanizadora de Palanquero S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 496

DOCUMENTO AUTENTICO. — *Para que la no estimación de un documento auténtico (a que la ley 16 de 1968 dejó reducido el error de hecho en este recurso extraordinario), pueda servir para casar una sentencia, es necesario que se presente con tal fuerza de convicción, que desquicie todos los demás soportes de hecho en que el Tribunal fundó su fallo.* — La Corte por sentencia de 17 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de la Compañía Colombiana de Maderas Compensadas S. A. contra Rogelio Villamizar Jaramillo. — Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 500

HONORARIOS PROFESIONALES. — La Corte por sentencia de 17 de octubre de 1969, CASA la proferida por el Tribunal de Montería en el juicio de Luis Carlos Berrocal Lobo contra Miguel Rosendo Garcés Cabrales. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavic Hernández 505

SUSPENSION DE PERSONERIA JURIDICA. — *La verdad es que no siendo la sanción prevista en el literal c) de la regla 2a. del art. 380 del C. S. del T. de extinción de la personería del sindicato, sino de simple suspensión, no es dable que produzca la expiración de la persona jurídica como sujeto de derechos sino que solamente difiere el ejercicio de estos.* — La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio del Sindicato Unico de Trabajadores de Coltejer contra la Compañía Colombiana de Tejidos (Coltejer). — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 514

PRESCRIPCION. — *Para que el reclamo cumpla el efecto de interrumpir la prescripción debe fijar en sus límites o extremos, es decir, debidamente, el derecho a que tal reclamo se refiere, en forma de que no quepa duda sobre su identificación.* — La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de María Cuadrado de Gretter contra la Empresa Cementos Boyacá S. A. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 517

EMPRESA. — *Según el art. 194 del C. S. del T., "se entiende por empresa toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias, y tengan trabajadores a su servicio.* — La Corte por sentencia de 20 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio de Norberto Espitia Castiblanco contra la Empresa Textiles Samacá S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 520

SIMULTANEIDAD DE CONTRATOS DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de

21 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Elsa Marina Padilla contra la Sociedad Daniel Gómez T. Y Cía (Fabrex) y L. Atelier Cortinas Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández. 526

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD COMERCIAL. — *Reiteradamente ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia que "siendo solemne la manera como surge a la vida (la sociedad comercial) y ad solemnitatem la prueba de su existencia, según el art. 464 del C. de Co., aquellos requisitos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución".* — La Corte por sentencia de 21 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Carlos Chacón del Castillo contra la Sociedad Eudoc Limitada. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana 532

DISPONIBILIDAD. — La Corte por sentencia de 21 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cucuta en el juicio de Luis Francisco Gómez Arias contra la Sociedad Colombian Petroleum Company. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga. 538

SALARIO BASE PARA LIQUIDAR LA PENSION DE JUBILACION. — *El trabajador con requisitos para gozar del beneficio jubilatorio tiene derecho a que se le sumen los salarios que devengó como contraprestación por sus servicios en el último año de labores, y que con el promedio de ellos se le practique la respectiva liquidación.* — La Corte por sentencia de 21 de octubre de 1969, CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de José Miguel Restrepo Restrepo contra el Departamento de Antioquia y el Instituto Isabel La Católica. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 548

PENSION DE JUBILACION. — *La pensión de jubilación no compensa servicios, sino que ella se reconoce por servicios ya prestados que confieren un derecho al trabajador de percibirla cuando ya no los sigue prestando.* — La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Horacio Vélez Marín contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 552

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Carlos Llano Llano contra la Empresa Laboratorios Industriales Farmacéuticos Ecuatorianos S. A. (Life). — Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño 562

REFORMATIO IN PEJUS. — *La reformatio in pejus solamente se produce cuando la apelación la interpone "el litigante parcialmente vencido".* — La Corte por sentencia de 23 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Miguel Angel Muelle M. contra la firma Astilleros La Isla Limitada. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios Monroy 566

DE LA ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION. — *El C. de Co. define esta figura jurídica; en efecto el art. 629 dice: "La participación es un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su sólo nombre o bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuentas, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida".* — La Corte por sentencia de 24 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Luis G. Coquies contra la Sociedad Editorial Magdalena S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. . 569

REAJUSTE DE LA PENSION EXTRALEGAL DE JUBILACION. — *La vigencia de una ley nueva para las consecuencias futuras de una situación jurídica en curso, significa un vigor retrospectivo de la norma, claramente legítima.*

—La Corte por sentencia de 24 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio de José Rafael Villota contra el Banco de Colombia en Pasto. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 573

SUBSIDIO DE TRANSPORTE. — *Las normas al respecto fijan condiciones para tener derecho al subsidio de transporte, tales como cuantía del sueldo, valor de pasajes, número de viajes y necesidad del transporte, etc., condiciones que son de obligada comprobación por parte del actor en juicio, ya que para que se cause tal derecho es menester estar en la órbita demarcada por tales requisitos.* — La Corte por sentencia de 24 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Domingo Ortega contra Alejandro Habeych G. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 582

PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION. — *La Sala de Casación Laboral de la Corte ya ha definido cuál es la verdadera interpretación del art. 8o. de la Ley 171 de 1961, en el caso de la pensión especial que consagra cuando el trabajador es despedido sin justa causa después de cumplir 15 años de servicio, contínuos o discontínuos en empresas obligadas a pagar esta prestación, y ha dicho que en este evento sólo tiene aplicación cuando su tiempo de trabajo es menor de 20 años, pues si ya cumplió este requisito; la pensión sólo se causará al cumplir la edad que señala el art. 260 del C. S. del T.* — La Corte por sentencia de 28 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Jesús María Aristizábal contra la Sociedad Manufacturas Sedeco S. A. — Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 587

NOMINA DE EMPLEADOS. — *Sólo en tratándose del capital de la Empresa, y por fuerza de lo dispuesto en el art. 195 del C. S. del T., se exige al patrono la presentación de la prueba que acredite su valor, equivalente al del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, en atención a que el trabajador no podría obtener esa prueba en virtud de la reserva que protege las declaraciones de renta y patrimonio y sus respectivas liquidaciones. Pero cosa distinta del capital es la nómina de empleados, cuyo valor resulta de fácil comprobación, ya sea mediante inspección ocular o por otro medio adecuado al efecto.* — La Corte por sentencia de 29 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio de Floricelda Mercado Vda. de Suárez y sus hijos menores contra el Dr. Víctor Ceballos. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 590

DICTAMEN PERICIAL. — *Los arts. 719 y 720 C. J., claramente obligan a poner en conocimiento de las partes durante tres días el dictamen del perito, en ritualidad que la jurisprudencia ha estimado igualmente obligatoria en el proceso del trabajo, en virtud de su finalidad y de los derechos que pueden ejercitar los litigantes durante ese término, y con aplicación del art. 145 del C. P. T.* — La Corte por sentencia de 30 de octubre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Uriel Tabares contra la Sociedad Transportadora de Empaques Limitada y Pascual López. — Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 594

CAUSAL O MOTIVO DE LA TERMINACION DEL CONTRATO. — *La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.* — La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Luis A. Ortega Cárdenas contra la Empresa Librería Voluntad. —Ramón de Bedout e Hijos Sucesores. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana 599

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO Y BUENA FE PATRONAL. — La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Roberto Visbal contra la Nación (Contraloría General de la República). — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana 604

PRESUNCION. — *El art. 24 del C. S. del T. consagra la presunción de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". No se trata de una presunción* Juris et de jure, *sino de presunción juristantum, por consiguiente sujeta a excepciones que cabe comprobar en el proceso con medios pertinentes. Una de tales excepciones es la relación* ocasional *que se opone a la a que dan lugar actos* continuados *o* periódicos *bajo la dependencia del patrono, que conforme al art. 23 del mismo código es la que configura el contrato laboral como elemento esencial.* — La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Alberto Castro Márquez contra la Sociedad Inmobiliaria e Inversionista S. A. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 608

CASACION. — *(Técnica). — Ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que basándose la causal primera de casación en la violación de la ley sustantiva, el quebrantamiento de un decreto reglamentario no puede considerarse sino violación medio que ha de conducir a la de la disposición legal de carácter sustancial. Si el ataque en casación prescinde de la inclusión en su planteamiento o en su desarrollo del mandato de la ley, la proposición jurídica es incompleta y la impugnación debe desecharse.* — La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Leonor Suárez Chaparro contra la Empresa de Licores de Cundinamarca. — Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño 612

CONTRATO DE TRABAJO. — *Si el contrato es el resultado de un concurso de voluntades encaminadas a un fin lícito, el retiro de una de las voluntades concurrentes pone fin a la vinculación jurídica, sin que puedan independizarse los actos de voluntad contractual de los actos de ejecución del contrato. De aceptarse una tal dicotomía, se llegaría a la desvinculación entre el acto jurídico y su cumplimiento, lo que es absurdo.* — La Corte por sentencia de 31 de octubre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio de Hernán Toro Márquez contra la Sociedad Lanera del Pacífico Ltda. — Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño 616

DOCUMENTO AUTENTICO. — *El recurrente pretende, según el planteamiento del cargo, que el escrito de demanda tiene la calidad de documento auténtico y que el sentenciador incurrió en evidente error de hecho al dejar de apreciarlo por tal concepto. La noción del recurrente acerca de la naturaleza ontológica del escrito de demanda es manifiestamente injurídica. El libelo, que es la petición con que se inicia el juicio y donde el actor expone sus pretensiones, encabeza la serie de actuaciones judiciales escritas llamadas proceso, expediente, autos o de cualquiera otra manera que exprese la misma idea. (art. 197 C. J.).* — La Corte por sentencia de 7 de noviembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el juicio de Aristides Ramírez Rodríguez contra Acueductos y Alcantarillados del Tolima S. A., domiciliada en Ibagué. — Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 621

PRIMA POR FIRMA DEL CONTRATO. — *"No existe duda alguna de que la prima por la firma del contrato o por 'fichaje' es salario, es una retribución anticipada por el servicio que va a prestarse".* — La Corte por sentencia de 7 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Roberto José Castro contra el Club Deportivo Los Millonarios. — Ponente:

Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 628

CASACION. — *(Técnica). — Ha dicho la Corte en reiteradas oportunidades que el presunto quebrantamiento de disposiciones de un decreto reglamentario no puede dar base a un cargo en casación, si no se señala la norma legal por dichas disposiciones reglamentadas, norma que debe ser, en definitiva, la violada por el fallador para que su decisión pueda quebrarse.* — La Corte por sentencia de 8 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio de Marco Tulio Vélez de la Lastra contra la Universidad de Cartagena. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 637

REAJUSTE DE LA PENSION EXTRALEGAL DE JUBILACION. — La Corte por sentencia de 12 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio de Jesús S. Guerrero P. contra el Banco de Colombia. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández . . . 639

INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO. — *La doctrina de la Corte ha sido constante en que la sanción moratoria debe imponerse sin consideración a la cuantía de las deudas laborales, limitándose a exonerar de ella al patrono, mediante aplicaciones fecundadas derivadas del principio de la buena fe, en sólo los casos exceptivos en que el patrono consigna la suma que considere debe, o discute razonablemente la existencia o naturaleza del contrato o de las prestaciones exigidas.* — La Corte por sentencia de 13 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Enrique Hoffnan Correal contra la Texas Petroleum Company. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana . 649

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 13 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio del Dr. José Eduardo Acuña Niño contra el Distrito Especial de Bogotá. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 652

CASACION. — *(Técnica).* La Corte por sentencia de 13 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Alvaro M'Causland Rasch contra la Sociedad Empacadora Santa Marta S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 654

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 17 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de José Miguel Figueroa contra la Sociedad Comercial Bananera Zacapa Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 660

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 18 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Juan Evangelista Aldana Ramírez contra Juan de Jesús Montenegro y Guillermo Celis. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture . 663

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 18 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta en el juicio de Luis Enrique Gómez contra la Fábrica de Pastas Alimenticias la Española. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 665

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 20 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Quibdó en el juicio de Daniel Olier Henríquez contra la Empresa Acueductos y Alcantarillados S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 667

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO. — La Corte por sentencia de 21 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Guillermo Muñoz Gutiérrez contra la Texas Petroleum Company. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. 670

PRUEBA TESTIMONIAL. — La Corte por sentencia de 26 de noviembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio del Dr. Mario Gómez Pacheco contra la Sociedad Productos Labrapia de Colombia Limitada. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 675

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. — *La jurisprudencia ha sido constante al sostener que la regla general es la de que quienes laboran al servicio de la administración pública son empleados y la excepción es la de que algunos de ellos pueden encontrarse ligados por contrato de trabajo.* — La Corte por sentencia de 28 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael Reina Bravo contra el Distrito Especial de Bogotá. — Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 682

REINTEGRO O INDEMNIZACION. — *Para la Sala es cierto que el numeral 5o. del art. 8º. del* Decr. 2351 de 1965, adoptado *como estatuto permanente por la Ley 48 de 1968, no da un poder discrecional al juez para decidir entre la indemnización o el reintegro, sino que lo obliga para ello a estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, pero encuentra que en este caso, eso fue lo que hizo y por tanto el sentenciador no interpretó erróneamente la disposición.* — La Corte por sentencia de 28 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Víctor Manuel Stella Ayala contra la Colombian Petroleum Company. — Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar. 685

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 28 de noviembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Gustavo Romero Daza contra Luis Jorge Eslava Daza. — Ponente: Abogado Asistente Dr. Bolívar Portilla 689

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en el juicio de Edgard Agredo Q. contra la Cooperativa Agropecuaria del Cauca Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 693

REINTEGRO. — *Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. — Si bien el numeral 5o. del art. 8o. del Decr. 2351 de 1965 (64 del C. S. T.), que permite el restablecimiento en el cargo del empleado despedido unilateralmente por el patrono, sin justa causa, es aplicable a los trabajadores oficiales, lo es tan sólo por excepción, cuando el empleador se ha sometido voluntariamente a ese régimen, o este es más favorable para el trabajador siempre que el patrono haya determinado sujetarse a él.* — La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1969, CASA TOTALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Garzón en el juicio de Alfonso Andrade Carrera contra el Banco Cafetero. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo . . 695

CONTRATO PRESUNTIVO DE TRABAJO. — La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Archilbaldo Pisciotti contra el Instituto de Fomento Algodonero (Ifa). — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 700

CAPITAL DE LA EMPRESA. — *El capital empresarial decisivo en la determinación del monto de las indemnizaciones y prestaciones sociales, no es el social que se cuestiona en las ciencias económica y contable, sino el integrado por "el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior", según la definición que trae el art. 195 del C. S. del T., cuya demostración corre a cargo del patrono para que se produzca el efecto legalmente previsto, so pena de que si no la aporta se presuma "tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada".* — La Corte por sentencia de 2 de diciembre de 1969, CASA PARCIAL-

MENTE la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de Juan Emilio Valle contra la Sociedad Trabajos Aéreos de Fumigación y Abonos del Tolima. — Tafatol Limitada.— Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga. 704

CASACION. — *(Técnica). — No es de recibo el pretender la violación directa de la ley por falta de aplicación de una norma, como consecuencial a la interpretación errónea de otra, pues estos dos conceptos de transgresión legal se excluyen, sin que pueda derivarse el uno del otro.* —La Corte por sentencia de 5 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el juicio de Temístocles Riascos contra la Compañía Frutera de Sevilla. — Magistrado ponente: Dr. José Enrique Arboleda Valencia 710

DOCUMENTO AUTENTICO. — *Dentro del sistema de los Decr. 2158 de 1948 y 528 de 1964, el error de hecho podía generarse en la equivocada estimación o en la falta de apreciación de cualquiera de los elementos de prueba contemplados en la ley. El art. 23 de la Ley 16 de 1968, buscó reducir el radio de operancia del error de hecho dentro de la causal primera de casación en materia laboral y para ello excluyó como determinante de tal error, toda falla probatoria referida a medios de prueba distintos del documento con calidad de auténtico.* — La Corte por sentencia de 5 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio de Julio César López contra la firma Ray Construction Corporation S. A. — Magistrado ponente: Dr. J. Crótatas Londoño 713

CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO. — *En lo que respecta al despido, está ya sentado, por uniforme y reiterada jurisprudencia, que la carga de la prueba de su establecimiento corresponde al trabajador y la justificación al patrono.* — La Corte por sentencia de 9 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en el juicio de Tomás Fontalvo contra la firma Canteras Munarriz Steffens, Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Bolívar Portilla F. 720

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 9 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Rafael García Acosta contra la Sociedad Hipodromo de T e c h o S. A. — Magistrado ponente: Dr: J. Crótatas Londoño 724

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 9 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Gilberto Sarmiento Moncayo contra el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico. —Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga 726

HOMOLOGACION. — La Corte por providencia de 9 de diciembre de 1969, declara INEXEQUIBLE el artículo del laudo arbritral proferido por el Tribunal de Arbitramiento en el conflicto colectivo laboral surgido entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de Contratistas y Subcontratistas de la Texas Petroleum Company (Sinaltracontex), en cuanto señala la jornada de trabajo de los trabajadores de los contratistas de la Texas Petroleum Company en cuarenta y cuatro (44) horas semanales y se HOMOLOGA en las restantes disposiciones. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana. 730

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. — *Según el art. 489 del C. S. del T. el reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono "acerca de un derecho debidamente determinado" interrumpe la prescripción la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.* — La Corte por sentencia de 10 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio de los herederos de la señora Mercedes Gon-

zález contra el Banco del Estado S. A. — Magistrado ponente: Dr. Jorge Gaviria Salazar 732

PRUEBAS. — *La razón de ser del auto para mejor proveer, conforme a los términos del art. 600 del C. J., que es la norma que los autoriza, radica en la necesidad o conveniencia de aclarar puntos oscuros o dudosos y no en la ausencia absoluta de prueba.* — La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Héctor Macías Ballen contra Técnica Colombiana S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture 737

AUXILIO DE CESANTIA. — *Según el art. 249 del C. S. del T., todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.* — La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Jorge Mesa contra Benjamín Prado. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 741

DECISION DEL RECURSO. — *Según dispone el art. 99 del C. P. del T., "si la Corte hallare justificada alguna de las dos primeras causales mencionadas en el artículo anterior, decidirá sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. En este caso, infirmado el fallo, puede la Corte dictar auto para mejor proveer.* — La Corte por sentencia de 11 de diciembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de Simón Ramírez contra la Sociedad J. Gómez y Cía Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga 745

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Walter Stamm contra la Compañía Lechera de la Sabana S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Tito Octavio Hernández 757

PENSION DE JUBILACION. — *En su concepción general, esto, es, prescindiendo de las regulaciones especiales, que no son atinentes al* sub lite, *sin el tiempo de servicio señalado no se causa el derecho, ni este nace al mundo de las obligaciones exigibles antes de que se cumpla la edad igualmente requerida. Por otra parte, en lo que toca al capital de la empresa, elemento así mismo fundamental para el derecho jubilatorio instituído por aquellos sistemas legales, es lógico que deba referirse al momento en que concurren las dos condiciones primeras, y no al de la terminación del vínculo de trabajo.* — La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de Rafael Gómez Montoya contra la Sociedad Fomento Eléctrico Andino Ltda. — Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón 762

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. EDMUNDO HARKER PUYANA 765

PRESCRIPCION. — *El art. 2514 del C. C. enseña que la prescripción una vez cumplida, puede ser renunciada expresa o tácitamente. El último fenómeno ocurre al tenor de la misma disposición, "cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce del derecho del dueño o del acreedor".* — La Corte por sentencia de 12 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta en el juicio de Gustavo Díaz R. contra la Federación Nacional de Cafeteros, Seccional de Cúcuta. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Mario Barrios M. 766

CASACION. — *(Técnica).* — La Corte por sentencia de 15 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Jorge Cortés contra la Beneficencia de Cundinamarca. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 775

ESTIPULACION ENTRE LOS PATRONOS. — *Según el art. 70 del C. S. del T., el antiguo y el nuevo patrono pueden acordar modificaciones en sus relaciones, pero estas modificaciones en manera alguna pueden afectar los derechos de los trabajadores.* — La Corte por sentencia de 15 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio de Juan Reyes Galvis contra los Laboratorios Picot de Colombia S. A. y subsidiariamente a Vick Chemical Inc. Colombia. — Magistrado ponente: Dr. Juan Benavides Patrón. 779

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EDMUNDO HARKER PUYANA 782

CAJAS DE PREVISION SOCIAL. — *Las Cajas de Previsión Social son diputadas para el pago; su función se limita a reconocer y cancelar las deudas originadas de las relaciones de trabajo entre la administración y sus servidores; por tanto, sujeto pasivo de ellas no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representan.* — La Corte por sentencia de 15 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Julio Beltrán Díaz contra la Corporación Proveedora de Instituciones de Asistencia Social (Corpal). — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo. 784

SENTENCIA DEFINITIVA. — *Ha estimado la jurisprudencia que las providencias en las cuales el sentenciador se inhibe para conocer del fondo del asunto, o sea que no se pronuncia sobre las peticiones de la demanda, absolviendo o condenando al demandado, no pueden considerarse como sentencias definitivas. Sin embargo, para saber si una providencia define la existencia o inexistencia de los derechos que se reclaman, no es suficiente analizar la parte resolutiva del fallo, sino que es necesario estudiar, si, aún cuando aparezca una inhibición del sentenciador, en realidad se ha decidido la controversia de fondo, como lo ha dicho esta Sala.* — La Corte por sentencia de 15 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Ernesto Barón Ceballos contra la Institución de Créditos denominada Banco Popular. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 789

CONTINUADA SUBORDINACION O DEPENDENCIA DEL TRABAJADOR. — *La circunstancia de que la actividad del trabajador se cumplía solamente cuando había trabajo, no indica necesariamente que no estuviese bajo la continuada dependencia de quien se beneficiaba de sus servicios, pues para que ella exista no exige la ley que el servicio deba prestarse todos los días; y no se opone a la subordinación el que el trabajo se realice en determinados días, dada la modalidad de las labores desempeñadas.* — La Corte por sentencia de 15 de diciembre de 1969, CASA PARCIALMENTE la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Luis Eduardo Chaverra contra Distribuidora Aguila S. A. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. José Eduardo Gnecco C. 795

CASACION. — *(Técnica). — No le es dable a la Corte escoger a su arbitrio entre dos conceptos de violación contradictorios, el que más le cuadre para decidir el recurso, porque la naturaleza de este, que está muy lejos de constituir una tercera instancia y que sólo es viable por el motivo de violación que de manera precisa señale el impugnador, no solamente no tolera sino que, antes bien, prescribe los cargos indeterminados o equívocos.* — La Corte por sentencia de 16 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de Gerardo Chávez Velásquez contra Establecimientos Lauzier de Colombia Ltda. — Magistrado ponente: Dr. Carlos Peláez Trujillo 803

HECHOS NUEVOS ALEGADOS EN CASACION. — *La cuestión sometida al estudio de la Corte por el recurrente en esta acusación, de ilegitimidad de personería adjetiva de la parte de-*

mandante, se plantea por primera vez en este juicio, pues no lo fue en ninguna de las instancias, no obstante que dentro de ellas se controla su ocurrencia y se remedian las situaciones que genera. — La Corte por sentencia de 16 de diciembre de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de Julián Merino Rodríguez y Joaquina Martínnez Pérez contra la Sociedad Fumigación Aérea Ltda. — Ponente: Abogado Asistente, Dr. Miguel Angel Zúñiga 806

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JORGE GAVIRIA SALAZAR 814

ACCION DE REINTEGRO. — La Corte por sentencia de febrero 17 de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de David Francisco Gómez contra la Empresa Puertos de Colombia. — Magistrado ponente: Dr. Edmundo Harker Puyana 816

FINALIZACION DEL CONTRATO DE TRABAJO, POR TERMINACION DE LA LABOR PACTADA. — La Corte por sentencia de marzo 18 de 1969, NO CASA la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio de José Alfredo Martínez Cadena contra la Compañía Raymond S. A. — Magistrado ponente Dr. Edmundo Harker Puyana 822